Université Panthéon-Assas
– Paris II –

Revue de droit d'Assas

N°10 Février 2015

Numéro spécial

Le changement du droit

Claude Blumann
Romain Boffa
Thierry Bonneau
Dominique Chagnollaud
Gérard Champenois
Philippe Chauviré
Emmanuel Decaux
Guillaume Drago
Bénédicte Fauvarque-Cosson
Olivier de Frouville
Yves Gaudemet
Pierre-Yves Gautier
Olivier Gohin
Serge Guinchard
Jean Hauser
Agathe Lepage

Anne-Marie Leroyer
Philippe le Tourneau
Laurent Leveneur
Rémy Libchaber
François-Xavier Lucas
Daniel Mainguy
Valérie Malabat
Denis Mazeaud
Horatia Muir Watt
Laurent Neyret
Hugues Périnet-Marquet
Benoît Plessix
Bertrand Seiller
Philippe Simler
Bernard Teyssié
Philippe Théry
Didier Truchet

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris
en partenariat avec Lextenso éditions,
70 rue du gouverneur général Félix Éboué – 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier) et n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**
Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**
Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit public approfondi

Yves Gaudemet,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit public approfondi

Michel Humbert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

Yves Lequette,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit privé général

Laurent Leveneur,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
directeur du Laboratoire de droit civil

Martine Lombard,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancienne responsable du Master 2 Droit public de l'économie

Jacques-Henri Robert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Science pénitentiaire

Louis Vogel,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien Président de l'Université

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :
Nicolas Balat et Étienne Casimir

Responsable du développement :
Clotilde Lacotte

Responsable du financement :
Guillaume Drouot

Responsable du colloque annuel :
Antoine Touzain

Responsable adjointe du colloque annuel :
Clara Derrien

Membres du comité de rédaction :
Yannick Blandin, Aurore Boucher,
Adrien Brochard, Kevin Cariou, Maxime Cormier,
Charlotte Dubois, Nicolas Dupont-Frugier,
Estelle Fragu, Diane Galbois, Roger Gaspard,
Elléa Ripoche

Centr'imprim – 36101 Issoudun Cedex

La revue peut être citée de la manière suivante : *RDA* n° 10, Le changement du droit, févr. 2015, p. X
En ligne : www.u-paris2.fr

L'intro

Nicolas Balat et **Étienne Casimir**, rédacteurs en chef

Le changement : dans l'un de ses plus célèbres ouvrages (*Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, p. 12), Carbonnier y voyait l'un des traits majeurs du droit sous notre République. Qui songerait aujourd'hui à le contredire ? Changement du droit, changements des droits, évolutions, révolutions, réformes d'ampleur ou simples retouches : le rythme du droit contemporain ne s'est-il pas accéléré, pour devenir frénétique, parfois syncopé, signe d'une culture de l'instantané, produit d'un échange entre des pouvoirs publics à qui l'on reproche souvent d'avoir perdu leur vocation à la perpétuité et une « opinion publique » assoiffée d'un mouvement sans fin ? Et de fait, quel domaine du droit échappe encore au changement ? Si quelques codes, avec la matière qu'ils régissent, semblent restés loi d'airain, c'est sans compter sur la pratique, la jurisprudence et les lois particulières qui ont fait leur œuvre.

Que le droit change, l'antienne est devenue classique. L'équipe de la *Revue de droit d'Assas* a voulu la mettre à l'épreuve à l'occasion de cette dixième parution. D'éminents auteurs ont accepté de répondre à l'invitation et de décliner, chacun dans leur discipline, la thématique du *changement en droit*. Quel en est le résultat ? Nécessité d'un changement radical pour certains – soit parce que rien ne va, soit parce que rien n'ira plus. Moratoire du changement et des réformes pour d'autres – le vrai changement ne serait-il pas, pour un temps, de ne plus rien changer et de laisser les idées reposer ? À moins encore qu'il ne faille, selon une assertion viscontienne bien connue, que *tout change pour que rien ne change*...

Ce numéro anniversaire, à l'instar des précédents, n'aurait pas vu le jour sans nos auteurs, qui ont toujours accepté avec gentillesse et enthousiasme, depuis six années désormais, de nous offrir leurs contributions. Nous leur devons l'existence et la stabilité de cette *revue*, comme nous les devons à nos partenaires – l'étude ADD, le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer –, et à tous ceux qui nous ont apporté leur aide – le FSDIE, Maître Arsène Kronshagen, Lextenso éditions. Des remerciements, nous en adressons enfin à nos lecteurs, dont la fidélité a été bien au-delà de nos espérances. À nos auteurs, partenaires et lecteurs, un immense merci.

Après dix numéros, il fallait bien que le changement s'applique aussi à la *revue* elle-même, qui entame un deuxième temps de son existence. Quelques modifications sont à venir. Quant au cadre de la *revue* d'abord, sa structure connaîtra de petites retouches, des ajustements, notamment dans les rubriques déclinées ; mais pas de grand bouleversement. L'idée qui nous anime restera identique : proposer, comme au premier jour, une revue scientifique de qualité, rigoureuse, audacieuse, novatrice, gratuite, à l'image de l'université française ; une revue qui en réunisse, dans ses colonnes, tous les acteurs – enseignants, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – histoire du droit, droit public et droit privé. Quant aux « cadres » de la *revue* ensuite, notre directeur scientifique, Denis Mazeaud, a fait part de son intention de passer la main et de naviguer vers d'autres horizons. Très cher professeur, pour vous, nous n'aurons pas les mots suffisants. À tous les coins de la *revue*, vous avez été pour elle simultanément une plume, un organisateur, un ambassadeur... ; bien plus qu'un directeur scientifique, vous en avez été l'âme et le père. Au nom de toute l'équipe, infiniment merci, pour tout.

Sommaire

L'intro

par la rédaction en chef p. 3

Numéro spécial • **Le changement du droit**

1. Sources du droit
Les transformations dans les sources du droit, par R. Libchaber p. 7

2. Droit pénal général
Le changement en droit pénal, par V. Malabat p. 30

3. Droit pénal spécial
La contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial, par A. Lepage p. 36

4. Droit des personnes
Personnes : le changement c'est rarement !, par J. Hauser p. 53

5. Droit de la famille
Les changements du droit de la famille, par A.-M. Leroyer p. 59

6. Droit des biens
Le changement en droit des biens, par R. Boffa et Ph. Chauviré p. 67

7. Droit des contrats
Le changement en droit des contrats, par D. Mazeaud p. 81

8. Droit de la responsabilité civile
Le changement du droit de la responsabilité, par Ph. le Tourneau p. 97

9. Régime général de l'obligation
Le changement et le régime général de l'obligation : l'avant-projet de réforme, par Ph. Simler p. 109

10. Droit des sûretés
Le changement en droit des sûretés, par Ph. Théry p. 122

11. Droit des régimes matrimoniaux
Changement et droit des régimes matrimoniaux, par G. Champenois p. 126

12. Procédure civile
Le changement en procédure civile, par S. Guinchard p. 132

13. Droit de la consommation
Le changement en droit de la consommation, par L. Leveneur p. 144

14. Droit immobilier
Le changement en droit immobilier, par H. Périnet-Marquet p. 149

15. Droit de la propriété intellectuelle
Le déclin du droit de la propriété intellectuelle, par P.-Y. Gautier p. 156

16. Droit du travail
Droit du travail : de la norme légale à la norme conventionnelle, par B. Teyssié p. 163

17. Droit des entreprises en difficulté
Le changement en droit des entreprises en difficulté : la nouvelle procédure de rétablissement professionnel, par F.-X. Lucas p. 168

18. Droit des marchés financiers
Le changement en droit des marchés financiers, par T. Bonneau p. 174

19. Droit international privé
Le réseau transnational : brève réflexion sur l'adaptation du droit international privé à son environnement changeant, par H. Muir Watt p. 179

20. Droit du commerce international
Le changement en droit du commerce international, par D. Mainguy p. 183

21. Droit comparé
Lorsque le changement s'imposera, par B. Fauvarque-Cosson p. 188

22. Introduction au droit public
Réflexions générales, par B. Plessix p. 191

23. Droits de l'homme
Les droits de l'homme, entre droit naturel et évolution créatrice, par E. Decaux p. 195

24. Droit international public
Le changement en droit international public : la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ?, par O. de Frouville p. 199

25. Droit de l'Union européenne
Le changement en droit de l'Union européenne, par C. Blumann p. 203

26. Droit constitutionnel
Pourquoi « changer » ?, par D. Chagnollaud p. 213

27. Contentieux constitutionnel
Le changement en contentieux constitutionnel, par G. Drago p. 216

28. Droit administratif
Le changement et les actes administratifs unilatéraux, par B. Seiller p. 220

29. Droit de la responsabilité administrative
Le changement de la responsabilité administrative ?, par D. Truchet p. 225

30. Droit public des biens
Les transformations de la propriété publique, par Y. Gaudemet p. 233

31. Droit des collectivités territoriales
Le changement en droit des collectivités territoriales, par O. Gohin p. 241

32. Droit de l'environnement
Le changement en droit de l'environnement, par L. Neyret p. 251

Droits fois rien (dernière)...

par le directeur scientifique p. 268

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Claude BLUMANN, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Romain BOFFA, Professeur à l'Université de Lille 2

Thierry BONNEAU, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dominique CHAGNOLLAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Gérard CHAMPENOIS, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Philippe CHAUVIRÉ, Professeur à l'Université de Lorraine

Emmanuel DECAUX, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Guillaume DRAGO, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Olivier de FROUVILLE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre de l'Institut universitaire de France

Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Olivier GOHIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Serge GUINCHARD, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean HAUSER, Professeur émérite de l'Université de Bordeaux

Agathe LEPAGE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Philippe LE TOURNEAU, Professeur émérite de l'Université Toulouse 1 Capitole

Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du Laboratoire de droit civil

Rémy LIBCHABER, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

François-Xavier LUCAS, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Daniel MAINGUY, Professeur à l'Université de Montpellier, directeur du Collège de droit

Valérie MALABAT, Professeur à l'Université de Bordeaux

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), président de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Horatia MUIR WATT, Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

Laurent NEYRET, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Hugues PÉRINET-MARQUET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Benoît PLESSIX, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Philippe SIMLER, Professeur émérite de l'Université de Strasbourg

Bernard TEYSSIÉ, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), président honoraire de l'Université

Philippe THÉRY, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Didier TRUCHET, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

I. Sources du droit

Les transformations dans les sources du droit

Rémy Libchaber
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

1. Transformations et permanence des sources du droit. Appliquer le thème général du changement à la question des sources du droit pourrait susciter une méprise : c'est suggérer la longue stabilité de la répartition des modes d'expression de la juridicité, dont le XXe siècle finissant aurait précipité le bouleversement. Or ces modes évoluent en permanence avec les besoins et les techniques de l'ordre juridique. Pour s'en persuader, il suffit d'évoquer les destinées des grandes sources. Le mode le plus emblématique de production du droit n'a cessé d'être la coutume ; la modernité a mis fin à sa fécondité. De même, la loi ne s'est établie qu'avec la montée en puissance du volontarisme au XVIe siècle – une idée neuve, pour les juristes –, et n'a atteint sa perfection qu'avec le sentiment démocratique. Enfin, à s'en tenir à la période du Code civil, il est clair que la jurisprudence, instrument négligé du XIXe siècle, a connu une ascension remarquable au point de devenir le mode le plus emblématique de l'expression quotidienne du droit, toutes matières confondues.

Les sources du droit ne sont jamais en repos : les modalités d'expression changent avec les besoins exprimés et les moyens disponibles. Il n'est donc guère pertinent d'en évoquer les transformations récentes, à la façon d'un phénomène inédit. Mais la question peut être vue de façon plus subjective, en examinant les sentiments de ceux qui ont étudié le droit dans la seconde partie du XXe siècle, avant la fin des années quatre-vingts. De leur point de vue, le mot de *transformation* est faible, tant il est vrai que c'est le paysage tout entier de l'édiction du droit qui leur apparaît comme bouleversé. Ils éprouvent le sentiment qu'un tremblement de terre a eu lieu au cours des années soixante-dix, qu'aucune référence précise à l'état de la société ou à un événement particulier ne permet d'expliquer. Dans la décennie, diverses modifications isolées interviennent, dont on comprendra plus tard qu'elles se sont coalisées pour transformer en profondeur les conditions mêmes de l'édiction du droit. D'où la surprise éprouvée par ceux qui ont vécu la période sans aucune conscience de l'effet de péremption qui intervenait : le socle sur lequel ils avaient fondé leurs représentations de la juridicité s'est désagrégé, ce que rien n'annonçait ; et ils n'ont pas repris pied sur un terrain assuré, car les points sur lesquels ils s'appuient désormais pour concevoir la notion de droit sont inscrits dans des plans différents, en tout cas mal conciliables entre eux.

Ce qui justifie la thématique de la transformation des sources, c'est *a minima* le sentiment intime de ceux qui ont vécu l'évolution des quarante dernières années : l'impression d'une incroyable recomposition, dont ils ne sont pas à même d'énoncer les principes.

2. Le passé : la configuration juridique de la fin de l'Ancien Régime. Comme souvent,

l'impression de changement se détache sur fond de stabilité. Il y aurait eu une simplicité dans l'état des sources du droit, un état de grâce de la production juridique – mais qui relève d'une illusion rétrospective. Il est toutefois difficile de ne pas céder à la tentation du jardin à la française dans l'évocation des modes d'expression du droit qui se mettent en place à la fin de l'Ancien Régime.

Trois traits principaux s'y fixent, qui gouverneront pour longtemps l'équilibre de la production normative. La Révolution les soulignera d'un trait lourd, en feignant de les constituer ; mais ils procèdent assurément de mouvements plus anciens. Ils relèvent de deux idées confondues : le droit procède de la *volonté ;* cette volonté est celle du *peuple*, exprimée à travers ses représentants – le Parlement, l'État plus généralement. C'est bien ce qui explique la force de la loi, l'effondrement de la coutume, et la difficulté de la jurisprudence à trouver sa place.

Reprenons ces trois traits, en les rapportant aux sources considérées. La modernité juridique, c'est d'abord l'appropriation de la législation par l'État, parce qu'elle est nécessaire à la régulation du territoire : elle devient l'un des arcanes du Pouvoir, dont elle épouse les volontés. Cette primauté de la loi est antérieure à sa fortune idéologique, qui s'incarnera dans la formule de Rousseau : « la loi est l'expression de la volonté générale »[1]. En deux siècles, elle devient le mode normatif par excellence – avant même que l'idéal démocratique n'exige de se fonder dans et par le droit. La modernité, c'est encore la sous-évaluation de la jurisprudence des tribunaux, victime d'une double perte de légitimité. D'une part, face à la force de la loi, elle n'est considérée que comme un mode versatile de perturbation de la règle ; d'autre part, elle a partie liée avec une caste judiciaire qui n'a plus les faveurs du Pouvoir. D'où la méfiance qui la frappe : la légitimité de la jurisprudence devra toujours être établie, car elle chancelle face à la loi. Ce qu'exprimera Robespierre, avec la force d'une parole terrible : « ce mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi... »[2] ! La modernité, c'est enfin la neutralisation des Coutumes par leur rédaction officielle : cette fixation les prive désormais de la capacité d'adaptation qui en faisait la grâce ; elles sont ainsi déclarées *loys perpétuelles* du Royaume en 1497, ce qui les réunit au domaine politique[3]. La coutume, qui a été l'emblème le plus constant d'une régulation juridique lente, héritée du passé, modelée sur le fait, sort du paysage normatif : elle ne peut survivre à une transformation décisive, qui identifie la norme à la volonté. À ces trois caractères de la modernité juridique, il convient d'ajouter, à titre quelque peu marginal, l'appui donné par les juristes à la prise en main du droit par le Pouvoir royal : dans cette transformation des modes d'expression de l'ordre juridique, le travail opiniâtre d'un corps de savants spécialisés s'est révélé déterminant.

Telle est la configuration sur laquelle nos représentations se sont jadis fixées, qui continue à bien des égards de gouverner nos conceptions – du moins quand nous nous abandonnons à l'illusion rétrospective d'un âge d'or juridique. Bien sûr, on pourrait montrer que cet état de droit n'a jamais suivi ces formes impeccables. Que si l'édiction du droit s'est presque entièrement concentrée dans la loi, devenue privilège royal dès le XVI^e siècle, c'est parce que le Pouvoir a commencé de s'exprimer dans le langage du droit[4]. Mais celui-ci ne réside pas entièrement dans la loi : viendront s'y adjoindre des règlements d'exécution, issus d'une administration qui prendra une place de plus en plus importante au fil du temps[5]. On pourrait encore montrer que le tête-à-tête déséquilibré entre la loi et la jurisprudence n'est guère réaliste : la représentation

[1] J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI : « De la loi », où la volonté générale est présentée ; la formule se trouve au Livre III, Chapitre XVI : « Des députés ou représentants ».

[2] Discours du 18 novembre 1790. Pour le contexte révolutionnaire et le débat sur la justice, v. par ex. J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, *L'État de Justice*, t. II, Gallimard 2012, p. 37 s.

[3] J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, 4^e éd., Montchrestien 2006, p. 46 ; sur les destinées des coutumes en France après leur rédaction : J. Moreau-David, « La coutume et l'usage en France, de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *Rev. hist. fac. dr.* 1997, 125. Sur la force et la constance des intentions centrales : J. Krynen, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n° 7, 2000, 171.

[4] « Le langage du pouvoir, la représentation qu'il a donnée de lui-même et dont toute la théorie du droit public bâtie au Moyen Age ou rebâtie à partir du droit romain a porté témoignage. Le droit n'a pas été simplement une arme habilement maniée par les monarques ; il a été pour le système monarchique son mode de manifestation et la forme de son acceptabilité. Depuis le Moyen Age, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit » (M. Foucault, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 115).

[5] Songeons à ce que Portalis disait : « les lois, proprement dites, diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser, dans chaque matière, les règles fondamentales, et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanées ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de

d'une Justice comme simple source d'appoint est biaisée. Dans le domaine du Code civil, le travail éclairant des arrêts s'est réalisé tout le long du XIXe siècle – et même avant 1837 et l'abrogation du référé législatif. De façon souterraine, les décisions n'ont pas cessé d'enrichir la technique du droit par les précisions qu'elles apportaient. Mais elles l'ont d'abord fait à bas bruit – c'est-à-dire sans publicité des apports ainsi réalisés[6]. Ce qui était d'ailleurs nécessaire : l'édiction du droit relevait du pouvoir politique à travers la fonction parlementaire, et remontait ainsi au peuple. Autant dire que les tribunaux ne pouvaient participer à son élaboration, fût-elle de détail, mais seulement à son application.

Au-delà de la sphère civile, il faudra attendre la loi du 24 mai 1872 pour que la justice administrative soit enfin déléguée, de sorte à ce que l'administration puisse enfin être jugée par une autre instance qu'elle. D'où l'occasion de concevoir une transformation de la mission jurisprudentielle, qui a été perdue : le juge administratif n'applique aucune loi mais constitue le droit par élaboration prétorienne. Hélas, l'apport conceptuel demeurera limité à la matière administrative, sans se communiquer à la jurisprudence elle-même, envisagée comme notion autonome. Ce ne sera ainsi qu'après le milieu du XXe siècle qu'une réflexion mieux assurée pourra faire retour sur elle, de sorte à en révéler la substance. Deux siècles auront été nécessaires pour admettre que la jurisprudence est une source de droit par elle-même – une source autonome plutôt qu'un mode ancillaire d'application du droit.

Même si elle peut être contestée dans son détail, telle est la représentation canonique dont nous sommes demeurés tributaires jusqu'à la fin du XXe siècle, où elle va brusquement céder. Le craquement qui accompagne son effondrement continue de retentir et de perturber les idées que les juristes se font du droit.

3. Les trois révolutions des sources. Pourquoi ce sentiment de bouleversement a-t-il été aussi fort ? On peut risquer l'hypothèse que cela tient au cumul de trois phénomènes d'évolution – à trois révolutions bien plutôt ! On les distinguera ici avec un peu d'artifice, en ce qu'elles procèdent de la même transformation de fond – l'exténuation du volontarisme dans la production du droit –, et interviennent à peu près au même moment, en tout cas au cours des années soixante-dix.

Dans le détail, il convient de décrire trois mouvements distincts. Si l'on s'en tient à l'ordre juridique français, *stricto sensu*, le fait notable est l'incroyable abaissement de la loi, et la montée en puissance corrélative de sources jusque-là inconnues, qui se trouvent désormais regroupées autour de la norme constitutionnelle : la désorganisation qui en découle est réelle, moins dans l'agencement des règles que dans les esprits demeurés attachés à une conception parlementaire de la démocratie (I). Par ailleurs, l'examen se complique de ce que l'ordre juridique national ne peut plus guère être étudié en lui-même, sans prise en considération de facteurs extérieurs : depuis la deuxième moitié du XXe siècle et l'internationalisation du droit, des éléments exogènes exercent des contraintes particulièrement fortes sur l'ordre interne. À bien des égards, cette pression en a littéralement fait éclater la cohérence, au regard d'une simplicité idéale du passé (II). Enfin, ces évolutions auraient peut-être été maîtrisables si le sens même de la production du droit ne s'était modifié avec l'établissement progressif d'une forme nouvelle de jusnaturalisme, qui domine désormais l'ensemble du système de production du droit : l'idéologie des droits de l'homme (III).

La description de ces trois bouleversements ne nous permettra pas de dessiner avec assurance le modèle nouveau qui préside à la production du droit. Mais elle aidera à comprendre la soudaine caducité des conceptions anciennes, quand bien même nous continuons pour l'essentiel de penser le présent à travers elles.

I. Les transformations des sources dans l'ordre interne

4. Principes généraux de la réorganisation des sources internes. Jusqu'aux années soixante-dix du XXe siècle, la question des sources du droit pouvait se présenter à l'aide des premiers articles

la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements. Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté » (Portalis, Discours préliminaire du 1er pluviôse, an IX », in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. 1, p. 463, citation p. 478).

[6] Ed. Meynial, « Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes », in *Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, p. 131, *reprint* Dalloz 2004, prés. J.-L. Halpérin.

du Code civil[7]. Il y avait avant tout la loi, norme suprême, dont l'empire était réglé dans l'espace, le temps et au regard de son impérativité. À ses côtés, la jurisprudence n'était évoquée qu'à travers le juge, qui devait trancher tous les litiges mais sans tentations générale ou réglementaire. À la faveur d'une réforme de 2004[8], les actes administratifs se glisseront dans ce tableau sommaire, qui fut longtemps suffisant à rendre compte des modes de production du droit.

Autant dire que les bouleversements que l'on évoque ici vont faire voler en éclat ce tête-à-tête entre loi et jurisprudence. Non parce que les règlements vont s'insinuer dans le rapport : ils sont une réalité ancienne, dont la montée en puissance a été tardive. Mais parce que la loi a commencé d'être contestée par des réalités constitutionnelles, qui ont abouti à une réorganisation d'ensemble de la production des règles, qui en a épuisé la force. C'est aussi parce que la France, qui avait longtemps tenu en lisière ses juridictions, a dû admettre le foisonnement des droits prétoriens qui ont pris leurs distances avec les règles écrites. L'histoire que nous racontons ici, c'est à bien des égards celle du déclassement de la loi, et de la réorganisation qui s'en est suivie !

5. L'affaiblissement interne de la loi et l'office du législateur. À bien des égards, l'abaissement de la loi procède de causes substantielles qui se sont retrouvées partout en Europe, aux mêmes époques. Il était inscrit dans les difficultés que le Parlement avait rencontrées depuis la Première Guerre mondiale pour exercer son office législatif, face à un exécutif de plus en plus présent. Au regard des principes, les choses sont claires : la loi émane du Parlement, et constitue l'ensemble des règles stables, utiles au pays ; le règlement émane du gouvernement, et ne sert qu'à la mise en œuvre de ces règles. Il n'y a rien de commun entre ces deux normes, qui conduirait à les rapprocher. Jusqu'à la constitution du 4 octobre 1958, ces principes étaient respectés, au moins dans les apparences. Avec la Ve République, un brusque renversement se fait qui accorde au règlement une compétence de principe – égale et rivale de celle de la loi. Pourquoi cette montée en puissance de l'exécutif, et cet abaissement corrélatif du législateur ?

Essentiellement, parce que le pouvoir législatif ne s'est pas montré à la hauteur de ses responsabilités institutionnelles. Par tradition, le Parlement se considère comme ayant un rôle politique, plutôt que technique. Réglementer les droits et les devoirs l'intéresse, mais non la politique économique, ingrate et technique. C'est l'administration qui va occuper le terrain laissé vacant, parce qu'elle aura su se doter de compétences nécessaires à la prise en charge de ces difficultés nouvelles. De plus, le Parlement a souvent reculé devant des décisions rudes, qui exposaient ses membres à l'impopularité. Par une forme de lâcheté, les députés ont pu préférer favoriser leur réélection en les abandonnant au gouvernement, dès lors qu'ils sentaient qu'elles seraient mal accueillies par la population. Or ces questions délicates et techniques se sont multipliées au cours de la première partie du XXe siècle : financement de la Première Guerre mondiale, puis de la reconstruction ; première crise économique de 1921 ; très grave crise mondiale de 1929, qui touche la France au début des années trente...

Du coup, le Parlement s'est habitué à laisser le gouvernement légiférer à sa place, ce qui se marque jusque dans la technique législative adoptée. Il y a une sorte de passage de relais de la compétence législative au domaine réglementaire : le Parlement autorise le gouvernement à statuer à sa place, c'est-à-dire à adopter des actes réglementaires qui auront force de loi – les *décrets-lois* d'hier, les *ordonnances* d'aujourd'hui, qui constituent une identique réalité. Cette pratique va s'intensifier jusqu'à la Seconde Guerre mondiale ; et si la IVe République entreprend de la combattre, c'est pour qu'elle relève aussitôt la tête au point d'apparaître, par un singulier retournement, comme la seule façon de voter une loi dont la qualité technique ne soit pas mise en danger par les risques inhérents au processus parlementaire[9]. Enfin, la Ve Répu-

[7] G. Fauré et G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003.

[8] Ordonnance nº 2004-164, du 20 février 2004, relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes. V. P. Deumier, « Des myriamètres à l'internet : les nouvelles règles d'entrée en vigueur de la loi », *RTD civ.* 2004, 585.

[9] On en trouve une illustration très actuelle avec le projet de réforme du droit des obligations, que l'Assemblée veut voir voter sous forme d'ordonnance, tandis que le Sénat paraît attaché à la procédure parlementaire classique. Tout démocrate suivra spontanément le point de vue sénatorial. Dans le même temps, tout juriste sait fort bien que la procédure parlementaire aboutira à des accidents de rédaction, qu'il faudra dix ans de jurisprudence pour redresser. À l'inverse, l'ordonnance aura la valeur même du projet sur lequel elle sera fondée, qui peut être discuté entre spécialistes, seuls ! (Sur le renouvellement de la perception des ordonnances, v. M. Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, nº 114, 2005, p. 117).

blique institutionnalisa ce que la pratique avait établi : un partage du pouvoir législatif entre le Parlement qui conserve le domaine politique, et le gouvernement qui reçoit l'économie. Inscrit aux articles 34 et 37, ce partage apparut aux juristes classiques comme une atteinte inacceptable à la souveraineté législative[10] ; ils ne savaient pas qu'en la matière, ce n'était que le commencement de la fin !

Les inquiétudes nées de la répartition constitutionnelle se révélèrent sans fondement : la loi devait progressivement recouvrer sa plénitude de compétence, au point que l'on a renoué avec l'articulation traditionnelle entre lois et décrets d'application. N'en exagérons pas la portée : derrière ce rétablissement de la souveraineté du Parlement, il n'y a aucune victoire de la loi ! C'est l'exécutif qui sortait grand vainqueur de la réorganisation des pouvoirs ; ou plutôt, elle n'a fait que marquer sa victoire totale. Si l'exécutif a en effet renoncé aux prérogatives textuelles qu'il tirait des articles 34 et 37, c'est parce qu'il est clairement devenu le pouvoir décisif de la Ve République. Le Parlement est tenu en lisière si efficacement qu'il n'y a plus aucun besoin de la séparation des domaines, ou seulement de l'existence d'un domaine réservé. La signification même du renversement de 1958 étant réalisée, l'exécutif a pu renoncer aux moyens les plus voyants qui lui permettaient de contenir le législateur[11].

6. L'affaiblissement interne de la loi et les modifications de la régulation. L'abaissement de la loi ne procède pas seulement de ces rivalités normatives. Plus profondément, la focale de la réglementation change avec le XXe siècle : les équilibres individuels qu'elle permettait paraissent dépassés ; on le montrera, c'est la société tout entière que la régulation prend en charge !

Le XIXe siècle avait été celui du droit civil. Constitué pour une société agraire au rythme d'évolution lent, il s'épanouit dans les rapports individuels grâce à des liens bilatéraux, instruments privilégiés du rapport d'homme à homme. Du coup, il perd sa place quand les arrangements entre individus le cèdent à des techniques réglementaires de plus vaste ampleur, qui saisissent directement des groupes entiers, indépendamment des liens qu'ils ont noués. Avec l'après-guerre et l'instauration de l'État-providence, la distribution des biens et services tombe sous le coup de conceptions technocratiques, pour lesquelles la loi n'est plus une fin démocratique mais un moyen de réglementer, parmi bien d'autres. Il y a là deux idées entremêlées, qui s'épaulent quoiqu'elles s'énoncent séparément. Le droit civil n'occupe plus qu'une place marginale : son domaine continue d'être important, quoique résiduel ; mais il se trouve désormais privé d'exemplarité. La loi pâtit de cette même ligne d'évolution, puisqu'elle n'occupe plus qu'une place instrumentale dans la réalisation des nouveaux équilibres. À partir du milieu du XXe siècle, l'évolution des sources reflète les transformations de la régulation, qui ne touchent pas seulement la France.

Pour évoquer ces transformations normatives par changement de focale, on dira qu'aux liens bilatéraux se substituent le marché et sa régulation ! C'est ainsi que l'organisation de la concurrence s'installe en lieu et place de la liberté contractuelle ; que le marché de l'emploi remplace le contrat individuel de travail ; que le droit de la consommation absorbe les transferts de biens et services destinés au grand public ; que de vastes équilibres providentiels – en cas de retraite, de maladie, de chômage –, évincent la charité individuelle ; que la standardisation de certains contrats se substitue aux rédactions de détail, ce qui en garantit la mutabilité par voie législative ; que la technique fiscale permet d'influer sur l'ensemble des décisions individuelles, sans avoir à modifier les règles des différents secteurs.

D'un droit à hauteur d'homme, fondé sur la relation mutuelle, l'échange des consentements et les obligations réciproques, on passe à une régulation de masse, technocratique dans sa conception d'ensemble, qui appelle de nouveaux instruments normatifs. C'est le temps du règlement et de la régulation globale, dont l'État s'est fait une spécialité.

7. Le nouvel astre de la Ve République : le Conseil constitutionnel. L'office du législateur s'est ainsi vidé de sa substance : la loi est devenue un mode d'expression du droit étatique

[10] V. par ex. P. Durand, « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP* 1959, I, 1470.

[11] La répartition des articles 34 et 37 n'est aujourd'hui reprise, et par le Conseil constitutionnel lui-même, que pour déclasser préventivement telle ou telle disposition législative, *expressis verbis*, de manière à ce que le gouvernement puisse en effectuer une modification par décret.

parmi d'autres, qui n'a plus rien d'essentiel. Dira-t-on encore qu'elle est l'expression de la volonté générale ? Si l'on veut, mais seulement pour coller aux termes de l'article VI de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Il n'est plus personne pour la sacraliser, quoiqu'elle conserve une valeur symbolique liée au poids de la tradition comme à l'élection des députés.

Dans le même temps, la Ve République a promu un nouvel intervenant : le Conseil constitutionnel. Il devient essentiel à la production normative tout en acquérant une importance symbolique comparable à celle du Parlement d'autrefois. C'est lui qui incarne désormais la souveraineté de la Nation ; les normes qu'il produit disposent d'une résonance considérable et jouissent d'une grande stabilité dans le temps – comme la loi autrefois ; il joue enfin un rôle de pivot dans la vie nationale, que le Parlement a quelque peu perdu quoiqu'il soit demeuré un important forum, mais de nature politique. Ces évolutions ont assis le Conseil constitutionnel dans la position d'un garant de la stabilité du droit – ce qui avait été naguère la tâche du Parlement, dans l'idéologie républicaine.

C'est pour des raisons de circonstance que le Conseil s'est hissé au premier rang. Avec la Constitution nouvelle, la plénitude de compétence législative était retirée au Parlement, et l'ancien domaine législatif se trouvait partagé avec le gouvernement. Pour éviter toute sortie du législateur hors de son champ clos, le texte institua un Conseil constitutionnel avec pour mission, en cas de saisine par l'un des quatre plus hauts personnages de l'État, de censurer les lois erratiques. Jusqu'à 1971, le Conseil constitutionnel respecta cette attribution ; cette année-là, prenant prétexte d'une loi relative à la formation des associations, il modifia son office de son propre chef[12]. Au lieu de vérifier qu'elle ne sortait pas du domaine qui lui était réservé, il procéda d'office à un contrôle de son contenu substantiel. Ce qui transformait ses attributions, en profondeur, qui passaient d'un contrôle de pure forme à un examen de fond. La transformation allait d'ailleurs au-delà car pour réaliser ce contrôle, le Conseil avait besoin de textes de référence. Or un *corpus* normatif existait de façon latente : le préambule de la Constitution de 1958 visait la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les *principes fondamentaux des lois de la République*. La décision de 1971 affirma en conséquence leur positivité, suscitant l'élaboration d'un *bloc de constitutionnalité* aux côtés de la Constitution proprement dite, qui permettra au Conseil de mener son contrôle. C'est aussi la promotion idéologique des droits de l'homme qui se trouve ainsi mise en place : les libertés deviennent fondamentales, et servent de pivot à la législation nouvelle par la reconnaissance de leur caractère constitutionnel[13].

Perçue comme favorable, cette révolution se trouva implicitement ratifiée par une réforme constitutionnelle, destinée à amplifier la saisine du Conseil en l'ouvrant à un groupe de soixante parlementaires, députés ou sénateurs. Prenant acte de la transformation du rôle du Conseil, cette réforme de 1974 accroissait ses moyens de réaliser la mission qu'il s'était attribuée. Au-delà, elle changeait les rapports de force politiques en offrant à l'opposition la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel, en cas de désaccord sur le contenu des lois.

L'émergence du Conseil naît d'une contingence technique : la division entre les articles 34 et 37, qui sera ensuite résorbée par la pratique normative. Sa montée en puissance est garantie par le coup d'œil du Président Giscard d'Estaing, dont la réforme inscrit le Conseil au cœur de la dynamique politique française. Enfin, après quelques années de règne sans partage, la suprématie constitutionnelle sera perfectionnée par une réforme de 2008, complétée par la loi organique du 10 décembre 2009, instituant la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC)[14]. Avec cette dernière pierre, le contrôle de constitutionnalité s'universalise : à l'occasion d'un litige, tout justiciable peut demander la confrontation à la Constitution de dispositions anciennes, pour peu qu'elles n'aient pas été examinées par le Conseil. Il est douteux que cette réforme entraîne

[12] C'est la célèbre décision sur la liberté d'association : Cons. const., 16 juill. 1971, décision nº 71-44 DC, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* nº 19, note L. Favoreu et L. Philippe ; *AJDA* 1971, 537, note J. Rivero ; J. Robert, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP* 1971, 1171.

[13] Ce qui n'est peut-être qu'un retour aux sources, si l'on s'avise de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution ».

[14] X. Magnon (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Pratique et contentieux*, Litec, 2011 ; J.-H. Stahl et C. Maugüé, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2e éd., Dalloz, 2012.

un ébranlement semblable à celui qui a bouleversé l'ordre juridique français depuis 1971 ; elle emportera néanmoins des conséquences importantes, et d'abord sur le statut du Conseil qui, *volens, nolens*, tend à devenir la Cour suprême française, la Cour de cassation et le Conseil d'État se trouvant en conséquence quelque peu disqualifiés – on y reviendra.

Pour comprendre ce qui s'est joué dans ces cruciales années soixante-dix, il faut évoquer un élément idéologique décisif – dont tout découle. La Constitution, qui était traditionnellement regardée comme une norme politique par les Français – une norme organisatrice des pouvoirs publics, certes, mais dont la teneur symbolique était pour le reste déterminante –, a alors commencé d'être tenue pour juridique[15]. Le mot de Napoléon, selon qui « une constitution courte et obscure est la meilleure des constitutions », cesse d'avoir cours après la Seconde Guerre mondiale. La constitution cesse d'être vue comme l'expression d'une pratique du Pouvoir. On doute que ce soit dû à l'influence de Kelsen ! Il reste que la croyance nouvelle placée dans la normativité du texte a appelé la naissance d'un organe de type juridictionnel, apte à la sanctionner : dès lors que la Constitution était prise au sérieux sur le plan juridique, il fallait qu'une Cour constitutionnelle apparaisse, logiquement placée au faîte de l'ordonnancement juridique ! Ce qui limite notablement le rôle et l'influence des péripéties constitutives de notre histoire, qui continuent pourtant d'être discutées.

8. Le Conseil constitutionnel, les droits de l'homme et la loi. Il faut s'arrêter sur cette évolution pour en mesurer les implications. Elles sont considérables, en ce qu'elles marquent la fin de l'autonomie du législateur, *proprio sensu*. De souverain qu'il était sous les IIIe et IVe Républiques, et dans la tradition démocratique, le Parlement devient un organe contrôlé. Il n'est plus maître du contenu de la loi qu'il vote, puisque l'idéologie des droits de l'homme pèse sur ses choix. Surtout, les normes qu'il édicte peuvent être mises en cause par une minorité de parlementaires, et examinées par le Conseil ! Ce qui emporte des conséquences de deux ordres. D'abord, c'en est fini de la souveraineté du Parlement, qui vit désormais sous la tutelle du Conseil constitutionnel dont l'emprise n'a été qu'en s'amplifiant en dépit de quelques épisodes de résistance. Surtout, une idéologie fondée sur les libertés publiques et privées vient surplomber la loi et interdit au Parlement d'effectuer les choix qui lui paraissent essentiels. Le Conseil constitutionnel le dira en 1985, dans une formule provocatrice restée fameuse : « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »[16].

Insistons sur le point essentiel. La loi avait été l'incarnation de la volonté générale, avec la mise en place de l'idéologie volontariste ; dans l'esprit du Conseil, elle tend à devenir une norme de mise en œuvre du bloc de constitutionnalité : elle se doit d'incarner l'esprit des droits de l'homme, dans tout le domaine législatif. C'est là une perte d'autonomie, puisqu'elle consiste pour un Parlement à pouvoir choisir librement la teneur de la loi, sans autre limitation que sa volonté. Or celle-ci se trouve désormais bridée par des considérations de fond, des appréciations substantielles qui empêchent le Parlement non de voter ce qu'il désire, mais de réaliser la transmutation de ce vote en loi. Telle est bien la signification de la censure du Conseil : le Parlement n'est plus tout à fait libre de vouloir, ce qui transforme profondément son office en tant que législateur.

Surtout, cette inflexion s'est trouvée accusée par le fait que d'autres modes de production normative ont pareillement établi les droits de l'homme au centre de leurs références. D'où la constitution renforcée d'une idéologie solide en surplomb de la loi, et même du droit en général : on le reverra en évoquant ce nouveau jusnaturalisme, dans lequel nous baignons désormais.

9. La libération progressive du droit prétorien. Un troisième phénomène s'est révélé d'une importance décisive dans la transformation des sources : l'extension du rôle de la jurisprudence.

Le droit français a construit la représentation qu'il s'en faisait en se polarisant sur le rôle de la Cour de cassation, et sa soumission à la loi. Son appréciation eût été tout autre à partir d'un examen du droit administratif, droit prétorien constitué à partir de la fin du XIXe siècle par le Conseil d'État ! Mais c'est en considération de l'articulation entre la loi et la Cour de cassation qu'a été déduite l'idée que la jurisprudence

[15] Pour un bon constat, v. P. Avril, « La constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP* 1990, 949.

[16] Cons. const., 23 août 1985, décision nº 85-197 DC, considérant nº 27.

demeurait sous le vigilant contrôle du législateur : toute innovation est tolérée, et donc implicitement voulue, à moins qu'il ne décide de la censurer. L'apport prétorien joue ainsi le rôle d'un appoint à la loi, qui l'aide à s'appliquer dans le détail sans jamais en perturber la signification d'ensemble. Le juge est le « législateur des cas particuliers », celui qui réalise les tâches d'adaptation indignes de la compétence parlementaire. Mais, c'est tout de même au législateur que revient le dernier mot : si la Cour de cassation s'autorisait des libertés, c'est par la voie législative que le Parlement s'imposerait en combattant une jurisprudence regrettable[17].

Par le contexte choisi, cette représentation est manifestement idéologisée. Rien n'y est inexact, mais le fonctionnement décrit se révèle contingent et non pas nécessaire. Son mérite est de sauvegarder les principes de la démocratie parlementaire, pris dans une acception classique, au risque de rabaisser excessivement les pouvoirs des tribunaux. La Cour de cassation s'est toujours montrée légaliste, ce qui n'empêche pas le juge de construire un corps normatif en l'absence de texte, ou sur la base de textes frustes : le premier Président Ballot-Beaupré en avait fait l'aveu dans son discours du centenaire du Code civil. En même temps que l'on s'interrogeait sur les marges de manœuvre de la Cour de cassation, le Conseil d'État construisait le droit administratif à l'abri de la loi, et se donnait même des techniques lui permettant de brider la loi au nom de règles fondamentales qu'il avait lui-même découvertes : ainsi élaborait-il les principes généraux du droit[18]. Par ailleurs, la fin du XX^e siècle montrait que la jurisprudence était un phénomène qui pouvait se présenter dans des contextes variés – judiciaires, administratifs, constitutionnels, communautaires, européens –, dans lesquels le rapport à un texte *princeps* est chaque fois différent. Si l'on embrasse toutes ces manifestations prétoriennes d'un seul regard, le rôle créateur de l'interprétation paraît soudain considérable – et la situation de la Cour de cassation bien peu emblématique ! Une étude des manuels fait d'ailleurs apparaître ce que chacun savait, sans toujours le dire : dès l'après-guerre, et même le début du XX^e siècle, tout cours de droit – fût-il l'enseignement d'un droit civil fortement encadré par la loi –, se présente d'abord comme un cours de droit prétorien où la loi intervient certes, mais comme point de départ, et seulement pour poser les principes généraux.

Il importe donc d'échapper à l'étymologie, qui voit le juge comme celui qui se contente de dire le droit, c'est-à-dire qui prononce les paroles de la loi. *Judex* ne provient-il pas de *jus dicere ?* Mais le juge ne peut pas être réduit à cette bouche : il n'est pas une marionnette entre les mains du législateur, qui répéterait les mots d'un texte jadis écrit, en les adaptant à la situation de fait. S'il *dit* le droit, c'est bien parce qu'il le constitue dans le même temps. Encore faut-il prendre la mesure des perturbations qu'apporte cette conception nouvelle de l'office du juge. Le droit français avait pris la mauvaise habitude de le traiter comme quantité négligeable, quand il appréciait les modes de production du droit ; il nous faut désormais vivre avec un juge créateur, fondamentalement libre, qui se présente comme un organe à part entière de l'ordre juridique.

10. En arrière-plan : le rôle juridique de l'administration. La côte des différentes sources du droit est variable. Pour mieux comprendre les mouvements qui l'agitent, il importe d'évoquer un facteur important, mais peu apparent : le rôle juridique de l'État, exercé par le moyen de son administration. Par tradition, la France n'est pas un pays qui donne la primauté à la régulation juridique : quels que soient les problèmes qui s'y présentent, pour peu qu'ils soient considérés comme sensibles, leur règlement est étatique – et donc politique, plutôt que juridique. C'est une des particularités françaises que le prétendu « pays des droits de l'homme » croit fort peu au droit, mais bien davantage à l'intervention régulatrice de l'État. Là où les beaux esprits se rengorgent en évoquant un *État de droit*, il faudrait bien plutôt parler d'*État d'administration* – ce qui a une tout autre résonance ! Or cette intervention étatique a pris une extension considérable au XX^e siècle, au rebours des évolutions internationales. Nous vivons l'étonnant paradoxe d'une ère de libéralisation dans laquelle la place théorique de l'État est battue en brèche face aux exigences du marché, alors même qu'en France, son intervention s'accroît de façon constante.

[17] Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mél. R. Savatier*, p. 603 ; P. Esmein, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952, 17.

[18] CE 26 oct. 1945, *Aramu*, *Lebon* p. 213, *D.* 1946, 158, note G. Morange, *S.* 1946, 3, 1, concl. R. Odent, qui évoque les « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte ».

L'observation ne dérive pas seulement du rôle du droit public, ou de l'intensification du pouvoir réglementaire : l'accroissement de l'intervention étatique se constate autant par les hommes que par les techniques. Une coupe transversale de la mainmise étatique sur le domaine juridique révèle des résultats surprenants. On l'a dit, la loi est tombée dans le giron de l'exécutif, au point que les principes de séparation des pouvoirs n'apparaissent plus que comme des souvenirs démocratiques empoussiérés. Le Parlement continue de la voter ; mais en amont, l'exécutif y est intervenu de façon décisive. D'une part, parce que c'est le gouvernement qui est maître de l'ordre du jour du Parlement : il peut limiter l'examen des propositions de lois, et accroître celle des projets – même si des limitations à ce pouvoir sont récemment apparues, qui n'ont guère prouvé leur efficacité. De plus, les projets de lois ont été préventivement examinés par le Conseil d'État en section administrative, ce qui témoigne d'une confusion des pouvoirs dont aucun État démocratique moderne ne donne l'exemple[19]. À supposer que la loi soit votée, elle sera peut-être déférée au Conseil constitutionnel, dont la jurisprudence est coordonnée par un Secrétariat général qui est, par tradition, formé de représentants du Conseil d'État qui se sont contentés de traverser le jardin du Palais-Royal. Sans oublier que la plupart des secteurs modernes de l'activité française, ceux qui manifestent un apparent désengagement de l'État, sont régulièrement confiés à d'étranges *Autorités administratives indépendantes*, qui disposent de pouvoirs à la fois normatifs, juridictionnels et administratifs, et sont très souvent dirigées par des Conseillers d'État ou des représentants de la haute fonction publique. Il est probable que ces derniers ne sont pas inféodés à leur corps d'origine ; pour autant, il est bien certain qu'ils en propagent l'idéologie juridique, comme les méthodes. Tous les territoires de la modernité ont ainsi été soustraits au législateur comme aux pouvoirs du juge de droit commun, pour être livrés à des représentants de l'administration, directs ou indirects, ce qui renforce la pression d'une régulation de type étatique et technocratique, où les juristes de vieille roche ne se retrouvent pas.

D'où ce très singulier phénomène – témoignant d'une regrettable « exception française » –, qui accroît en permanence l'étendue de l'intervention étatique alors même que l'économie dirigée est censée être en repli dans les pays modernes, en tout cas depuis l'effondrement du bloc de l'Est. Du point de vue de la dynamique des sources du droit, c'est un élément avec lequel il faut compter : l'extension constante de l'intervention de l'État, de son droit et de ses méthodes, d'autant plus difficile à apprécier qu'elle ne s'avoue jamais comme telle – mais apparaît au contraire sous le masque bienveillant de l'indépendance.

11. Bilan de l'évolution des sources, dans l'ordre interne. On a essayé de le montrer de façon synthétique, la considération des sources de l'ordre interne traduit de considérables transformations : au début du XXIe siècle, les besoins d'expression de l'ordre juridique français n'ont plus grand chose à voir avec les modalités traditionnelles, maintenues jusque dans l'après-guerre. Montée en puissance de l'idée constitutionnelle, incarnée par le rôle déterminant du Conseil ; incroyable déclin d'une loi qui a perdu ses fonctions transcendantes ; forte emprise de l'administration, à la fois grâce à l'extension du domaine réglementaire et aux transformations intervenues dans la régulation d'ensemble de la société ; autonomisation et développement de la jurisprudence, tous domaines confondus. Autant de facteurs qui ont ébranlé le socle de la juridicité traditionnelle au point de faire douter de son maintien : l'épuisement du volontarisme a lancé le droit français dans un renouvellement de ses sources, qui n'est sans doute pas achevé.

Encore est-ce compter trop juste, car ces évolutions prenaient place dans un environnement mondial qui, progressivement, aboutissait à contester l'autonomie de l'ordre juridique interne. Au milieu du XXe siècle, la France devient consciente de son entrée dans un monde internationalisé, de sorte que les transformations de son ordre juridique sont de plus en plus commandées par des influences extérieures. Le monde entier s'invite à la table du droit français : tel est le deuxième volet de ce changement national, en matière de sources. En un mot, la perméabilité aux droits extérieurs fait peu à peu éclater jusqu'à l'idée d'une régulation organisée par l'ordre juridique interne.

[19] C'est d'ailleurs une confusion qui a été dénoncée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du Luxembourg, ce qui n'a guère touché la France : CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, *RFDA* 1996, 677, note J.-L. Autin et F. Sudre.

II. Les transformations de l'ordre interne sous la pression internationale

12. Les traités et l'internationalisation des structures nationales au xxe siècle. L'internationalisation des modes de production du droit n'a rien à voir avec ce que l'on nomme aujourd'hui la *mondialisation*, ou la *globalisation*. Ce que l'on veut évoquer, c'est la montée en puissance des normes internationales, celles qui sont issues des traités. Elle s'est matérialisée par un accroissement notable de leur présence au sein de l'arsenal juridique français, en nombre comme en importance. Certes, les traités sont des instruments juridiques connus de longue date, qu'ils soient politiques ou économiques ; leurs répercussions sur le droit interne sont éprouvées, et ont depuis longtemps alimenté la réflexion des juristes. Il reste qu'à partir de l'après-guerre, le phénomène devient déterminant pour le droit français, alors qu'il était jusque-là marginal.

Les raisons de cet accroissement sont connues, qui tiennent à une interaction internationale renforcée à partir de la Seconde Guerre mondiale. Cette intensification est née de la ruine des États européens et asiatiques après la guerre, ainsi que de la décision américaine de relancer le commerce international par l'aide Marshall. D'où une augmentation forte de la pratique des échanges, avec une spécialisation progressive des pays selon leurs compétences, qui devait renforcer le commerce international en retour. Dans le même temps, les tentatives d'unifications politiques se multipliaient dans le monde, globalement ou localement, toujours pour écarter le spectre du retour des guerres. L'existence d'enceintes liant les Nations, favorisant entre leurs peuples l'habitude de se parler, était considérée comme une technique de nature à diminuer la violence interétatique – à tort ou à raison. D'où les regroupements internationaux qui se constatent à partir de 1945, qui s'intensifient avec la fin du siècle pour créer un système de communautés-gigognes, pour ainsi dire, où les interactions de toutes natures sont de plus en plus intenses.

La mise en place du forum mondial qu'est l'Organisation des Nations Unies (ONU) n'a pas suscité de bouleversements dans la réglementation juridique de droit interne, au moins pour l'instant. Il en est allé autrement avec les organisations européennes, qu'il s'agisse du *Conseil de l'Europe* ou de l'*Union européenne*. Celle-ci notamment, la plus importante pour notre propos, se présente comme un processus fédératif qui emporte cette transformation décisive et paradoxale que la France demeure un État souverain tout en devenant une composante de l'Union, qui est à son tour considérée comme une manière d'État souverain par le droit international. Ce qui crée d'évidentes répercussions sur le terrain juridique : les compétences réglementaires de l'Union sont nombreuses, et demeurent en expansion ; par son intégration, la France a accepté d'être partie prenante à sa législation, totalement ou partiellement, ce qui réduit la part d'initiative nationale. Comme l'a dit la Cour de justice de l'Union dans un attendu de très grand principe, « à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité, et qui s'impose à leurs juridictions »[20]. Sur le plan quantitatif, les réalités normatives se sont révélées à la hauteur de cette affirmation !

13. Les traités dans la vie politique française du xxe siècle. L'instrument normatif qui exprime la diversité des relations internationales est unique, quoiqu'une étude de détail permette d'en distinguer diverses figures. De façon globale, on est confronté à la notion indifférenciée de *traité international*, notion qui a trouvé une réglementation quelque peu superflue avec la Convention de Vienne de 1969, sur le droit des traités. L'essentiel de ses règles était d'inspiration coutumière, de sorte que la Convention s'est contentée de leur donner un cadre juridique plus ferme, aux apparences contraignantes.

Du point de vue national, le phénomène des traités touche massivement la France dans l'après-guerre, et aboutit à brouiller l'équilibre des modes de production du droit à partir des années soixante-dix. L'accroissement du nombre des traités internationaux, comme leur importance nouvelle, avaient été perçus par les Constitutions françaises. Celle de la IIIe République n'en disait mot[21] ; celle de la IVe prenait la question à bras-

[20] CJCE 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, *Rec. CJCE*, p. 1141. Pour un examen tardif de l'arrêt et de ses destinées, B. De Witte, « Retour à ''Costa'' : La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE* 1984, 425.

[21] Néanmoins, les tribunaux considéraient couramment que « les traités passés entre les nations ont le caractère de lois », ce qui précisait leur rang normatif.

le-corps, qui affirmait au paragraphe 14, alinéa 1er de son préambule, aujourd'hui encore en vigueur, que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Dans le détail, le texte était moins clair : l'article 28 affirmait la supériorité des traités sur les lois ; l'article 26 la privait d'effet en donnant au traité une autorité égale à celle de la loi interne : il suffisait donc d'une loi contraire pour paralyser les effets d'un traité gênant.

Jusqu'à 1958, la Constitution était considérée bien moins comme un ensemble de règles juridiques que comme une norme politique : il s'agissait d'un guide inspirant les pratiques, et non d'un ensemble de règles applicables, qui fussent contraignantes. C'est ce qui change avec la Ve République, qui ouvre une période où la Constitution devait être prise au sérieux par l'ordre juridique, ce qui lui vaut un statut normatif de plein exercice. D'où l'importance nouvelle de son article 55, dont la lettre n'était pas révolutionnaire : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Avait-on progressé par rapport à la IVe République et à son article 28 ? Ni dans les intentions, ni dans l'expression : en sacrifiant à cette proclamation de principe, la République n'entendait pas bouleverser son fonctionnement juridique, légicentriste par tradition. C'est ainsi qu'en dépit la lettre de l'article, les tribunaux continuaient de faire prévaloir la norme la plus récente en cas de conflit – qu'elle soit législative ou issue d'un traité. La vieille jurisprudence Matter persistait à produire ses effets, typiques de la survalorisation de la loi : « on ne peut donner au juge le droit de préférer le traité à la loi, car ce serait lui donner le droit d'enfreindre la volonté de la loi, ce qu'il n'a pas le droit de faire »[22].

Néanmoins, l'article 55 allait connaître une étonnante mue, qui permettrait aux traités de jouer progressivement un rôle adapté à leur nouvelle importance internationale.

14. La réception juridique des traités, à la fin du xxe siècle. Il est inutile de revenir sur une évolution bien connue des juristes français. Sous la pression de la réception du droit communautaire, la graine semée par l'article 55 allait germer, non sans un ensemble de péripéties qui ont fait apparaître comme accidentelle une évolution pourtant largement prévisible.

Dès 1975 pour la Cour de cassation[23], plus tardivement pour le Conseil d'État, c'est-à-dire en 1989[24], les deux plus Hautes juridictions françaises admirent l'effet positif de cet article constitutionnel. Précisons les idées, pour éviter que les termes ne nous égarent : quoique figurant dans la Constitution, cet article n'a pu acquérir de statut positif qu'en échappant précisément à l'orbite constitutionnelle. Ce n'est que parce que le Conseil a refusé de le sanctionner directement, en exerçant un contrôle de la loi par rapport au traité[25], que l'article 55 a pu acquérir force obligatoire devant les tribunaux ordinaires. Son caractère obligatoire s'est révélé en tant que norme « déconstitutionnalisée », applicable par les juridictions nationales mais pas par le Conseil lui-même. Tel est le paradoxe d'un texte placé dans la Constitution, qui ne trouve sa réalisation qu'en échappant à l'emprise du contrôle de constitutionnalité pour devenir une norme de plein exercice. L'impact immédiat ne fut pas seulement de favoriser la réception du droit communautaire, en lui assurant la primauté qui lui revenait de droit – non selon la Constitution, mais selon le droit communautaire lui-même ! C'est l'ensemble des traités qui se trouvait concerné par cette ouverture à un droit venu de la sphère internationale, supra-étatique en tout cas.

Du fait de cette lecture de l'article 55 de la Constitution, le traité devient une composante majeure de la normativité interne. Du reste, la norme internationale cesse peu à peu d'être considérée comme exogène, pour être soumise à un régime identique à celui des règles internes : dans les années quatre-vingt-dix, les Hautes juridictions françaises admettent que les tribunaux procèdent seuls à l'interprétation des traités[26] ; elles acceptent d'en contrôler les modalités de

[22] Concl. P. Matter, sous Civ. 22 déc. 1931, *S.* 1932, 1, 257, note J.-P. Niboyet ; p. 268, *in fine,* pour la reprise de la citation de La Pradelle.

[23] Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre*, *D.* 1975, 497, concl. A. Touffait ; *JCP* 1975, II, 18180*bis*, concl. A. Touffait.

[24] CE 20 oct. 1989, *Nicolo*, *JCP* 1989, II, 21371, concl. P. Frydman ; *D.* 1990, 135, note P. Sabourin, qui opère revirement par rapport à la position jusque-là admise du Conseil : CE 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *D.* 1968, 285, note M. L. ; *AJDA* 1968, 235, concl. N. Questiaux.

[25] Cons. const., 15 janv. 1975, no 74-75 DC, *D.* 1975, 529, note L. Hamon ; *JCP* 1975, II, 18030, note E.-M. Bey ; *AJDA* 1975, 134, note J. Rivero.

[26] CE 29 juin 1990, *GISTI*, *AJDA* 1990, 621, concl. R. Abraham et note G. Teboul ; *D.* 1990, 560, note P. Sabourin ; *JCP* 1990, II, 21579, note J. Tercinet ; *Rev. crit. DIP* 1991, 61, concl. R. Abraham, note P. Lagarde. La Cour de cassation rejoint cette position dès 1995 : Civ. 1re, 19 déc. 1995, *Banque africaine de développement*, *Rev. crit. DIP* 1996, 468, note B. Oppetit.

ratification, en cas de demande d'une partie qui en refuse l'application[27] ; enfin, il y a peu, le Conseil d'État change d'attitude pour en contrôler la réciprocité, que les tribunaux avaient longtemps considérée comme échappant à leur regard[28]. Autant dire que les normes internationales ont été comme nationalisées par le droit français, qui ne leur reconnaît plus guère de singularité de régime : ce sont des normes nationales, quoique d'origine internationale.

15. Supériorité des traités sur les lois, ou primauté de l'ordre juridique international ? Quel bilan faut-il tirer de la relation entre les ordres juridiques internes et internationaux ? Aussitôt que l'on pose la question, les idées se brouillent. La France se présente comme un État moniste, à dominante internationale : tel est le sentiment qui résulte d'une lecture immédiate de l'article 55[29]. Les doctrines monistes admettent une unité de conception entre l'ordre interne et l'ordre international ; à dominante internationale, elles proclament la primauté de l'ordre international sur l'ordre interne. Dans un tel système, les effets du traité l'emportent par nature sur la législation interne, antérieure ou postérieure ; plus encore, toutes les manifestations internationales s'imposent *ipso facto* à l'ordre interne. La réglementation nationale ne peut plus faire barrage aux effets de droit international. Faut-il reconnaître l'ordre juridique français dans cette épure ? Des nuances décisives s'imposeraient, car la jurisprudence a bientôt montré que la supériorité des traités, fondée sur l'article 55, n'équivalait pas à la primauté de l'ordre international. Quelques étapes scandent cette prise de conscience, qui conduit à relativiser l'idée d'une suprématie internationale d'ensemble.

Avec les arrêts *Sarran et Levacher*[30] d'un côté, et *Fraisse*[31] de l'autre, les Hautes juridictions ont établi que les règles constitutionnelles – la Constitution elle-même ou les *principes fondamentaux des lois de la République* –, devaient l'emporter sur les règles internationales, quel qu'en soit le mode d'expression. Ce qui objectait à la primauté de l'ordre international, et attentait aux principes proclamés. Mais après tout, il s'agissait de la Constitution, dont il faut bien reconnaître le caractère souverain – au moins de principe ! Plus curieusement, les juridictions internes n'admirent pas la supériorité des coutumes internationales sur les lois[32], alors qu'elles sont l'une des sources principales de l'ordre international. Évoquons encore la tentation, finalement écartée, de manipuler subtilement les relations : dans un arrêt heureusement demeuré sans postérité, le Conseil d'État avait déclaré une loi conforme à un *principe fondamental des lois de la République* sans rien de substantiel qui permette la justification de cet adossement, à seule fin de pouvoir appliquer cette loi contre un traité gênant[33].

L'extension des effets de l'article 55 a donc été limitée. La supériorité des traités sur les lois se limite à un rapport hiérarchique entre ces deux sources, mais ne consacre aucune supériorité d'ensemble de la sphère internationale – quoiqu'on le prétende parfois hâtivement. Il n'empêche : l'ordre interne se trouve désormais soumis à la pression des traités internationaux, au point que l'on se demande si son homogénéité parviendra à résister.

16. Description élémentaire des manifestations internationales de production des règles. Du point de vue de la transformation des sources, les évolutions intervenues depuis le milieu des années soixante-dix se sont révélées décisives. Le droit applicable en France a cessé d'être d'inspiration ou de facture interne : avec des différences d'intensité selon les domaines, il s'agit désormais d'un patchwork de règles de provenances diverses, entre lesquelles l'unité est impossible. On se bornera ici à la description de trois ensembles particulièrement féconds de production internationale des règles, qui montrent pourquoi l'ordre interne se sent dépossédé de sa capacité normative.

[27] CE 18 déc. 1998, *SARL du Parc d'activité de Blotzheim*, *Lebon* p. 483, concl. Bachelier ; CE 23 févr. 2000, *Bamba Dieng*, *JDI* 2001, 81, 2e espèce, note J. Dehaussy. Là encore, la Cour de cassation lui emboîte aussitôt le pas : Civ. 1re, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne*, *Bull. civ.* I, no 149, p. 97 ; *RTD civ.* 2001, 706, obs. R. Libchaber.

[28] CE 9 juill. 2010, *Cheret-Benseghir, RFDA* 2010, 1133, concl. G. Dumortier, et 1146, note J.-F. Lachaume. La Cour de cassation ne s'est pas encore exprimée sur la question, mais il n'y a pas de raison qu'elle ne suive pas la lecture de la Haute juridiction administrative.

[29] M. Virally, « Sur un pont-aux-ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mél. Rolin*, p. 488 ; G. Teboul, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *RDP* 1999, 696.

[30] CE 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *D.* 2000, 152, note E. Aubin ; *RDP* 1999, 919, note J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 1999, 232, obs. N. Molfessis.

[31] Ass. plén. 2 juin 2000, *Dlle Fraisse*, *JCP* 2001, II, 10453, note A.-C. de Foucauld ; *RTD civ.* 2000, 672, obs. R. Libchaber.

[32] CE 6 juin 1997, *Aquarone*, *RFDA* 1997, 1068, concl. G. Bachelier.

[33] CE 3 juill. 1996, *Koné*, Lebon p. 255 ; *RFDA* 1996, 870, concl. J.-M. Delarue ; *D.* 1996, 509, note F. Julien-Laferrière ; *RTD civ.* 1997, 787, obs. N. Molfessis.

Évoquons d'abord l'influence de l'Union européenne. S'agissant d'un regroupement d'États de type fédératif, son établissement a conduit à la centralisation de nombre de domaines réglementaires, qui ont été du même coup soustraits à la compétence des États[34]. Il s'ensuit que la France se trouve sommée de recevoir, dans son arsenal normatif, des quantités croissantes de règles issues de l'Union. Leur incorporation prend des allures différentes selon les domaines : les règlements n'ont pas à être transposés car ils sont d'effet direct sur l'ensemble du territoire communautaire ; en revanche, les directives font l'objet d'une procédure de naturalisation par la voie de la loi ou du règlement, voire par décision prétorienne. D'où une élaboration nationale qui se limite au choix des moyens de réaliser les objectifs communautaires, qui ne peuvent plus être débattus dans l'ordre interne. Inutile d'entrer dans de vaines batailles de chiffres pour déterminer les parts nationale et communautaire qui entrent dans notre arsenal juridique[35] : l'essentiel est qu'un grand nombre de domaines sont aujourd'hui communautarisés, ce qui est troublant au regard d'une conception juridique attachée au principe de la souveraineté nationale, et à ses prolongements parlementaires.

Par ailleurs, l'influence de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* est de plus en plus sensible sur le droit national, qui passe par différents canaux. On sait que le système conventionnel trouve sa perfection dans un mécanisme de contrôle judiciaire, qui permet à la *Cour européenne des droits de l'homme* d'apprécier l'effet des règles nationales au regard des droits fondamentaux garantis par la Convention. Il en résulte que tout particulier qui s'estime, *in concreto*, victime d'une violation de ses droits fondamentaux, persistant après l'épuisement des recours internes, peut demander à profiter du contrôle international mis en place par la Cour. S'il triomphe, le droit national est censé se mettre en conformité avec la Convention, au risque d'engager la responsabilité internationale de l'État. Ce qui signifie que la législation nationale évoluera, pour éviter à l'avenir toute violation comparable des droits. Mieux encore : tout État membre dont la législation interne est exposée à de semblables griefs devra se mettre en adéquation avec les exigences de la Cour, sans attendre une condamnation devenue probable. Il s'ensuit que dans l'espace français, les lois font désormais l'objet de contrôles multiples, éventuellement contradictoires : avant leur promulgation, par le Conseil constitutionnel ; après, en cas de saisine de la Cour européenne[36]. Il faut aller au-delà, car le contenu de la Convention est directement invocable par les citoyens devant les juridictions nationales, et des textes tels que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif aux exigences du procès équitable, se trouvent mobilisés de façon impressionnante. Il s'ensuit que n'importe quel juge français se révèle libre d'appliquer directement les principes des droits de l'homme, tels qu'ils s'incarnent selon lui dans la jurisprudence de la Cour, contre le droit national. Insistons : la perception judiciaire des droits européens peut primer des règles internes dûment posées[37].

On est là en présence des deux manifestations les plus massives de la pression des sources internationales. De façon plus générale, il convient d'ajouter les répercussions sur le droit français des traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, qui disposent d'un impact immédiat et brutal. Parce qu'ils sont souvent *self-executing*, de telle manière qu'ils s'appliquent en France sans mesure de transposition ; parce que les exigences de réciprocité posées par l'article 55 ne les concernent pas, car l'objectif substantiel des droits de l'homme est si fondamental que rien ne peut l'enrayer – et notamment pas un défaut d'application localisé, qui gripperait l'entier mécanisme du traité. Les deux pactes de l'ONU en matière de droits de l'homme n'ont

[34] Sans entrer dans la question ardue du dénombrement des compétences exclusives de l'Union, ou partagées avec les États, on peut renvoyer aux articles 2 à 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui en a tenté la présentation.

[35] Pour une comptabilisation aujourd'hui dépassée, v. J. Maïa, « La contrainte européenne sur la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 53. Le chiffrage s'est probablement accentué depuis lors.

[36] Sans oublier, désormais, la possibilité d'une QPC si le Conseil n'avait pas été immédiatement saisi – ce qui n'est pas une hypothèse d'école : il semble que le taux de lois déférées au Conseil lors de leur vote soit inférieur à 20 %.

[37] Cf. Civ. 1re, 4 déc. 2013, *D.* 2014, 179, note F. Chénédé, *RTD civ.* 2014, 88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud, où la Cour refuse la mise en œuvre d'un article du Code civil – l'article 161, qui interdit le mariage au sein de la famille, qui n'est pas même évoqué dans l'arrêt alors que la Cour d'appel s'était fondé sur lui –, pour appliquer directement l'article 8 de la Convention EDH, de sorte à valider une union ancienne quoique encore annulable compte tenu des règles applicables à la prescription. Une Cour plus respectueuse de la loi aurait interprété l'article, de sorte à protéger une situation par trop acquise. Sur la résonance possible de cet arrêt, v. Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, 2061.

guère pénétré l'espace français[38] – le pays ayant préféré s'en remettre à la seule unification réalisée sous l'égide du Conseil de l'Europe. On n'en dira pas autant de certaines conventions internationales de grand principe, telle que la Convention de New York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant[39].

17. Ordres internationaux, transnationaux et internes : la force de la représentation pluraliste. Si l'on dépasse la question de la provenance des normes pour constater des faits massifs, il apparaît que l'admission d'une lecture ouverte de l'article 55 a emporté une sorte de subversion de l'ordre interne par des règles extérieures. Mais elles ne sont pas toutes localisées dans un ordre international général : il y a une pluralité d'ordres juridiques non étatiques, qui exercent désormais leurs contraintes sur les droits nationaux.

Longtemps, la pensée internationaliste s'est posé la question des rapports entre ordres en opposant l'interne à l'international. Quelque réponse que l'on y ait apportée, la confrontation se révélait simpliste en ce qu'elle se limitait à une hésitation entre deux protagonistes, seulement, pour savoir lequel devait dominer l'autre[40]. Ce que l'évolution de la fin du XX^e^ siècle a révélé, c'est l'incroyable multiplicité des intervenants possibles. Il existe un ordre juridique international global, quelque peu idéal – celui de la naissance de la pensée internationaliste, d'abord organisé par la SDN avant de rencontrer davantage de succès autour de l'ONU. Il voisine avec des ordres juridiques supra-étatiques divers, qui n'en sont pas des sous-ensembles. Il est incontestable que, par exemple, l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe[41] – avec son prolongement qu'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme –, se sont établis au moyen de traités internationaux ; pour autant, ils se sont aussitôt après renforcés par leurs propres moyens, sécrétant des règles spécifiques qui entretiennent de moins en moins de relations avec le droit international public, à mesure de leur perfectionnement. D'où le sentiment d'une véritable fragmentation de l'ordre international qui a alimenté le débat doctrinal[42], sous une triple multiplication : celle des ordres juridiques limités, mais autonomes[43] ; celle des normes émises ; et surtout, celle des tribunaux internationaux aptes à les interpréter.

Encore est-ce compter trop juste, car on constate aussi l'existence d'ordres juridiques non étatiques, qui prennent appui sur les territoires d'États divers pour imposer des coordinations juridiques sectorielles. On a ainsi pu constater l'évidence d'ordres juridiques transnationaux, qui ne relèvent pas de structures repérées par le droit constitutionnel. Dans les années trente, Santi Romano[44] avait évoqué la perméabilité de l'ordre juridique interne par diverses structures – Églises variées, entreprises, universités, prisons, mafias –, toutes pouvant être considérées comme des foyers normatifs particuliers, à même de susciter une régulation échappant au droit étatique – qui ne détient décidément aucun monopole : c'est l'origine de la pensée pluraliste dans l'ordre interne, qui sera simultanément développée ailleurs par d'autres auteurs[45]. La surprise de la fin du siècle a été de constater le renouvellement de cette conception pluraliste, non comme doctrine interne mais comme réalité supra-étatique, véritablement transnationale. En s'élevant à la sphère supra-étatique, on assiste au développement d'ordres juridiques transnationaux, qui ne trouvent guère de place dans les

[38] Pactes internationaux de l'ONU du 16 décembre 1966, relatifs l'un aux *droits économiques, sociaux et culturels*, et l'autre aux *droits civils et politiques*.

[39] V. le commentaire immédiat de G. Raymond, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP* 1990, I, 3451.

[40] M. Virally, « Sur un pont-aux-ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mél. Rolin*, p. 488.

[41] Sans compter bien d'autres ensembles, qui vont de l'ancien Benelux aux ensembles plus contemporains, OHADA ou ALENA par exemple. Le tout sans préjudice d'ensembles qui touchent moins directement la France, mais qui n'en existent pas moins avec une efficacité juridique certaine.

[42] Sur ce thème très présent dans la pensée internationaliste, v. en français : Ch. Leben, « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : remarques introductives de l'internationaliste publiciste », in *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin (dir.), Pedone, 2011, p. 21 ; B. Conforti, « Unité et fragmentation du droit international : ''Glissez, mortels, n'appuyez pas !'' », *RGDIP* 2007, 5 ; P.-M. Dupuy, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *European Journal of Legal Studies* 2007, 1.

[43] On veut traduire par là l'expression *self-contained regimes*, développée par B. Simma, « self-contained regimes », *Netherland Yearbook of International Law* 1985, 111. Pour l'expression de *sous-systèmes*, v. I. Buffard, « Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international », *Festschrift G. Hafner*, p. 13.

[44] S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 1975, réimpr. 2002, préf. P. Mayer.

[45] En Angleterre, v. H. Laski, *Authority in the modern state*, 1919. En France, G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, préf. L. Le Fur, Sirey, 1932 ; *Le temps présent et l'idée du droit social*, préf. M. Leroy, Vrin, 1932. Il est évidemment discutable d'inscrire Gurvitch dans la tradition française, sans autre forme de procès : né russe, il a participé à la Révolution de 1917 qui l'a déçu, avant de partir pour Prague où il subit l'influence intellectuelle de l'Allemagne, puis pour Paris où il s'installe en 1925. Son influence sur les juristes, notamment français, a été paradoxale, tout à la fois réelle et diffuse.

représentations traditionnelles : Églises à vocation internationale, fédérations sportives, associations culturelles ou scientifiques, voire les « territoires électroniques » suscités par l'internet – sans oublier évidemment les ordres mafieux !

L'ordre international s'est fragmenté, de sorte qu'il n'y a pas de tête-à-tête juridique entre l'État et le monde. Et d'autres ordres transnationaux commencent à être pris en considération, si bien que la conception géométrique d'ordres englobants – supra ou infra-étatiques –, ne donne plus de clef suffisante à une description efficace. En toute rigueur, l'ordre interne ne devrait plus nous apparaître que comme un ordre juridique parmi bien d'autres : une simple composante de ces ordres incroyablement divers qui conjuguent leurs effets pour constituer le droit qui nous régit. Nous continuons néanmoins d'y être attachés comme à un horizon familier à l'aune duquel nous évaluons tous les phénomènes juridiques. Mais nous savons bien qu'il n'est plus qu'un astre des plus modestes dans le vaste planétarium du droit !

18. La cohérence perdue de l'ordre interne. Évidemment, ces différents ordres juridiques, qu'ils soient para, supra ou infra-étatiques, suscitent des répercussions différenciées sur les ordres juridiques internes : nul ne pourrait prétendre les traiter de façon unique. Pris ensemble, ils aboutissent à cet étrange résultat de délégitimer la capacité normative de l'ordre interne. Au-delà des mouvements internes déjà exposés, les bouleversements intervenus dans les sources du droit procèdent du changement d'échelle dans notre prise en compte des références juridiques : un État refermé sur lui-même élabore son droit, tandis qu'un État ouvert subit des influences extérieures qu'il doit assimiler – si la synthèse est possible !

À cet ébranlement de l'organisation des sources du droit, il y a une cause unique : la lecture positive de l'article 55, qui a créé une communication ouverte entre les ordres supra-étatiques et l'ordre interne – ce qui aboutit par voie de conséquence au déferlement des règles venues d'ailleurs. N'incriminons pas trop le texte lui-même, ou l'imprévision du pouvoir constituant de 1958 : les pays dualistes, tel que le Royaume-Uni, ne se sont pas tellement mieux tirés de leur entrée dans un monde internationalisé. Car la raison qui rend compte du phénomène est simple : dans un monde qui va vers toujours plus d'interactions juridiques, la protection de l'ordre interne par une clôture autonomiste est impossible. La digue juridique que le droit national peut dresser contre le dynamisme international ne résiste pas à la prodigieuse multiplication des normes ! C'est ainsi que, monistes ou pluralistes, quelle que soit la subtilité de leur positionnement constitutionnel, les États sont tous amenés à subir les influences internationales, sauf à faire le choix de l'isolationnisme. Telle n'était pas la voie française dans l'après-guerre ; mieux encore, à la supposer choisie, elle se fût bien vite révélée impraticable. Tout ce qui s'en est suivi était contenu en germe dans l'admission initiale d'un monde désormais internationalisé.

Quand on dresse un bilan d'ensemble de l'évolution, l'important ne tient pas au constat de cette pénétration facilitée des règles internationales, ou même du nombre de celles-ci à avoir acquis un statut positif : cette xénophobie normative n'aurait aucune pertinence propre. L'essentiel est que le voisinage de règles d'origines différentes a rendu délicate toute entreprise de synthèse, quelle que soit la part idéale qui l'anime. Toute volonté de compréhension du droit dans sa profondeur tend à essayer de faire parler l'ordre juridique d'une seule voix, en dépit de la variété des éléments qui interfèrent dans son expression. Le juriste de droit interne pouvait autrefois poser une hypothèse de cohérence, en considérant que tous les modes d'expression internes étaient unis par la cohérence sécrétée par l'ordre interne : à lui de l'exhumer, afin de l'exprimer. Avec la multiplication des règles exogènes, leur conjugaison aux règles internes devient hasardeuse. Ces entreprises de synthèse perdent ainsi jusqu'à leur fondement : faute d'ordre juridique de référence qui impose sa cohérence, on ne parvient pas à rendre compte de la diversité des règles autrement qu'à la façon d'un habit d'Arlequin – en cousant bord à bord des solutions plus ou moins compatibles, dont on ne cherche pas même toujours les possibilités d'harmonisation. Autant dire qu'à la question *quelle règle appliquer ?*, les réponses varient, tout comme celles qui répondent à la question du justiciable : *quel tribunal saisir ?* D'où un système de relativité généralisée, extraordinairement inconfortable.

Le désordre du droit était largement prévisible[46], l'ordre interne se trouvant subverti par des règles d'inspiration étrangère. Ce qui l'était moins, c'est que l'idée même d'autonomie de l'ordre – le fait qu'il soit apte à se donner les règles de son choix –, connaisse un recul aussi net. Encore une fois, sur ce plan, tout s'est noué à la fin du XXe siècle, au cours de ces étranges années soixante-dix.

III. La fin de l'autonomie du droit

19. La feinte autonomie du pouvoir législatif, au XIXe siècle. C'est peut-être excéder les limites du sujet que d'évoquer l'intervention d'un nouveau jusnaturalisme, qui exerce une influence déterminante sur le contenu du droit. Si nous y consacrons quelques lignes, c'est que l'on constate, comme souvent, d'importantes répercussions des conceptions de fond sur la forme dans laquelle elles s'expriment. L'installation d'une idéologie nouvelle, en surplomb du droit, influe indirectement sur ses modes d'expression. Encore faut-il commencer par justifier le point de départ : s'il y a intervention d'une idéologie normative, c'est que l'idée d'autonomie juridique s'est perdue dans l'ordre interne. Disons-le d'un mot : les États ne sont plus libres de vouloir !

À partir de la Révolution et de l'installation du principe selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale, il n'y a plus eu d'autre entrave à la volonté du législateur que la régularité du vote majoritaire. La loi était conçue comme un acte de volonté pur, et le législateur incarnait l'organe habilité à l'exprimer. Il reste que ces conceptions n'ont pas la rigueur géométrique que l'on dessine ici : souverain en principe, le législateur restait tout de même implicitement tenu par l'esprit du temps, bien mieux identifiable qu'aujourd'hui. Cette influence du *Zeitgeist* procède d'une observation banale : les parlementaires sont aussi des individus, des citoyens que traversent les conceptions communes d'une époque. Par leur extraction, ces derniers se sont longtemps recrutés au sein d'un milieu socio-culturel passablement homogène, de sorte qu'une certaine morale catholique infléchissait les décisions du Parlement tout le long du XIXe siècle. Tout change avec la fin de ce siècle : ce n'est pas seulement la déchristianisation qui commence de frapper la France ; c'est surtout que la nature des problèmes à résoudre par le législateur se modifie. Avec le XXe siècle s'installent les crispations économiques de grande ampleur, les guerres mondiales, les totalitarismes : la morale chrétienne n'offre plus guère de réponses tant soit peu convaincantes à ces défis nouveaux, de sorte que le Parlement perd ses anciennes références.

Le début du XXe siècle marque l'entrée dans une phase d'autonomie législative effective, en France comme en Europe. Les Parlements sont désormais libres dans l'adoption des mesures, comme dans la conduite des nations. L'absence d'idéologie consensuelle pesant sur les parlementaires, qui était jusque-là une donnée de principe, devient une réalité. Pour d'autres raisons, le Parlement français eût alors pu répéter le mot qui fut celui de Raskolnikov : « si Dieu n'existe pas, tout est permis »[47]. Et l'on sait à quel point cette phase d'autonomie finira mal ! Faute d'encadrement de la volonté, c'est l'*hybris* qui s'installera, une démesure qui aboutira notamment aux catastrophes de la Seconde Guerre mondiale et aux crimes des totalitarismes.

20. Dualité des droits de l'homme à la fin du XXe siècle. C'est ce qui explique que dans l'après-guerre, après que l'Europe a pu mesurer le désastre où son quasi-suicide l'avait jetée, une nouvelle forme de droit naturel a commencé de manifester ses effets. Par petites touches, la considération des droits de l'homme monte au premier plan dans tous les pays occidentaux, au point que cette idéologie deviendra la pierre de touche permettant de reconnaître les pays qualifiés de *démocratiques* – précisément au moment où cette épithète devenait discutable, au moins au regard de la conception républicaine classique. Il y a en effet là une contradiction dans les termes : par nature, la démocratie se doit d'être affranchie de toute idéologie normative, pour n'être gouvernée que par la libre décision du peuple. Tel n'a pas été le cas : effrayé par le vertige d'une liberté pleine et entière, l'Occident a cherché à se donner des limites qui éviteraient à l'autonomie de verser dans l'excès. Elles ont été trouvées dans le réinvestissement des vieilles recettes libérales. C'est ainsi que les libertés anciennes, qui avaient été constamment dénoncées comme formelles au XXe siècle, s'installent au

[46] R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Mél. Oppetit*, p. 505.

[47] F. Dostoïevski, *Crime et châtiment*.

premier plan de la conception normative. Cela procède bien sûr des proclamations les plus diverses qui sont alors intervenues, entre 1945 et les années soixante-dix[48] ; mais pas seulement : la réalisation des libertés devient la clef-de-voûte d'un nouveau vouloir-vivre ensemble, caractéristique de l'Occident dans les années soixante-dix. Les droits de l'homme en deviennent, en quelque manière, la caractéristique existentielle, en opposition aux régimes divergents. On peut en prendre comme butte témoin l'acte final de la Conférence d'Helsinki, du 1er août 1975, où les Soviétiques avaient concédé à l'Ouest les droits de l'homme, à la façon d'un os à ronger – qui se révélera bien plus substantiel qu'on ne l'attendait.

Les droits de l'homme ne constituent pas seulement un jusnaturalisme d'un type nouveau – succédant aux leçons de la nature, à celles de la religion[49]. L'une et l'autre constituaient des savoirs cachés, dont il fallait identifier le message. Or les droits de l'homme présentent une dichotomie incertaine : ils se présentent d'une part comme des principes inspirateurs, en nombre limité ; de l'autre, ils apparaissent sous la forme de descriptions textuelles figurant dans des instruments divers où ils sont énumérés *expressis verbis*. D'où un étrange dédoublement, qui ouvre à cette matière une dynamique singulière. D'un côté, les textes énonciateurs se trouvent appliqués par des organes juridictionnels, ce qui débouche sur une règlementation jurisprudentielle des droits de l'homme, au caractère positif affirmé : segmentée selon les différents instruments, l'étude de cette réglementation suscite des synthèses qui montrent la cohérence de la matière, en dépit de divergences de surface. D'un autre côté, certains principes fondateurs de cette idéologie jouent un rôle d'inspiration constant sur la vie juridique nationale : les exigences de non-discrimination, d'égalité, de proportionnalité, aboutissent à un contrôle permanent sur les normes, présentes ou à venir, même quand aucune disposition textuelle ne pourrait s'appliquer. On sait qu'aucune proclamation des droits ne garantit le mariage homosexuel. Mais le principe de non-discrimination viendra aussitôt se glisser dans le débat pour pousser à son adoption ; et c'est un principe qui vient jouer de façon extensive, puisque la discrimination touche ici à un lien – d'ordre conjugal, en l'occurrence –, alors qu'elle se constate traditionnellement dans le siège de la personne.

D'où un efficace redoublement, qui explique que dans le même temps, les droits de l'homme soient devenus tout à la fois un ensemble composite de règles positives, donnant lieu à une réglementation de mieux en mieux connue, et une source d'inspiration permanente étonnamment féconde, surplombant toutes les manifestations de droit positif – à l'œuvre même où les règles des différentes proclamations ne s'aventuraient guère.

21. Droits de l'homme et bouleversements des modes de production du droit. L'installation de ce nouveau jusnaturalisme s'est répercutée sur les sources du droit, ce que l'on pouvait prévoir. La loi et le règlement étaient les modalités les plus emblématiques du volontarisme ; en conséquence, ils devaient se trouver entravés par les droits de l'homme. D'abord, parce que les auteurs de ces normes nationales devaient désormais se plier à des exigences extérieures, auxquelles ils n'étaient guère habitués et dont la légitimité ne leur est pas toujours apparue comme certaine : elles ne les concernaient guère au milieu du siècle, mais sont venues progressivement rôder au plus près de leur activité. Surtout, parce que ces contraintes étaient portées par des textes qu'ils n'avaient pas élaborés – la Constitution, les proclamations des droits de l'homme, les traités internationaux –, qui ne leur étaient applicables que de façon indirecte. D'où une difficulté inattendue, consistant pour le législateur comme pour le pouvoir réglementaire à maintenir la continuité de leur office, tout en subissant des contraintes exogènes de plus en plus marquées, quoique souvent mal appréciables.

Ce tournant dans l'idéologie n'a pas seulement raboté l'influence du droit écrit ; par contre-

[48] Avec la Déclaration universelle de l'ONU demeurée sans portée contraignante (résolution du 10 décembre 1948), avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (1950), avec les deux Pactes internationaux de l'ONU du 16 décembre 1966, relatifs l'un aux *droits économiques, sociaux et culturels*, et l'autre aux *droits civils et politiques*, l'Europe et le monde se dotent d'instruments perçus comme inutiles, en pratique, mais qui serviront de bornes au retour d'une tentation de la démesure. Un manuel dénombre « depuis 1948 [date de la déclaration universelle des droits de l'homme], près d'une vingtaine de déclarations relatives aux droits de l'homme, et plus de cinquante traités conclus pour leur application » (J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, t. I, 9e éd., PUF, 2003, p. 99).

[49] Parmi les tentatives avortées, on peut évoquer à cet égard l'idée d'ordre symbolique de Pierre Legendre : il y a des contraintes lourdes qui pèseraient sur la loi, qui sont d'ordre généalogique et donc non écrites. V. P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985.

coup, il a aussi abouti aux incroyables avancées quantitatives de la source jurisprudentielle. Soyons plus précis : si l'on évoque un renforcement de la jurisprudence, ce n'est pas seulement parce que les décisions du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme s'expriment par voie de décisions – ces deux instances étant particulièrement chargées de la sanction des droits de l'homme. La montée en puissance de la jurisprudence est générale, qui a également touché les ordres juridictionnels internes. En les évoquant, on ne fait d'ailleurs pas seulement référence aux décisions de la Cour de cassation ou du Conseil d'État : les juridictions inférieures ont également profité du mouvement ascendant. L'interconnexion des ordres, par l'intermédiaire de l'article 55 de la Constitution, a profondément renouvelé la mission des juridictions nationales : instituées par l'ordre interne, elles sont aussi devenues juges de première instance en matière internationale, ce qui leur a permis de mettre en œuvre les droits de l'homme par un véritable contrôle de conventionalité. Un mouvement comparable se dessine en matière constitutionnelle, mais pour d'autres raisons. Avec l'arrivée de la *question prioritaire de constitutionnalité*, les juridictions ordinaires se sont subitement trouvé investies d'une sorte de contrôle de constitutionnalité de premier rang, qui leur permet d'échapper à la pure et simple application de la loi – au moins temporairement. Elles n'ont certes pas le droit d'appliquer *de plano* les règles constitutionnelles – ce qu'elles peuvent faire en matière conventionnelle ; mais le seul fait de pouvoir surseoir à l'application des règles pour les soumettre à l'attention de leurs Hautes juridictions les détourne de leur mission ordinaire, pour les faire entrer dans un rôle constitutionnel encore limité.

Y aurait-il une adéquation innée entre les droits de l'homme et le mode jurisprudentiel ? On dirait bien plutôt que les tribunaux prennent en charge les situations particulières, de sorte qu'ils sont mieux à même que la règle, par nature générale et abstraite, de percevoir les injustices de détail. Ce qui milite pour une collaboration entre ces modes, et non pour une substitution de l'un à l'autre. Et pourtant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tend à mettre en cause le système de la règle de droit, comme s'il était incompatible avec une satisfaisante protection des droits individuels.

22. L'influence singulière de la Cour européenne des droits de l'homme. Tout le système de la Convention européenne des droits de l'homme vise à réaliser une harmonisation des droits fondamentaux, dans l'espace du Conseil de l'Europe. Mais il semble qu'avec le temps, la Cour chargée de l'unification des solutions, par l'intermédiaire du recours individuel, tende à aller au-delà de cette mission pour influer directement sur la structure même des droits nationaux. Par les méthodes qu'elle a promues, elle aboutit à une mise en cause de plus en plus systématique de l'idée même de règle de droit, ce qui apparaît à la lumière de l'étude de situations particulières.

S'agissant des questions d'assistance au suicide, par exemple, la Cour considère que le refus des États de délivrer des médicaments mortels n'est pas critiquable : faute de consensus européen, on se trouve dans la marge d'appréciation nationale. Pour autant, elle les critique en ce qu'ils n'ont pas procédé à un examen circonstancié de la demande qui leur était faite – indépendamment du refus de délivrance. Ainsi dans l'arrêt *Koch*, la Cour a estimé que l'Allemagne pouvait refuser les quinze grammes de pentobarbital sodique qui auraient permis au mari de mettre un terme aux souffrances de sa femme[50]. En revanche, il lui est reproché d'avoir débouté le mari de sa demande sans examen de sa situation de fond, ce qui emporte une violation du droit au respect de la vie privée du requérant[51]. Ces motifs mystérieux doivent être éclaircis : si la règle allemande consiste à refuser la délivrance de produits mortels, et si cette règle est considérée comme légitime, pourquoi le requérant aurait-il dû être entendu au fond ? Tout simplement parce que c'est l'existence même de la règle qui est implicitement mise en cause. En effet, il est reproché aux juridictions allemandes d'avoir appliqué la règle sans désemparer ; mais tout examen de fond aurait dû conduire au même résultat – sauf à ce que la signification profonde de l'arrêt consiste en ceci que l'Allemagne devait laisser à ses tribunaux la possibilité de délivrer le produit en cause. Une telle exigence est-elle bien compatible avec le système de la règle de droit ?

[50] CEDH 19 juill. 2012, *Koch c/* Allemagne, req. n° 497/09, *RTD civ.* 2012.700, obs. J.-P. Marguénaud.

[51] Considérants n^{os} 65 à 72.

Pour répondre à la question, il faut se demander à quoi ressemblerait une règle de droit prohibitive, qui inclurait néanmoins dans sa lettre la possibilité d'une délivrance du produit, au terme d'un examen concret de chaque situation. À l'évidence, la règle ressemblerait à ceci : « la délivrance de produits mortels est interdite, sauf si… » Mais pour le coup, c'est de deux choses l'une quant à l'analyse d'une telle formulation. Soit elle suggère que la règle nationale doit cesser d'être prohibitive, ce qui est peut-être le désir réel de la Cour de Strasbourg ; mais elle devrait avoir le courage de le dire, au lieu de feindre d'approuver la position allemande au motif qu'il n'y a que quatre États en Europe qui acceptent la délivrance du produit mortel, moyennant quoi « les États parties à la Convention sont loin d'avoir atteint un consensus à cet égard, ce qui implique de reconnaître à l'État défendeur une marge d'appréciation considérable dans ce contexte »[52]. Soit, et cette seconde possibilité est bien plus troublante, il devient impossible de transcrire les exigences de la Cour dans une règle de droit, *stricto sensu* : au cas par cas, il faut laisser les juridictions procéder à une libre pesée des intérêts en présence, et les États ne peuvent guère leur fournir que des directives générales – qui n'ont plus de caractère normatif tranché.

On en arrive ainsi à une conclusion qui provoquerait un réel malaise, si la deuxième voie devait s'avérer. Car cela signifierait que le système de la règle de droit, né d'une rupture avec le caractère discrétionnaire de l'absolutisme de l'ancien droit, n'aurait plus d'avenir en Europe. Pour éviter de présenter de façon trop vive les arêtes de cette solution, on pourrait aussi bien estimer qu'elle implique que les systèmes fondés sur la loi sont par nature moins à mêmes de protéger les droits de l'homme que les droits prétoriens – du moins ceux qui s'inscrivent dans la lignée de la *Common law*. Loin de se borner à unifier les solutions substantielles en matière de droits de l'homme, le système de la Convention européenne révélerait une exigence souterraine de réforme radicale de la structure des droits de la famille romano-germanique. Dans la diversité des héritages européens, il pousserait à l'adoption du mode juridique représenté dans les États économiquement dominants !

23. Droits de l'homme et bouleversements des juridictions faîtières. Comme on pouvait l'imaginer, cette idéologie nouvelle a perturbé les hiérarchies juridictionnelles issues de la tradition. Tout au long du XIX^e^ siècle, la Cour de cassation a régné sans rivale : elle était la Haute juridiction française, le Conseil d'État jouant un rôle plus modeste en tant que conseil du Gouvernement. Avec l'accroissement de l'influence étatique, à partir des années vingt, c'est une sorte de dyarchie qui s'établit, les deux juridictions se partageant le statut de Cour suprême – ce qui signifiait bien sûr qu'aucune ne l'était vraiment et qu'une lutte d'influence les opposait, qui devait tourner au profit du Conseil d'État. L'établissement progressif de l'Union européenne n'a pas changé cet équilibre : la Cour de justice de l'Union a commencé d'occuper une place essentielle, mais sans interférence nationale car elle était clairement située dans un autre ordre juridique. Une Cour pour l'Union, deux pour la France, tel a été l'état des forces respectives, pendant un moment. Il s'est rompu aujourd'hui sous l'influence des droits de l'homme, les deux Cours ne pouvant plus guère être considérées que comme des instances soumises – pour ne pas dire de second rang !

Soumises bien sûr au Conseil constitutionnel, d'abord. Du fait de sa position, il était logique qu'il acquière un statut supérieur, comparable à celui des Cours suprêmes de la tradition anglo-américaine ou germanique. La dynamique des institutions et l'influence du droit comparé n'y ont pas suffi. Tant que le Conseil s'est occupé de la validité de la loi, il est demeuré aux côtés des deux autres Cours, avec une différence de niveau : leur caractère juridictionnel était plus marqué, tandis que son orientation politique se trouvait affirmée. Pour les soumettre, il a fallu que le Conseil les domine sur le terrain qui leur revenait en propre, c'est-à-dire qu'il apparaisse comme la référence suprême en matière d'interprétation jurisprudentielle, aussi. C'est ce qu'il a réalisé, par accident peut-être, en développant la technique dite de la *réserve d'interprétation :* il arrive que le Conseil valide une loi déférée à son examen, à la seule condition qu'elle soit mise en

[52] Considérant n° 70, d'autant plus curieux dans sa formulation qu'à l'évidence, le consensus européen existe, mais dans une acception prohibitive. L'ensemble des États refuse la délivrance de produits mortels, sauf quatre qui font figure d'isolés !

œuvre d'une certaine façon[53]. Ce faisant, le Conseil s'est donné le moyen d'empiéter sur le champ jurisprudentiel, qui aurait dû lui échapper pour l'essentiel[54]. En contraignant les anciennes Cours suprêmes jusque dans l'interprétation qu'elles avaient en apanage, il les a privées de leur ancienne souveraineté et s'est annexé le privilège d'un dernier mot jurisprudentiel – qui était aussi bien, fort curieusement, le premier mot dans la validation de la loi ! Par ailleurs, à partir de l'arrêt *Nicolo*, au moment où l'augmentation du pouvoir du Conseil d'État commençait à se nourrir du contrôle de conventionalité – alors conçu comme un possible rival du contrôle de constitutionnalité –, la juridiction constitutionnelle a su échapper à la menace par le haut, grâce à l'intervention de la QPC. Sans compter, bien sûr, que le règne des droits de l'homme devait attribuer une importance de premier plan à l'organe qui se trouvait directement chargé de les sanctionner[55]. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, outre son assise faîtière qui le plaçait conceptuellement au sommet de la hiérarchie des normes, est devenu un organe suprême parce qu'il avait à sa charge la régulation directe des droits de l'homme, incarnés dans le bloc de constitutionnalité. Il s'est ainsi renforcé et consolidé aux dépens des Hautes juridictions traditionnelles – qui se sont trouvé subjuguées par un organe sorti du néant en 1958.

Soumises, ces Hautes juridictions nationales le sont également à la Cour européenne des droits de l'homme, dont la fortune procède naturellement de ce qu'elle est l'une des bouches les plus autorisées à dire la régulation des droits de l'homme – dans le cadre du Conseil de l'Europe, tout au moins, et donc sur le territoire français par la grâce de l'article 55 de la Constitution. On sait qu'elle pratique une uniformisation de l'état des droits fondamentaux, sur l'ensemble du territoire européen. Il va de soi que cette responsabilité aboutit à soumettre les Cours nationales, qui perdent leur souveraineté en matière de droits de l'homme – c'est-à-dire en réalité pour toutes les matières, car l'extension du domaine de ces droits paraît irrépressible, qui va bien au-delà des situations individuelles pour embrasser tous les secteurs de l'activité humaine. Il se peut que demain, en s'appuyant sur la *Charte européenne des droits de l'homme*, la CJUE atteigne à un statut comparable – mais on en doute : l'entremêlement de textes européens inspirateurs, presque identiques quoique toujours distincts par un je-ne-sais-quoi textuel, alimenterait des divergences auxquelles aucune institution n'aurait à gagner. Peut-être la guerre des Cours suprêmes est-elle tout de même pour demain ; quant au présent, c'est bien à la domination de la Cour européenne des droits de l'homme que l'on assiste, sur le versant non national des droits de l'homme.

Un épisode récent a d'ailleurs montré que son emprise allait bien au-delà de ce que l'on pouvait croire. Dans une affaire où la famille Lambert se déchirait sur le maintien en vie de Vincent, lourdement handicapé, incapable de vivre sans assistance médicale, le Conseil d'État prit le temps d'une réponse longuement mûrie[56], pour décider l'interruption de l'assistance médicale. La décision est fournie après que les analyses du rapporteur public ont été rendues publiques[57]. Elle fait l'objet d'un communiqué de presse, et le vice-président Sauvé vient en personne en expliciter le contenu. Toutes ces solennités avaient probablement pour objectif que nul n'ignore que le Conseil posait là des règles utiles à un débat sur la fin de la vie, désormais ouvert en France. Aussitôt la décision connue, les parents du malheureux saisissaient la Cour européenne des droits de l'homme qui, en référé, suspendait la décision du Conseil d'État en attente de la sienne, la seule habilitée[58]. Symboliquement, par une décision brutale à la légalité

[53] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, LGDJ, 1999.

[54] Cette emprise sur la jurisprudence s'est trouvée aggravée par la QPC, car le Conseil peut examiner, plutôt que la lettre d'une disposition ancienne, l'interprétation jurisprudentielle constante dont elle fait l'objet (Cons. const., 6 oct. 2010, décision n° 2010-39 QPC, considérants n^{os} 2 et 8). Il devient ainsi, à titre exceptionnel, autorité de contrôle jurisprudentiel, ce qui étend son office par rapport au seul contrôle de la loi.

[55] Quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur cette prise de pouvoir, elle a sorti la France d'une situation idéologique ridicule, sinon déshonorante. En effet, dans tout pays démocratique, le protecteur des libertés ne peut être que le juge judiciaire, parce qu'il protège les individus contre ce qui les menace le plus : l'État ! La Constitution de 1958 était encore en ce sens, qui décrivait dans son article 66 l'autorité judiciaire comme « gardienne de la liberté individuelle » (pour une appréciation critique, D. Cohen, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 130, 2009, p. 113). Mais le Conseil d'État a ensuite déployé d'étonnants efforts, non sans succès d'ailleurs, pour faire valoir que le juge administratif était le vrai protecteur des libertés. Le juge de l'État défendant les individus contre l'État lui-même : il fallait vraiment être Français pour croire à cela !

[56] CE Ass., 24 juin 2014, n° 375081, *Mme F..., I... et autres*. Pour une synthèse de l'affaire, v. D. Truchet, « L'affaire Lambert », *AJDA* 2014, 1669, et D. Vigneau, « L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État », *D.* 2014, 1856.

[57] R. Keller, concl sous CE Ass. 24 juin 2014, *RFDA* 2014, 255.

[58] Lettre du greffe de la CEDH au représentant du Gouvernement français, du 24 juin 2014 (req. n° 46043/14), où il est écrit : « la Chambre à laquelle l'affaire a été attribuée a décidé d'indiquer à votre Gouverne-

d'ailleurs incertaine, la juridiction européenne établissait qu'elle était la Cour suprême en matière de droits de l'homme, et qu'aussi réfléchie et motivée soit-elle, la décision du Conseil d'État ne pesait d'aucun poids !

24. En guise de conclusion. Une parenthèse de l'histoire du droit s'est refermée avec le XXIe siècle : celle de l'autonomie normative, et plus largement celle du volontarisme. Vers le XVIe siècle, ces conceptions s'étaient installées en succédant à l'autorité du passé et à la force de la tradition, comme modes nouveaux d'expression de la juridicité. Voilà qu'à leur tour, elles en viennent à céder la place. Mais au juste, à quelles conceptions nouvelles ? Il est d'autant plus difficile de le dire que nous n'en sommes qu'aux commencements, et que les modalités actuelles ne sont pas encore stabilisées : peut-être n'en est-on qu'à une transition vers une situation stable, encore indécise. Plus précisément, il est aujourd'hui impossible de savoir si les droits de l'homme ne sont que l'instrument réalisant une transformation radicale de notre vieille société, un *aggiornamento* auquel succéderait une ère de droit pacifiée qui renouerait avec la traditionnelle recherche de la justice, ou s'il s'agit de l'installation de pratiques juridiques totalement neuves, en rupture avec des modalités anciennes, dépassées par les besoins du jour.

Pour esquisser ce que l'on éprouve à l'égard du mouvement en cours, on pourrait reprendre l'idée d'autopoïèse du droit, au sens étymologique du mot – donc sans référence à Gunther Teubner, qui en a suggéré le terme[59]. Autrement dit, l'état du droit évolue de lui-même, principalement grâce à des recours judiciaires, moyennant un nombre restreint d'apports normatifs extérieurs. Les évolutions sont endogènes, mues par la jurisprudence voire par l'intériorisation du résultat présumé d'un recours. Elles ne résultent pas d'analyses substantielles attachées à la configuration de l'ordre juridique : elles procèdent de constantes comparaisons destinées à abolir toute différence de traitement, et donc à réaliser l'unité des droits de l'homme.

Un exemple fictif permettra de décrire ce fonctionnement, que l'on prendra dans l'évolution actuelle du contrat de mère porteuse, ce que l'on appelle parfois la gestation pour autrui (GPA). La pratique n'en est pas admise en France depuis un arrêt de grand principe[60], relayé par l'article 16-7 du Code civil. Il arrive néanmoins que des couples français y procèdent à l'étranger, là où elle est acceptée. Aux yeux des tribunaux français, il s'agit alors d'une fraude à la loi qui les conduit à refuser la transcription de l'enfant à l'état civil français. En conséquence, l'enfant n'émerge au droit que par son inscription étrangère : il ne se trouve pas doté de la nationalité française, et sa filiation n'est pas reconnue selon notre droit[61]. Nombre de voix se sont élevées contre ce refus, prétendument contraire à l'intérêt de l'enfant. Appréciation d'ailleurs discutable, en ce que c'est plutôt celui des parents qui est en cause, le refus de transcription leur rendant la vie difficile ; quant à l'enfant, il est douteux qu'il subisse un quelconque préjudice d'une nationalité étrangère – surtout à une époque où les progressistes nous chantent sur tous les tons l'heureux dépérissement de la nationalité. Il n'empêche que, conforme à sa doctrine qui consiste à ne pas en avoir, et à aller au plus évident sans faire d'analyses substantielles explicites, la Cour européenne des droits de l'homme décida qu'il y avait là une atteinte à l'identité de l'enfant, de sorte que la France fut condamnée[62]. Quelle sera la conséquence de cette décision ? Sans le dire, la Cour condamne la position française tout en reconnaissant *expressis verbis* sa validité intrinsèque. Le refus d'une transcription est la seule voie permettant de marquer l'impérativité de l'interdiction de la GPA ; ce verrou étant désormais grippé par décision judiciaire, de tels contrats pourront être pratiqués dans des pays voisins, et sortir tous leurs effets en France. Or cette liberté que l'on présume sera, dans le

ment… de faire suspendre l'exécution de cet arrêt pour la durée de la procédure devant la Cour ». Comble d'impertinence, la lettre « précise que cette mesure implique que Vincent Lambert ne soit pas déplacé avec le but d'interrompre le maintien de son alimentation et de son hydratation » !

[59] G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, 1993.

[60] Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. AP*, nº 4, p. 5 ; *D.* 1991, 417, rapp. Y. Chartier ; *JCP* 1991, II, 21752, communication J. Bernard, concl. H. Dontenwille, note F. Terré.

[61] Civ. 1re, 13 sept. 2013, *Bull. I*, nº 176, *D.* 2013. 2170, obs. I. Gallmeister, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. Fabre-Magnan. Dans le même sens, Civ. 1re, 19 mars 2014, pourvoi nº 13-50.005, *D.* 2014, 905.

[62] CEDH 26 juin 2014, Menesson c/ France et Labassee c/ France, requêtes nos 65192/11 et 65941/11, *D.* 2014.1797, note Fr. Chénedé. On y apprend avec surprise que l'identité de l'individu ne relève pas de la construction d'un sentiment personnel, mais d'éléments administratifs : la nationalité, comme l'établissement de la filiation – en droit, parce qu'en fait il n'y a pas de problème ! L'identité fondée sur les papiers délivrés par l'administration, il fallait y penser !

même temps, un facteur de discriminations multiples. Dans le système de production de l'enfant qui s'instaure, il faudra payer le service de ses deniers, ce qui créera des différences selon les situations patrimoniales des couples : discrimination financière ! De plus, l'accès à la GPA suscitera des divergences entre les couples homosexuels, les hommes se trouvant avantagés, du moins tant que la procréation médicalement assistée ne sera pas ouverte aux couples de femmes : discrimination selon l'orientation sexuelle ! Quel sera le résultat de ces discriminations que l'on sent pointer ? Il est trop tôt pour dire si l'acceptation imposée de la GPA par la France est au bout du chemin, puisque l'exemple est fictif dans ses développements – quoique réaliste. Mais on voit que le système juridique pourrait évoluer par des séries de recompositions internes dues au travail des droits essentiels, avec des apports normatifs réduits au minimum. Il se pourrait ainsi que la GPA fût admise sans que l'on dût recourir au législateur, alors même que l'interdiction actuelle repose sur une loi. Il se pourrait surtout que la GPA devienne une pratique française de plein exercice alors qu'il existe un consensus national fort pour la refuser !

25. Esquisse d'analyse de l'avenir. Quels sont les traits de ce nouveau système de production du droit, tel que l'exemple les dévoile ? Ce qui frappe d'emblée, c'est l'épuisement de la volonté politique. Les solutions évoluent par une pratique permanente de confrontations diverses, d'où émergent les tendances censées incarner le progrès. Dans cette ère du soupçon que nous vivons, toutes les solutions acquises sont passées au crible des droits de l'homme, comme pour en éprouver les conditions de survie. D'où le sentiment d'un réexamen permanent, effréné, qui se marque par deux traits : rien ne peut y demeurer acquis sans être éprouvé, même les solutions qui paraissaient *a priori* les plus naturelles[63] ; et pour être féconde, l'épreuve doit toujours aboutir à l'avancée des prérogatives individuelles. Ce n'est que dans un second temps que le système juridique peut se recomposer autour de ces nouveautés, mais sans considération d'une quelconque cohérence interne ou de la nécessité de considérer l'intérêt général. Dans ces mutations normatives légères, successives, c'est l'absence de volontarisme qui frappe – ce volontarisme qui, à partir de la renaissance, a manifesté l'accès à un monde juridique moderne. Dans ce système où les volontés, collectives ou individuelles, ne pèsent guère en regard des droits fondamentaux, l'intérêt de la personne fait prime au point que l'on peut s'inquiéter de la survie des solidarités nécessaires à la coexistence sociale.

Ce qui n'aura probablement qu'un temps : nous vivons l'*aggiornamento* des droits de l'homme, qui traduit leur installation. Mais aucun système ne peut continuer de vivre en éprouvant sans cesse les règles qui sont les siennes, sans jamais innover par ses propres forces : il faudra bien qu'un jour, des actes positifs viennent faire évoluer les solutions, des actes qui ne se limitent pas à l'imitation de ce que d'autres ont réalisé. Mais alors, sur quels principes les fonder ? Quelles modalités seront adaptées à la reprise en main de l'innovation juridique ? C'est la surprise que l'avenir nous réserve. En attendant qu'il se réalise, on peut risquer une hypothèse de longue durée – qui a donc toutes chances d'apparaître inexacte, *in fine*. Une des grandes transformations de la perception occidentale du droit a été la substitution d'un système fondé sur la considération de vastes régularités naturelles, où l'homme n'était qu'un intervenant parmi d'autres, à un état juridique qui insistait bien davantage sur le rôle de l'individu, par l'intermédiaire de la volonté. D'où la dialectique entre les droits nés de cette volonté, objectifs et subjectifs, dialectique qui mettait au centre du jeu la tension entre l'État et l'individu. Peut-être sommes-nous, en Occident, en train de sortir de

[63] Pour percevoir l'étonnante rupture que notre époque a réalisée dans son organisation d'ensemble, songeons à ce qu'au XVIIIe siècle, Giambattista Vico retirait de sa très vaste étude des sociétés humaines, quelle que soit leur diversité : « toutes les *nations*, *barbares* ou *civilisées*, quoique séparées par d'immenses pays, quoique fondées en des temps divers, gardent les *trois coutumes humaines* suivantes : toutes ont une *religion ;* toutes contractent *solennellement des mariages ;* toutes *ensevelissent leurs morts*. Chez les nations les plus sauvages et les plus cruelles, il n'est aucun *acte humain* qui soit célébré avec plus de *pompe* et de *solennité* que les *cérémonies religieuses*, les *mariages* et les *enterrements* [...]. Quelque chose donc a sans doute enseigné à toutes les nations ces *trois commencements* de l'*humanité*, et toutes doivent *observer religieusement ces coutumes*, afin que le monde ne devienne pas *de nouveau féroce et sauvage*. Voilà pourquoi nous nous sommes arrêtés à considérer ces *trois coutumes éternelles* et *universelles*, et pourquoi nous en avons fait les *trois premiers principes de cette science* » (G. Vico, *La science nouvelle* (1725), Gallimard, « Tel », 1993, p. 109). Nous ne sommes pas obligés de suivre Vico dans les perspectives de barbarie qu'il annonce. Mais au temps de la déchristianisation de la France à marche forcée, de la dislocation du mariage entre les différentes façons de faire couple, de l'incroyable montée en puissance de la crémation des morts, on peut avoir le sentiment que notre société a rompu toutes les amarres avec les points fixes issus de la tradition !

cette conception, tout simplement parce que la force de la volonté créatrice s'exténue. Nous entrerions ainsi dans un système de nouveau fondé sur des considérations de nature – mais qui tiendraient exclusivement à celle de l'homme. C'est d'elle et d'elle seulement que procèderait toute l'organisation d'un droit orienté vers ses seules libertés.

Ce constat peut paraître convaincant dans l'époque où nous sommes ; mais rien n'indique qu'elle soit autre chose qu'une période de transition.

2. Droit pénal général

Le changement en droit pénal

Valérie Malabat
Professeur à l'Université de Bordeaux

Le thème du changement en droit est immense, qui évoque aussitôt les questions d'élaboration et mise en œuvre des réformes législatives, de leur rythme, de l'évolution et de la construction de jurisprudences ou de pratiques. Il reçoit nécessairement un écho particulier en droit pénal qui, compte tenu de sa finalité particulière (la répression) et de ses enjeux (la limite ou les atteintes aux libertés individuelles en ce qu'il fixe des interdits et peut conduire à l'application d'une peine), a besoin d'une plus grande sécurité juridique et donc, sans doute, d'une plus grande stabilité. Le champ du droit pénal devrait donc être le lieu de changements annoncés (pour assurer la prévisibilité de la norme pénale et donc sa légalité) et lisibles (pour assurer cette fois-ci la clarté de la norme pénale, sa certitude toujours au regard de l'exigence de légalité criminelle).

L'étude des changements subis par la matière n'est toutefois pas véritablement révélatrice de cette stabilité, tant en ce qui concerne les modalités des changements que leur sens.

I. Le changement en droit pénal : c'est comment ?

À première vue, le changement ne semble pas affecter la matière pénale unitairement. La procédure pénale offre ainsi le visage d'une matière instable, subissant de nombreux et incessants changements du fait des forces conjuguées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil constitutionnel – surtout depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité –, des réformes législatives et enfin du juge interne qui se place parfois en arbitre de ces différentes réformes[1]. Le rythme est également soutenu en droit de la peine rendant cette matière extrêmement technique et souvent peu lisible[2]. En droit pénal substantiel, le changement peut paraître par contraste plutôt lent ou, plus exactement, moins fréquent, moins frénétique. De même et toujours par opposition avec ce qui est classiquement observé en procédure pénale, le droit pénal de fond semble moins susciter l'intervention des juridictions de contrôle

[1] V. not. le rôle de la jurisprudence interne en ce qui concerne la réforme de la garde à vue et de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (Ass. plén., 15 avr. 2011, *Bull.* n° 1 à 4 – Crim., 31 mai 2011, n° 11-81.459). Au-delà du cas particulier de la garde à vue, cette accumulation de réformes rend illisible la politique pénale menée et conduit même parfois à se demander si une telle politique existe. Elle pose d'autant plus difficulté qu'en procédure pénale, les lois nouvelles sont d'application immédiate au prétexte qu'elles sont nécessairement estimées comme meilleures que les lois anciennes et que le principe de bonne administration de la justice impose donc cette application immédiate aux procédures en cours.

[2] On notera ainsi l'accumulation de textes pour lutter contre la récidive... V. loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, loi du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle. Jusqu'à la loi dite Taubira du 15 août 2014, même si le mot est soigneusement évité dans l'énoncé de la loi alors qu'il figurait dans celui du projet de loi. En ce sens, v. tout partic. J.-H. Robert, « Punir dehors – Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pénal* sept. 2014, étude 16, qui évoque même le souci d'éviter le comique de répétition pour expliquer ce changement de titre...

que sont le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme. Ces premières impressions doivent toutefois être approfondies et sans doute nuancées tant en ce qui concerne le temps que les acteurs du changement.

A. Le temps du changement ou « La valse à mille temps »

Le changement en droit pénal de fond offrirait donc *a priori* un visage plus calme et plus serein que celui qui opère en procédure pénale. La différence est peut-être toutefois moins marquée qu'il n'y paraît, d'abord parce que la frénésie de changement en procédure pénale dissimule mal l'incapacité à réformer la matière en profondeur et ensuite parce que les changements sont plus fréquents et peut-être plus profonds qu'il n'y paraît en droit pénal substantiel.

Il est vrai que si de nouvelles infractions sont régulièrement créées, les textes – et les principes ? – généraux de la matière changent assez peu.

En droit pénal spécial tout d'abord, le changement est ainsi assez fréquent parce que les infractions existantes sont régulièrement retouchées, le plus souvent non pour en réformer les éléments constitutifs mais pour ajouter une circonstance aggravante[3], apporter une précision[4]. Les modifications des infractions existantes se font donc le plus souvent à la marge, les modifications importantes d'éléments constitutifs ou les réécritures des textes d'incrimination n'étant provoquées que par la censure relativement rare du Conseil constitutionnel. C'est ainsi que l'infraction de harcèlement sexuel a dû être reprise par le législateur[5] et que la qualification d'inceste a disparu[6] sans que cela change en réalité grand-chose, cette surqualification[7] n'ayant en réalité aucune conséquence sur la peine qui était encourue.

Par ailleurs le changement en droit pénal spécial se manifeste également par la création régulière d'infractions pénales venant compléter le dispositif actuel. Si l'on ne relève pas de pénalisation marquée de nouveaux grands domaines[8] – le droit pénal étant déjà très présent – ni de dépénalisation effrénée – les tentatives en ce sens ayant plutôt échoué[9] –, les catégories d'infractions existantes sont régulièrement complétées. Dernièrement la famille des harcèlements s'est ainsi agrandie d'un harcèlement que l'on peine à nommer puisqu'il élargit le harcèlement entre membres d'un couple à toute personne[10]... De même la loi du 13 novembre 2014 nous a-t-elle gratifiés de nouvelles infractions en matière de terrorisme venant ainsi compléter l'arsenal répressif pourtant déjà particulièrement étendu en la matière[11]. Le droit pénal spécial n'est donc pas tout à fait un long fleuve tranquille...

Face au tumulte des changements en procédure pénale, si le droit pénal de fond offre ainsi l'apparence d'un paysage plus calme, c'est principalement en ce qui concerne le droit pénal général énonçant les principes généraux de la matière. Le changement législatif s'y fait en effet plus rare. Ainsi les articles du livre 1er du Code consacrés à la loi pénale et à la responsabilité pénale n'ont-ils que peu souvent[12] été modi-

[3] V. par ex. loi nº 2010-201 aggravant les violences commises par une personne dissimulant volontairement en tout ou partie son visage afin de ne pas être identifiée (v. par ex. art. 222-12 15º C. pén.), loi nº 2010-769 du 9 juillet 2010 aggravant les violences commises « *contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union ou afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union* » (v. art. 222-12 6º*bis* C. pén.), loi nº 2010-930 du 9 août 2010 qui aggrave encore les mêmes violences lorsqu'elles visent un membre ou un agent de la cour pénale internationale (art. 222-12 4º C. pén.)...

[4] Voir ainsi la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui précise que les agissements qui étaient visés au titre du harcèlement englobent aussi bien des propos que des comportements, alors même que la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas jugé sérieuse la QPC qui contestait la précision de l'ancien texte d'incrimination de ce délit (Crim. 18 sept. 2012, nº 12-90.047 à propos de l'article 222-33-2-1). La même précision est apportée en ce qui concerne le harcèlement moral (art. 222-33-2 C. pén.), le harcèlement dans le couple (art. 222-33-2-1 C. pén.) et le harcèlement d'une autre personne (art. 222-33-2-2 C. pén.).
La loi opère de plus une validation par le législateur de la jurisprudence qui avait admis d'appliquer le délit d'appels téléphoniques malveillants à des SMS (solution posée par Crim. 30 sept. 2009, nº 09-80.373 et encore retenue récemment par Crim. 17 sept. 2014, nº 13-85.637 appliquant l'article 222-16 dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août).

[5] Loi nº 2012-954 du 6 août 2012 rendue nécessaire par la décision du Conseil constitutionnel ayant censuré l'article 222-33 C. pén. (Cons. const. QPC, 4 mai 2012 ; *D.* 2012, p. 1372, note S. Détraz ; *Dr. pénal* 2012, chron. 9, obs. M. Segonds).

[6] Cons. const. QPC, 16 sept. 2011, ayant abrogé l'article 222-31-1 C. pén.

[7] V. A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, 22 mars 2010, nº 12.

[8] Cette pénalisation se fait plutôt en continu avec parfois quelques accélérations. V. par ex., en droit de la consommation, les modifications importantes apportées par la loi du 3 janvier 2008 (Ph. Conte, « Brèves observations à propos de l'incrimination de pratiques commerciales agressives (Loi nº 2008-3 du 3 janvier 2008) », *Dr. pénal* 2008, étude 3 et S. Fournier, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. pénal* 2008, étude 4). Cette pénalisation ayant été suivie depuis d'une dépénalisation avec la loi dite Hamon (loi nº 2014-344 du 14 mars 2014 relative à la consommation).

[9] V. en dernier lieu l'absence de traduction normative des propositions de la commission dite Léger.

[10] V. art. 222-33-2-2 intégré par la loi du 4 août 2014.

[11] Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui créé notamment un délit de provocation à des actes de terrorisme ou d'apologie du terrorisme (421-2-5 C. pén.) et l'infraction de préparation d'une infraction lorsque cette préparation est en lien avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur (art. 421-2-6 C. pén.)...

[12] L'affirmation ne présage donc pas de l'importance des changements opérés...

fiés depuis l'entrée en vigueur du Code actuel[13]. Là aussi l'affirmation mérite sans doute d'être nuancée en observant que le Code pénal est en réalité un très jeune Code qui n'a que vingt ans. Les changements opérés peuvent alors au contraire apparaître comme nombreux s'agissant d'un Code aussi récent et dans une matière dont les principes généraux sont conditionnés par le principe de légalité et devraient limiter les changements opérés. On pourrait certes objecter que vingt ans est à peine l'âge de la majorité d'un Code[14] et que des ajustements ont été nécessaires, justifiant ainsi les modifications opérées depuis son entrée en vigueur. En réalité ce jeune code n'a, pour l'essentiel et en ce qui concerne les principes généraux de la matière, pas opéré de révolution mais a repris, parfois réécrit, les dispositions de l'ancien code en intégrant certaines solutions jurisprudentielles[15]. Le changement en droit pénal ne viendrait-il alors pas plutôt de la jurisprudence et de l'application faite de textes finalement assez peu modifiés ?

B. Les acteurs du changement ou L'inversion des rôles

En application du principe de légalité criminelle affirmé par notre Code pénal[16] aussi bien que par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen[17] ou par la Convention européenne des droits de l'Homme[18], le changement ne pourrait venir que du législateur. C'est ainsi que la création d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle sanction pénale ne peut évidemment résulter que d'une loi. Sans doute le législateur national est-il parfois contraint par les textes européens ou les conventions internationales ratifiées par la France mais l'exigence d'une loi n'en reste pas moins respectée[19].

Mais, même en matière pénale pourtant commandée par le principe de légalité, on sait que la loi n'est rien sans son interprétation et son application par le juge. Or, le juge façonne, modèle et modifie les textes, qu'il s'agisse des textes d'incrimination ou des textes relatifs aux principes de la matière.

Les exemples sont ainsi nombreux de décisions par lesquelles la jurisprudence détermine en réalité le champ d'application d'une incrimination. C'est notamment le cas pour le blanchiment, le juge ayant admis ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'auto-blanchiment[20] ; pour l'abus de confiance, la chambre criminelle de la Cour de cassation semblant avancer à tâtons pour fixer la ligne directrice de l'incrimination[21] ; pour le harcèlement pour l'application duquel se posait la question de la nécessité ou pas d'actes répétés avant que le législateur ne soit obligé de régler la question du fait de la censure du texte par le Conseil constitutionnel[22] ; pour le viol à propos duquel la jurisprudence a admis un temps qu'il pût être commis par le fait d'imposer à la victime de réaliser une pénétration sur la personne de l'auteur avant de revenir à une lecture plus rigoureuse du texte[23] ; pour l'infraction d'appels téléphoniques malveillants qui peut être réalisée par l'envoi de SMS ce que l'emploi du mot appel ne laissait pas présager d'emblée avant que le législateur ne modifie ce texte[24]...

[13] V. pour les principales réformes : les lois du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels ayant modifié l'article 121-3 du Code pénal, la loi Perben I (modification de l'article 122-8 C. pén. sur la responsabilité pénale des mineurs) et la loi du 15 août 2014 ayant prévu une diminution légale de peine pour les personnes qui étaient atteintes au moment des faits d'un trouble psychique ayant altéré leur discernement (art. 122-1 al. 2 C. pén.) ainsi que diverses modifications de l'application de la loi pénale française dans l'espace (la loi Perben II a ainsi modifié l'article 113-8-1 sur l'application extra-territoriale de la loi pénale française ; la loi du 8 décembre 2009 – relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports – a modifié l'article 113-6 ; la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 a créé l'article 113-13 et une nouvelle compétence en matière de terrorisme).

[14] V. L. Saenko, « Le nouveau Code pénal est-il encore nouveau ? », in *Le nouveau Code pénal, 20 ans après – État des questions*, dir. L. Saenko, LGDJ, 2014, p. 3.

[15] Les deux innovations marquantes de ce code sont ainsi la responsabilité pénale des personnes morales et la création du délit de mise en danger délibérée de la personne d'autrui (art. 223-1 C. pén.).

[16] Art. 111-2 C. pén.

[17] Art. 8 DDHC : « *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.* »

[18] Art. 7 CEDH : « *Pas de peine sans loi.*
1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.
2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

[19] V. par ex. l'art. 222-14-4 créé par la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France et qui dispose que « *le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

[20] Crim. 14 janv. 2004, *Bull.* n° 12.

[21] Comment expliquer ainsi que le temps de travail puisse faire l'objet d'un détournement punissable sous la qualification d'abus de confiance mais non la clientèle (seule le détournement fichier relatif à la clientèle pouvant donner lieu à l'application du délit...) ? Sur les évolutions de la jurisprudence, v. par ex. R. Ollard, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pénal*, avr. 2012, n° 4.

[22] V. *supra*.

[23] Crim. 16 déc. 1997, *Bull.* n° 429, puis Crim. 21 oct. 1998, *Bull.* n° 274.

[24] Crim. 30 sept. 2009, *Bull.* n° 162 ; l'article 222-16 ayant été modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

Mais les exemples sont encore plus marquants en droit pénal général. Alors que la matière n'est en effet que peu affectée par les modifications législatives, la jurisprudence pose de nombreuses solutions qui précisent, fixent voire modifient les principes de la responsabilité pénale. C'est ainsi le juge qui définit en réalité les conditions d'application de la complicité quant à savoir si la complicité requiert la commission par autrui d'une infraction ou d'un simple acte correspondant à la matérialité de l'infraction[25]. C'est encore la jurisprudence qui définit – en l'absence de précision dans la loi – à la fois le contenu et les modalités de preuve de l'intention coupable[26]. C'est encore le juge qui décide de la communication des circonstances aggravantes aux divers participants à l'infraction[27], qui créé des faits justificatifs tirés de l'exercice des droits de la défense[28], décide des règles de prescription des infractions[29] ou des conditions d'application de la responsabilité pénale des personnes morales[30].

Au-delà des atteintes à la légalité formelle qui commande que seul le législateur (en tant que représentant du peuple souverain) puisse définir et fixer le domaine d'application des infractions pénales, le risque de ces jurisprudences est évidemment celui de l'incohérence des solutions.

Au-delà des modalités matérielles ou temporelles des réformes, c'est donc plus encore la question du sens des changements en droit pénal qui doit être évoquée.

II. Le changement en droit pénal : c'est dans quel sens ?

Le sens du changement en droit pénal substantiel n'est guère facile à déterminer. Le législateur y apparaît en effet souvent comme suiveur des faits divers ou des solutions jurisprudentielles sans que l'on puisse toujours déceler une politique pénale cohérente dans les incriminations créées ou modifiées. Malgré tout, il semble que l'on puisse dégager le sens général des changements opérés vers un droit plus répressif. L'évolution du droit pénal substantiel, quoique plus dissimulée, est donc assez conforme à celle que l'on peut observer en procédure pénale, où les avancées des droits de la défense ont du mal à occulter le développement de procédures dérogatoires plus répressives pour des pans entiers de délinquance, sans que la nature des infractions ouvrant le recours à ces procédures d'exception ne soit véritablement analysée ni discutée. En droit pénal substantiel, le changement qui s'opère semble finalement assez bien révélé par les deux innovations majeures du Code pénal actuel qui sont la responsabilité pénale des personnes morales et la création d'une faute (et d'un délit) de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Ces deux nouveautés sont en effet symptomatiques d'un double mouvement qui ne cesse de s'amplifier depuis : celui de l'élargissement du cercle des personnes responsables d'une part et celui de l'anticipation de la répression d'autre part.

A. L'élargissement du cercle des personnes pénalement responsables. Punir plus.

L'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales est en effet caractéristique de cette volonté d'élargir le nombre de personnes auxquelles une infraction peut être imputée.

On observe d'ailleurs que cet élargissement ne passe pas nécessairement par une modification des règles d'imputation – et donc par un change-

[25] Crim. 8 janv. 2003, *Bull.* n° 5, *D.* 2003, 2661, E. Garçon. (comp. avec Crim. 4 mars 1998, *Bull.* n° 83).

[26] V. ainsi les nombreuses décisions qui posent que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 C. pén. et, par exemple, Crim. 25 mai 1994, *Bull.* n° 203 (deux arrêts) – 22 janv. 1997, *Dr. pénal* 1997, 83, obs. J.-H. Robert – 7 janv. 2003, *Bull.* n° 1 – 17 juin 2008, *Bull.* n° 155. Sur les questions de définition et de preuve de l'intention, v. par ex. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 5e éd., 2001, p. 315 s.

[27] Sur cette épineuse question, v. not. C. de Jacobet de Nombel, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, 2006, vol. 55.

[28] V. Crim. 11 mai 2004, *Bull.* n° 113 et n° 117 (deux arrêts), *RSC* 2004, p. 635, obs. E. Fortis. Et, depuis, Crim. 4 janv. 2005, *Bull.* n° 5 – Crim. 9 juin 2009, *Bull.* n° 118, sans que l'on distingue parfaitement les hypothèses dans lesquelles le fait justificatif est admis et celles dans lesquelles il ne l'est pas. V. M.-C. Sordino, « Précisions sur le fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pénal* 2010, étude 6.

[29] Même si l'étude des règles de prescription relève de la procédure pénale, l'exemple est particulièrement révélateur des pouvoirs du juge dans la maîtrise de la répression. V. dernièrement Ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739, ayant posé le principe en matière criminelle de suspension du délai de prescription de l'action publique dès lors qu'un obstacle insurmontable rend les poursuites impossibles.

[30] Certains arrêts ont en effet admis que la responsabilité pénale de la personne morale pouvait être engagée sans qu'il soit besoin d'identifier l'organe ou le représentant ayant commis les faits reprochés dès lors que l'infraction ne peut avoir été commise que par un organe ou un représentant (Crim. 20 juin 2006, n° 05-85.255, *Bull.* n° 188 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 128, note M. Véron ; *RSC* 2006, p. 825, obs. Y. Mayaud ; *Rev. sociétés* 2006, p. 895, obs. B. Bouloc ; *D.* 2007, p. 617, obs. J.-C. Saint-Pau – Crim. 18 juin 2013, n° 12-85.917). D'autres plus récents semblent revenir à la solution exigeant l'identification de l'organe ou du représentant (Crim. 1er avr. 2014, n° 12-86.501 – Crim. 6 mai 2014, n° 13-82.677. V. également Crim. 6 mai 2014, n° 12-88.354).

ment des règles du droit pénal général – mais peut aussi se réaliser par la création d'infractions à la structure particulière comme l'association de malfaiteurs et toutes ses incriminations dérivées[31]. Le procédé est d'ailleurs plus pernicieux. Alors en effet que le développement de règles spécifiques d'imputation invite à s'interroger sur le respect des principes généraux de la matière et en l'occurrence sur celui de responsabilité du fait personnel posé par l'article 121-1 du Code pénal, la création d'infractions particulières visant comme auteur des actes sanctionnés tous les participants à un groupement, quel que soit leur degré de participation, dissimule ce type d'interrogations.

S'agissant du changement des règles classiques d'imputation des infractions[32] opéré par l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales, on peut certes objecter que des règles dérogatoires existaient déjà avant le Code pénal actuel avec la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Dans les deux cas en effet, la responsabilité pénale – de la personne morale comme du chef d'entreprise – ne repose pas sur leur participation matérielle à la réalisation de l'infraction. Mais l'admission de la responsabilité de la personne morale franchit tout de même un cap particulier en ce que la responsabilité pénale du chef d'entreprise repose bien sur sa faute personnelle (même si elle ne consiste pas en la réalisation de l'infraction ou en la volonté ou la connaissance de la réalisation de cette infraction) tandis que la responsabilité pénale de la personne morale ne repose pas sur la faute de cette dernière.

Le mouvement d'élargissement du cercle des responsables pourrait-il alors se poursuivre ? Le débat est apparu lorsqu'il a été imaginé en 2010 d'engager la responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur. Si ces dispositions n'ont pas vu le jour, la question d'un tel élargissement reste pertinente et amène évidemment à se demander si un tel dispositif pourrait être conforme au principe de responsabilité personnelle. L'argument pourrait en réalité être balayé par le législateur si un système identique à celui qui prévaut à la responsabilité pénale du chef d'entreprise était posé. En effet, tant qu'une faute personnelle des parents est requise pour engager leur responsabilité pénale, le principe est sauf, même si cette faute n'est pas celle qui consiste à avoir commis, préparé ou aidé à la commission de l'infraction. Comme le chef d'entreprise, les parents pourraient ainsi être rendus responsables par laisser-faire ! Quoique la solution puisse effrayer, on peine à trouver des arguments qui vaillent pour le chef d'entreprise sans valoir pour les parents. La seule différence tient sans doute au domaine d'application de ces responsabilités. En effet, alors que la responsabilité du chef d'entreprise reste principalement cantonnée aux infractions contre les biens (parmi lesquelles celles de droit pénal des affaires) et aux violations des règles d'hygiène et de sécurité (qui peuvent conduire à des infractions non intentionnelles contre les personnes), la responsabilité pénale des parents n'aurait pas de limites. Or c'est l'imputation potentielle aux parents de crimes graves et intentionnels réalisés par leurs enfants qui paraîtrait choquante si elle ne reposait que sur la commission d'une faute d'abstention (laisser-faire), de négligence ou d'imprudence (faute de surveillance ou d'éducation).

Cette analyse est alors intéressante qui révèle la différence marquée entre un droit pénal commun chargé de reproche social et un droit pénal plus technique qui en serait dépourvu et qui permettrait d'accepter des règles d'imputation dérogatoires. On observe alors une fois de plus combien est pernicieux le développement d'infractions proches de l'association de malfaiteurs qui conduit à élargir le cercle des responsables dans des domaines relevant pourtant du droit pénal commun. Le phénomène est d'autant plus problématique que le développement de ces infractions s'inscrit également dans l'autre changement significatif du droit pénal qu'est l'anticipation de la répression.

B. L'anticipation de la répression. Punir plus tôt.

C'est ici la création du délit de mise en danger délibéré de la personne d'autrui[33] par le Code pénal entré en vigueur en 1994 qui peut

[31] V. not. l'infraction de participation à une bande violente (art. 222-14-2 C. pén.).

[32] L'infraction peut en effet en principe être imputée à l'auteur – qui commet les faits incriminés – ou au complice – qui s'associe par aide, assistance, instruction ou provocation – à la commission d'une infraction par autrui. À côté de l'action et de la complicité (ou entre l'action et la complicité), on peut également évoquer la coaction qui implique une entente entre plusieurs participants qui réalisent ainsi, par leur action conjointe, personnellement une infraction. Sur ce dernier point, v. É. Baron, *La coaction en droit pénal*, thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2012.

[33] Art. 223-1 C. pén.

sembler symptomatique de la volonté du législateur actuel d'anticiper toujours plus la répression. Ce délit permet en effet de sanctionner la seule mise en danger de la personne par une imprudence sans que cette imprudence n'ait conduit à une atteinte corporelle subie par la victime, alors que dans l'ancien Code pénal, seules les infractions intentionnelles permettaient de sanctionner avant la réalisation d'un dommage effectif, cette sanction anticipée étant justement permise par l'existence d'une faute intentionnelle.

Avec le Code pénal actuel s'est donc développé un droit pénal du risque qui entend sanctionner la prise de risque en elle-même, indépendamment de – et donc avant même – ses conséquences concrètes.

Le phénomène d'anticipation de la répression ne se limite pas aux infractions d'atteinte à l'intégrité physique de la victime mais reçoit d'autres manifestations, parmi lesquelles le développement des infractions sanctionnant simplement la préparation d'une infraction (généralement sur le modèle de la participation à une association de malfaiteurs[34]) est le plus marquant et le plus dangereux pour les libertés individuelles. Il n'est qu'à évoquer les difficultés posées par l'imprécision de la définition des infractions d'embuscade[35], de participation à une bande violente[36] ou par l'infraction nouvellement créée de préparation d'une infraction en relation avec une entreprise terroriste individuelle[37]. Si l'on peut comprendre le souci du législateur d'appréhender les comportements délinquants le plus tôt possible aux fins d'éviter leurs conséquences dommageables pour les victimes, il n'en reste pas moins que l'on peut douter de l'utilisation du droit pénal à cette fin tant il est difficile de définir avec suffisamment de précision l'acte de préparation d'une infraction.

Le développement de ces infractions apparaît alors bien le signe de l'évolution vers un droit pénal plus répressif, au sens où il se soucie moins de protéger les libertés individuelles en veillant au respect des principes de la matière et à la subsidiarité du recours à la sanction pénale que de veiller à la sûreté des individus et donc à l'efficacité de la répression.

Mais ce mouvement semble également conduire à une catégorisation des infractions et à un morcellement du droit pénal. Se dégage en effet des changements précédemment identifiés un traitement particulier de la délinquance violente qui ne poserait sans doute pas difficulté si cette délinquance était limitée au terrorisme et si ce dernier faisait l'objet d'une définition précise et étroite. Mais la construction de ce « droit pénal de l'ennemi »[38] pose justement difficulté en ce qu'elle semble particulièrement peu précise sur la définition de cet ennemi, laissant ainsi craindre que le droit pénal ne se perde dans ce changement.

[34] Art. 450-1 C. pén.

[35] Art. 222-15-1 C. pén., integré par la loi nº 2007-297 du 5 mars 2007.

[36] Art. 222-14-2 C. pén., intégré par la loi 2010-201 du 2 mars 2010. Sur la « définition » de ce délit v. Ph. Conte, *Droit pénal spécial,* LexisNexis, 4e éd. 2013, p. 96, note 4.

[37] L'article 421-2-6-1 intégré dans le Code pénal par la loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 considère en effet comme « *un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par* » certains faits de préparation qui sont ensuite évoqués de manière particulièrement large (recueillir des renseignements, se former ou s'entraîner, etc.).

[38] Sur ce point, voir tout particulièrement O. Cahn, « Droit pénal de l'ennemi. Pour prolonger la discussion », Actes des journées d'étude *Droit pénal et politique de l'ennemi*, Université de Savoie, *Jurisprudence – Revue critique*, 2014.

3. Droit pénal spécial

Le droit pénal à l'ère de la souveraineté individuelle — De la contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial

Agathe Lepage
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Placée sous le signe du changement en droit pénal spécial, cette contribution est inspirée par quelques orientations que celui-ci a prises ces dernières décennies sous l'influence de l'individualisme ou, à l'inverse, par certaines résistances qu'il lui oppose. Le droit pénal spécial, par la somme des infractions qu'il contient – toujours plus nombreuses par l'effet d'une tenace inflation législative – joue, sur le plan sociologique, le rôle de révélateur d'une image de la société à une époque donnée de son évolution[1]. Il est donc tentant pour un juriste de chercher à prendre la mesure en droit pénal du phénomène de l'individualisme dont le thème, emprunté à la sociologie, est très présent dans les débats de société[2]. Encore faut-il donner à ce terme flou une identité suffisamment définie pour qu'il puisse être utilement exploité par le juriste. L'individualisme peut être perçu de façon globale comme l'expression d'une « primauté accordée à l'individu par rapport au groupe »[3]. Du groupe – Nation, armée, famille, etc. –, le centre de gravité des sociétés contemporaines – en tout cas des sociétés démocratiques présentant un haut niveau de développement économique – tend à se déporter vers l'individu[4]. C'est un mouvement que, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, notre droit a accompagné dans l'ensemble de ses branches[5]. En 1959, René Savatier identifiait ainsi dans les évolutions contemporaines du droit « la promotion juridique contemporaine de la personne »[6]. Quelques

[1] V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis,4e éd., 2013, no 5.

[2] V. par ex. M. Dagnaud, « Vers un conflit de générations ? », *Le Monde*, 15 juill. 2014, p. 13, qui voit dans la société contemporaine « une société liquide par la montée de l'individualisme ».

[3] O. Galland et Y. Lemel (dir.), *La nouvelle société française*, Armand Colin, coll. « U », 1998, p. 278.

[4] Mouvement qui peut alors croiser celui du communautarisme, ce qui laisse pressentir des nuances à l'individualisme.

[5] Y. Madiot, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, *Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 353 s., qui fait notamment observer qu'« à partir des années 1975-1980, se produit une sorte de basculement de l'histoire. C'est le passage du ''nous'' anonyme et collectif au ''je'' individualiste, du pluriel au singulier » (p. 354).

[6] R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Troisième série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, p. 5 à 29.

décennies plus tard la réforme du Code pénal entendit y apporter sa contribution en se donnant notamment pour objectif la revalorisation de la personne. La réforme fut entreprise, avec des résultats d'ailleurs mitigés, en considération d'une « exigence essentielle : défendre la personne humaine » et dans la conviction que « pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »[7]. Bien que puissent être identifiées des évolutions du code antérieures à sa réforme qui traduisent déjà des poussées individualistes[8] – mai 1968 était passé par là, entraînant la libéralisation des mœurs –, il est certain que la conception du Code pénal de 1994 a baigné dans l'influence de l'individualisme. C'est particulièrement dans son Livre deuxième, le livre consacré aux crimes et délits contre les personnes, que l'on s'attend à trouver des manifestations de cette influence. Pour autant, de même que le Code pénal ne contient pas tout le droit pénal spécial, son Livre II n'est pas seul dépositaire des traces de l'individualisme, aussi le sujet se prêtera-t-il à quelques incursions dans des législations restées extérieures au Code pénal.

2. Encore faut-il, après cet aperçu général de l'individualisme, s'en rapprocher davantage pour distinguer la diversité de ses manifestations. La prééminence de l'individu sur le groupe peut favoriser une conception péjorative de l'individualisme, dans laquelle il dérive vers l'égoïsme. Ainsi entendu l'individualisme entretient une propension au désintérêt à l'égard du sort d'autrui. Sous cette forme l'individualisme n'est pas inconnu du droit pénal qui, cependant, ne le croise que de façon ponctuelle pour en réprimer les manifestations les plus insupportables pour une société éprise de solidarité. Alors que le Code pénal de 1810 s'était montré réticent à incriminer des abstentions, eu égard à l'atteinte plus importante ainsi portée à la liberté individuelle, le législateur du XX^e^ siècle n'a pas eu les mêmes préventions et a multiplié les infractions d'abstention. Certes elles ne sont pas à mettre toutes sur le même plan, puisque nombre d'entre elles, principalement celles logées dans les droits pénaux techniques, sont déconnectées de toute considération morale en ce qu'elles sont caractérisées simplement par le non-respect de certaines dispositions légales ou réglementaires. D'autres, cependant, traduisent une exigence minimale d'altruisme ou de solidarité qui pèse sur les citoyens, les obligeant par exemple, à porter secours à une personne en péril[9]. Dans un registre autre que celui des infractions d'abstention, l'incrimination, à l'occasion de la réforme du Code pénal, de la mise en danger d'autrui[10], permet la sanction d'une indifférence flagrante au sort d'autrui.

3. Cela n'est pas sous cette forme quelque peu dévoyée que l'individualisme sera ici envisagé. Œuvrant à la valorisation de l'individu, l'individualisme engendre chez celui-ci l'aspiration à agir comme bon lui semble et non pas comme une norme extérieure et supérieure à lui l'y enjoint. Rétif à l'autorité – privée ou publique –, l'individu aspire à suivre ses propres lois et à faire respecter ses choix par autrui, voire par la société dans son ensemble. L'autonomie prétend se substituer à l'hétéronomie[11]. Cette tendance a pénétré les sphères les plus imprégnées du sens des traditions, comme le montre l'évolution des monarchies européennes. Les monarques contemporains sont les enfants de leur époque. Épris de liberté individuelle et jaloux de leur vie privée, ils aspirent à être des individus comme les autres, et n'épousent plus par devoir des princesses de sang mais par amour des roturières[12]. Inversement l'individu se veut son propre souverain. Le roi ne dit plus « nous » mais « moi » et le moi veut être roi. Ce règne de l'individu, c'est ce que l'on propose d'appeler la souveraineté individuelle, afin de distinguer nettement cet aspect de l'individualisme de sa forme dérivée et dévoyée qu'est l'égoïsme.

4. L'expression de souveraineté individuelle est à prendre pour ce qu'elle connote de tendance sociologique, sans qu'il s'agisse de prétendre à lui conférer une signification univoque sur le plan

[7] Exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, déposé le 20 février 1986 par M. Robert Badinter, Garde des Sceaux, in *Nouveau code pénal, mode d'emploi*, 10/18, 1993, p. 419.

[8] V. *infra* n° 23 s.

[9] C. pén., art. 226-3, al. 2. V. aussi, incriminé à l'alinéa 1^er^ de cet article, le fait de ne pas empêcher par une action immédiate la commission d'un crime ou d'un délit contre l'intégrité corporelle. Pour autant, dans les deux cas, ce n'est pas un acte d'héroïsme qu'exige le droit pénal, puisque ces infractions ne sont constituées que si l'action pouvait être entreprise sans danger.

[10] C. pén., art. 223-1.

[11] M. Dagnaud, art. préc. : « l'individu moderne se vit et se pense dans l'autonomie ».

[12] Ils n'abdiquent plus pour autant, comme avait dû le faire le roi Édouard VIII en 1936, qui fit prévaloir sa vie privée et son mariage avec une roturière divorcée sur la raison d'État.

juridique[13]. Elle vaut comme évocation d'une évolution de la société, laquelle, dans ses rapports avec le droit, a vocation le cas échéant à s'incarner dans des évolutions juridiques diverses, comme la reconnaissance et la protection de droits subjectifs ou de libertés – dans la mesure, toutefois, où le droit s'ouvre à cette influence : il peut aussi chercher à la juguler. L'individu ne saurait toujours imposer ses choix à la société et les revendications individualistes doivent parfois en rabattre devant l'intérêt d'autrui ou l'intérêt général. On pressent dès lors qu'à ce contexte de souveraineté individuelle, le droit pénal réagisse de façon contrastée, sur fond de mutation de l'ordre public[14] qui n'est pas propice à la clarté des objectifs qu'il s'assigne. Pour qui veut mettre en évidence certaines évolutions du droit pénal contemporain, l'individualisme se révèle un angle riche en observations, faisant apparaître par exemple un droit pénal tiraillé de façon de plus en plus inconfortable entre intérêt général et intérêts particuliers, au risque d'une confusion générale[15]. Avec le bénéfice des apports de cette analyse, les développements qui suivent se proposent pour leur part d'apporter une contribution à la réflexion sur les façons et la mesure dont le droit pénal spécial s'ouvre à l'influence de l'individualisme. Ainsi orientée, la réflexion rejoindra celle des mouvements croisés de pénalisation et de dépénalisation qui animent le droit pénal spécial, spécialement dans le domaine des personnes, depuis quelques décennies et dont il apparaît qu'ils sont redevables de façon significative à l'individualisme. Les dernières années ont été particulièrement marquées par la fébrilité du législateur, incriminant d'un côté, dépénalisant de l'autre, sous l'influence notamment de l'individualisme. Le contraste suivant apparaît alors. Du droit pénal, la souveraineté individuelle attend parfois un renfort, un rempart propice à son épanouissement. Sous ce rapport d'un droit pénal allié de la souveraineté individuelle la tendance est à une pénalisation soutenue (I). Les rapports sont plus crispés et le droit pénal partagé entre pénalisation et dépénalisation, lorsqu'il est perçu comme une entrave à la souveraineté individuelle ; l'antagonisme doit se résoudre au profit de l'un ou de l'autre (II).

I. Le droit pénal allié de la souveraineté individuelle

5. Le droit pénal est de plus en plus sollicité pour permettre à la personne de s'affirmer, d'imposer sa volonté. C'est à deux égards qu'il peut jouer un rôle de garant, d'allié de la souveraineté individuelle, soit qu'il protège la personne des actes d'immixtion des tiers dans sa sphère d'intimité sans son consentement (A), soit qu'il bannisse les tiers de l'exercice d'une liberté par une personne en prohibant leur interférence avec celle-ci : la loi pénale se soucie alors de tenir les tiers à l'écart (B).

A. L'admission contrôlée des tiers dans la sphère d'intimité de la personne

6. À chaque personne est reconnu ce que l'on peut appeler une sphère d'intimité qui coïncide avec une sphère d'autonomie, telle « une petite sphère protectrice, ou bulle, qu'un organisme créerait autour de lui pour s'isoler des autres »[16]. Sur cette sphère la personne règne souverainement au sens où il lui appartient de décider de ce qu'elle concède à autrui de son intimité. Elle peut l'y admettre ou au contraire l'en écarter : *Noli me tangere*. Son refus d'accorder aux tiers l'accès à sa sphère d'intimité les tient en lisières : ne me touchez pas, mais aussi, par extension, restez à distance de moi par l'ignorance dans laquelle je vous cantonne à mon sujet. Cela se traduit, en droit pénal, par le fait que certains actes ne peuvent être commis à l'égard d'une personne sans constituer une infraction que dans la mesure où celle-ci consent à l'acte. Il ne s'agit pas de justifier une infraction par le consentement de la victime, au demeurant inopérant en principe dans notre droit pénal, mais d'ériger le

[13] Elle n'est toutefois pas sans lien avec la notion d'autonomie personnelle, dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui tend à évoquer plus strictement « la question de savoir ce que chacun peut faire sur lui-même et sur son propre corps » : M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, chron. p. 31. Mais le droit pénal montre bien que c'est également sous le rapport de l'intégrité morale que l'aspiration à être son propre maître se manifeste.

[14] Cf. Ph. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Études offertes à J. Béguin*, LexisNexis Litec, 2005, p. 141 s.

[15] V. ainsi Ph. Conte, art. préc., n° 10, qui fait remarquer que « le droit pénal contemporain subit l'influence de l'individualisme, ce qui le conduit, de plus en plus, à refuser de considérer qu'entre l'intérêt général et les intérêts particuliers existe une différence non pas seulement de degré, mais de nature ».

[16] E. T. Hall, *La dimension cachée*, Points Essais, 1971 pour la traduction française, p. 150. Dans ce classique de la sociologie, les développements sur « le dynamisme de l'espace » (p. 145 s.) montrent que l'homme crée entre lui et autrui des distances physiques plus ou moins grandes selon les situations sociales et le degré de proximité qu'il a avec autrui, afin de se protéger des intrusions.

défaut de consentement de la victime en élément constitutif de l'infraction[17]. Cette sphère d'intimité, aussi bien physique ou morale, sur laquelle il appartient à chacun de veiller, fait l'objet d'une demande de protection accrue, à laquelle répond une pénalisation constante. Précisément c'est le droit de consentir ou non à l'intrusion, à l'immixtion, physique ou morale, que la loi pénale vient protéger, par une extension ou un renforcement de ses positions.

7. Ainsi la pénalisation est nettement à l'œuvre en matière d'agressions sexuelles[18]. Ces infractions ont été insérées dans le chapitre que le Code pénal consacre aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. Elles y côtoient diverses autres infractions telles que les violences volontaires. Elles ne sont pourtant pas à mettre sur le même plan, eu égard aux liens que les agressions sexuelles entretiennent avec la liberté individuelle, considération étrangère à la répression des violences volontaires. Par-delà la protection de l'intégrité physique, c'est la liberté sexuelle qui se trouve en jeu en matière d'agressions sexuelles. C'est bien ce qu'exprime l'article 222-22, alinéa 1er, du Code pénal en définissant l'agression sexuelle comme « *toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* »[19]. De cet enjeu de la liberté sexuelle, le législateur mais aussi le juge ont tiré de nombreuses conséquences, dans le sens d'une extension du champ pénal. Le viol, la plus grave des agressions sexuelles, témoigne, par la profonde reconfiguration qu'il a connue depuis les années 1980, de la montée en puissance de cette considération.

8. Le viol a été souvent – et est encore aujourd'hui[20] – commis dans un contexte de guerres, apparaissant comme une arme au service des vainqueurs, exterminant les hommes et violant les femmes pour introduire des « bâtards » dans la société ou le groupe conquis. Au Moyen-Âge, le viol a été également perçu comme une méconnaissance des exigences de chasteté des veuves et des vierges et de la pudeur des femmes mariées. En outre la sanction du viol a été traditionnellement justifiée par la nécessité de lutter contre le risque qu'une femme mariée victime d'un viol donne naissance à un enfant illégitime ayant des droits sur la succession du mari, présumé être le père. Peu à peu ces considérations se sont estompées, au profit de la prise en compte contemporaine de la liberté individuelle, précisément de la liberté sexuelle. La conséquence en a été une extension de l'incrimination de viol, par un double mouvement d'indifférence au sexe de la victime et à celui de l'auteur du viol, ainsi qu'à l'éventuel lien de mariage unissant l'une à l'autre.

Dans le silence de la loi, la doctrine classique voyait dans le viol « l'acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci »[21]. Cette conception sexuée de la victime et de l'auteur du viol est aujourd'hui dépassée. Une loi du 23 décembre 1980 a donné du viol une définition qui a conféré une large portée à l'incrimination : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte, menace ou surprise, constitue un viol* ». Cette définition, reconduite à l'occasion de la réforme du code pénal, figure à l'article 222-23, alinéa 1er du Code pénal. La neutralité de ses termes invitait à faire abstraction du sexe de la victime comme de celui de l'auteur du viol[22]. Dès lors que la liberté sexuelle est en jeu, elle est aussi bien atteinte en la personne d'un homme que d'une femme, par un acte commis par un homme ou une femme[23].

La répression du viol continuait cependant de trouver dans le mariage un ultime obstacle. Elle venait achopper sur l'existence du devoir conjugal, invoquée pour justifier des rapports sexuels imposés qui auraient été, hors de la sphère conjugale, réprimés comme constitutifs de viol[24]. Il aura fallu attendre la fin du XXe siècle pour que la jurisprudence fasse entrer progressi-

[17] V. sur les divers rôles du consentement X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, préf. P. Maistre du Chambon.

[18] C. pén., art. 222-22 à 222-33-1.

[19] C. pén., art. 222-22, al. 1er ; v. aussi pour une autre définition, plus récente mais confuse de l'agression sexuelle, art. 222-22-2 issu de la loi nº 2013-711 du 5 août 2013.

[20] Cf. C. pén., art. 461-4.

[21] M. Rousselet et M. Patin, *Droit pénal spécial*, Sirey, 1958.

[22] Dans la mesure toutefois de ce que permet la nature, qui est ici une donnée dont il ne peut être totalement fait abstraction. La jurisprudence, après avoir décidé du contraire (Crim. 16 déc. 1997, *JCP* 1998, II, 10074, note D. Mayer), considère maintenant, principe de l'interprétation stricte de la loi pénale oblige, que le viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime (C.rim. 21 oct. 1998, *Bull. crim.* nº 169 ; *D.* 1999, 75, note Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 1999, comm. 5, obs. M. Véron – Crim. 22 août 2001, *Bull. crim.* nº 169). Dès lors la fellation contrainte ne peut constituer un viol que lorsqu'elle imposée par un homme sur la personne de la victime ainsi pénétrée, celle-ci pouvant, elle, être indifféremment un homme ou une femme.

[23] V. par ex. un viol par un père sur son fils : Crim. 3 juill. 1991, *Dr. pén.* 1991, comm. nº 314 – un viol commis par une mère sur sa fille : Crim. 4 janv. 1985, *Bull. crim.* nº 10 – un viol commis par une jeune fille sur un garçon : Crim. 6 déc. 1995, *Bull. crim.* nº 372.

[24] Crim. 19 mars 1910, *Bull. crim.* nº 153.

vement dans le mariage la répression du viol[25]. Subsistait cependant une réserve de la part de la jurisprudence, sous la forme d'une « *présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale* » mais qui ne valait « *que jusqu'à preuve contraire* »[26]. Le législateur entérina cette jurisprudence. La loi nº 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a doté l'article 222-22 du Code pénal d'un nouvel alinéa, énonçant que « *le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ». Cette ultime particularité fut gommée par la loi nº 2010-769 du 9 juillet 2010 qui a supprimé la phrase « *Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ».

9. Au-delà de l'élargissement de la répression du viol, le registre des agressions sexuelles témoigne encore de la montée en puissance contemporaine de la considération de la liberté sexuelle par l'enrichissement de la gamme de ses infractions. Lors de la réforme du Code pénal le harcèlement sexuel fut érigé en infraction. Que l'on voie dans cette incrimination la réponse du droit pénal à un phénomène nouveau, lié notamment au développement du travail féminin, ou bien le signe d'une évolution des mentalités, en ce que la société n'était plus prête à tolérer ce qui était autrefois négligé, voire tacitement admis, une chose est certaine : c'est la promotion de la liberté individuelle – celle, il va sans dire, de la personne harcelée – qui a guidé ici la pénalisation. Celle-ci, d'ailleurs, à vouloir gagner trop de terrain, n'est pas allée sans déboires. Après une première modification apportée à sa définition par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, l'incrimination de harcèlement sexuel a été encore remaniée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Elle en est sortie très élargie et quelque peu inconsistante, définie comme « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Après que le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, eut estimé que l'incrimination méconnaissait le principe de la légalité des délits et des peines en raison de son imprécision[27], le législateur est de nouveau intervenu, et, signe des temps il y eut deux incriminations au lieu d'une seule[28]. Le droit pénal ne s'économise pas, au risque, en cédant à la facilité de l'inflation législative, de souffrir d'un brouillage de ses qualifications[29]. Abstraction faite de ses imperfections, l'incrimination de harcèlement sexuel est révélatrice d'une conception désormais très large de la protection de la liberté sexuelle. La personne n'est pas touchée dans son corps – sinon il y a lieu de rebondir sur les qualifications de viol ou d'agression sexuelle sans pénétration sur la personne de la victime – mais est protégée d'une insistance déplacée qui fait affront à sa volonté de conserver ses distances à l'égard de l'importun[30].

10. Tenir les tiers à distance suppose également de pouvoir se retrancher dans un lieu auquel ils n'ont accès que sur autorisation de son occupant. Ainsi le domicile marque une frontière tangible entre soi et les autres et offre à celui qui s'y retranche sa protection contre le monde extérieur. Parmi les lieux privés[31] le domicile jouit d'une protection qui lui est propre. La violation de domicile est l'objet dans le Code pénal d'une double incrimination, en fonction de la qualité de l'auteur des faits. Commise par un particulier, elle fait partie des atteintes à la vie privée et donc, par-delà, des atteintes à la personnalité[32], tandis que si elle est imputable à une personne déposi-

[25] Crim. 17 juill. 1984, *Bull. crim.* nº 260 – Crim. 5 sept. 1990, *D.* 1991, 13 – et surtout, pour une dissipation totale de ce qu'il pouvait y avoir encore d'ambigu dans les arrêts précédents, Crim. 11 juin 1992, *D.* 1993, 117, note M.-L. Rassat.

[26] Crim. 11 juin 1992, préc.

[27] Cons. const. 4 mai 2012, nº 2012-240 QPC.

[28] C. pén., art. 222-33.

[29] Sur les imperfections et ambiguïtés de cette double incrimination du harcèlement sexuel, v. Ph. Conte, « *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. pén.* 2012, étude 24 ; E. Dreyer, « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », *JCP G* 2012, act. nº 1057, p. 1805.

[30] Ou de l'importune, car même si les victimes de harcèlement sexuel sont le plus souvent des femmes, on ne saurait leur refuser l'éventualité d'en être également les auteurs.

[31] Si tout domicile est un lieu privé, l'inverse n'est pas vrai. Le lieu privé est défini par la jurisprudence comme l'endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire : CA Besançon, 5 janv. 1978, *D.* 1978, 357, note R. Lindon – Crim. 28 nov. 2006, nº 06-81200.

[32] C. pén., art. 226-4.

taire de l'autorité publique, elle figure dans le Livre IV du Code pénal au titre des abus d'autorité commis contre les particuliers[33]. La violation du domicile commise par une personne dépositaire de l'autorité publique consiste dans le fait « *de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci* ». C'est très clairement reconnaître à l'occupant du domicile le droit de s'affirmer contre l'État en se retranchant dans une sphère qui reste inaccessible aux représentants de celui-ci, réserve faite, bien entendu, « *des cas prévus par la loi* » dans lesquels l'intérêt de la société justifie qu'il soit passé outre une opposition de la personne[34]. Un peu différemment, dans les rapports entre particuliers, la violation de domicile, incriminée à l'article 226-4 du Code pénal, suppose que l'agent se soit introduit ou maintenu[35] « *à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte* ». Ces moyens ne laissent pas de suggérer un certain rapprochement avec le viol, en particulier les menaces et la contrainte qui leur sont des éléments communs. La présence de ces moyens dans l'incrimination de violation de domicile imputable à un particulier traduit la persistance d'une certaine conception du domicile, perçu comme un lieu assurant la protection de l'intégrité physique à l'égard des menaces extérieures. D'où le sentiment que le législateur n'a pas entièrement tiré les conséquences de la place qu'il a assignée dans le Code pénal à cette infraction, dont il a fait une atteinte à la vie privée. Cette *ratio legis* aurait justifié que la constitution de l'infraction de violation de domicile exigeât simplement une absence de consentement de la victime à l'introduction ou au maintien dans son domicile.

11. Se soustraire à l'emprise physique d'autrui mais également à sa curiosité, c'est cette double fonction que, de fait, assume le domicile. Dans cette ambivalence, oscillant entre garant de la sécurité physique et protecteur de l'intimité, le domicile fait figure, historiquement, de maillon intermédiaire entre des incriminations telles que le viol, axées sur la protection du corps et par-delà de la liberté sexuelle, et des infractions plus contemporaines, inspirées par la protection de la personnalité, spécialement dans le registre des informations relatives la personne. Si la protection du domicile contre les immixtions des particuliers date d'une loi du 28 avril 1832, il aura fallu attendre les années 1970 pour que se développent les infractions constitutives d'atteintes à la personnalité auxquelles a fini par être agrégée, à l'occasion de la réforme du Code pénal, la violation de domicile commise par un particulier.

12. La multiplication de ces infractions est la résultante de la conjonction de plusieurs facteurs. Les évolutions du droit gagnent à être en harmonie avec la société qui les porte et, de fait, au tournant des années 1960 et 1970, la société, déjà gagnée par l'influence individualiste, était prête à reconnaître une maîtrise à la personne sur ses propres informations. La nécessité s'en est fait d'autant plus ressentir que le développement de techniques potentiellement très intrusives – appareils d'enregistrement des paroles, appareils photographiques avec zoom, caméras, etc. –, constituant une menace nouvelle pour l'intimité, ont rendu la personne plus vulnérable à l'égard des immixtions des tiers dans sa sphère d'intimité. Dans une mesure non négligeable, c'est en symbiose avec l'évolution du droit civil que le droit pénal s'est ici enrichi de nouvelles infractions. La montée en puissance des droits de la personnalité (notamment droit au respect de la vie privée, droit sur l'image) a ainsi trouvé un appui de part et d'autre, portés par le droit civil puis le droit pénal. La loi du 17 juillet 1970 ne s'est pas contentée de consacrer le droit au respect de la vie privée à l'article 9 du Code civil ; elle a aussi incriminé des atteintes graves à l'intimité de la vie privée, commises par le truchement d'appareils d'enregistrement des paroles ou de fixation de l'image d'une personne. Ces infractions ont été reconduites, à quelques légères modifications près, par le Code pénal issu de la réforme[36]. Le droit pénal vient ainsi garantir la protection d'une sphère d'intimité[37], d'où seules filtrent les informations sur lesquelles la personne consent à lever le voile. C'est à elle de déterminer la mesure de qu'elle entend laisser filtrer à l'égard des tiers. Prend donc part, en toute logique, à la constitution de ces infractions l'absence de

[33] C. pén., art. 432-8.
[34] Par exemple pour les nécessités d'une perquisition à l'occasion d'une enquête de flagrance.
[35] Le maintien dans le domicile n'est pas, en revanche, incriminé à l'article 432-8 du Code pénal.
[36] C. pén, art. 226-1.
[37] Les paroles objet de l'enregistrement doivent avoir été prononcées à titre privé ou confidentiel, et l'image fixée doit être celle d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

consentement de la victime. De même, trouvant elle aussi son origine dans la loi du 17 juillet 1970, l'infraction de montage avec les paroles ou l'image de la personne, classée par le Code pénal non dans les atteintes à la vie privée mais dans l'atteinte à la représentation de la personne[38], suppose-t-elle l'absence de consentement de la victime, puisque c'est l'intégrité de sa personnalité qui est enjeu[39]. Lorsqu'il fallut, à la fin des années 1970, assurer la protection de la personne face aux dangers qui commençaient à poindre dans le développement de l'informatique, la loi du 6 janvier 1978 dite loi *Informatique et libertés* vint encadrer les traitements des données à caractère personnel. Dans le même temps qu'elle reconnaissait des droits aux personnes dont les données sont traitées et soumettait les responsables de traitements à diverses obligations, elle créa des infractions, qui furent ensuite récupérées par le Code au moment de sa réforme. Inspirée à certains égards par la logique des droits de la personnalité, cette pénalisation fut l'occasion de consacrer une maîtrise de la personne sur ses données à caractère personnel, qu'illustre bien l'article 226-22 du Code pénal en incriminant, de façon assez alambiquée, le fait de porter, sans autorisation de l'intéressé, des données à caractère personnel à la connaissance de tiers n'ayant pas qualité pour les recevoir, s'agissant de données dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée. Un peu plus tard encore, ce furent cette fois les progrès de la génétique qui incitèrent le législateur à intervenir pour renforcer la maîtrise reconnue à la personne sur ses informations génétiques. C'est ainsi que plusieurs incriminations, dont l'origine se situe dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, réservent explicitement un rôle à la volonté individuelle, s'agissant de l'examen des caractéristiques génétiques de la personne ou de son identification génétique. Il ne suffit pas, pour échapper au droit pénal, que ces actes s'inscrivent dans les cas prévus par la loi, encore faut-il que la personne concernée y ait consenti, par renvoi exprès du Code pénal aux règles du Code civil[40].

13. Le pas est vite franchi qui mène au droit au respect de son corps. C'est la loi précitée du 29 juillet 1994 qui a par ailleurs inséré un article 16-1 dans le Code civil, dont le premier alinéa énonce que « *chacun a droit au respect de son corps* ». Dans la foulée, furent incriminés par cette loi le prélèvement d'organe sur une personne sans son consentement[41] ou bien encore le prélèvement d'un tissu ou de cellules ou la collecte de produits sur une personne majeure sans son consentement[42].

14. L'exigence récurrente de l'absence de consentement de la victime au titre de la constitution de ces infractions en est un dénominateur commun très fort, qui se rattache au modèle du droit de contrôle sur lequel se sont développés les droits de la personnalité[43]. Cette maîtrise substantielle – le consentement de la personne, qui n'est pas victime puisqu'elle a consenti, fait échec à la constitution de l'infraction – se double parfois d'une maîtrise procédurale en ce que la plainte de la victime est un préalable nécessaire à la poursuite de l'infraction. Cette particularité procédurale caractérise quelques infractions[44] pour lesquelles est ainsi portée à son plus haut degré une forme de privatisation de la répression pénale en ce qu'elle trouve son alpha et son oméga dans la volonté individuelle.

Une autre façon pour le droit pénal de donner des gages à la souveraineté individuelle est de tenir les tiers à distance de l'exercice qu'une personne fait de sa liberté individuelle.

B. La mise à distance des tiers de l'exercice par la personne de sa liberté individuelle

15. Si l'on ne veut pas que la liberté soit un vain mot, il faut la préserver de l'éventuelle emprise ou immixtion de tiers. De fait, la préservation du libre arbitre de chacun impose que les tiers n'interfèrent pas dans le choix qu'il peut être amené à faire au titre de l'exercice de sa liberté individuelle. C'est aussi un rôle que se reconnaît le droit pénal spécial, celui de réprimer les pres-

[38] C. pén., art. 226-8.
[39] V. aussi les infractions prévues et réprimées par les articles 35 *ter* et 35 *quater* de la loi du 29 juillet 1881.
[40] C. pén., art. 226-25 et C. civ., art. 16-10 s'agissant de l'examen des caractéristiques génétiques ; C. pén., art. 226-27 et C. civ., art. 16-11 en matière d'identification par les empreintes génétiques.
[41] C. pén., art. 511-3.
[42] C. pén., art. 511-5.
[43] Cf. D. Gutman, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, préf. F. Terré, p. 237 s. *Adde* pour une analyse approfondie des droits de la personnalité en tant que droits subjectifs, J.-C. Saint-Pau, in *Droits de la personnalité*, *Traités*, dir. J.-C. Saint-Pau, LexisNexis, 2013, p. 227 à 272.
[44] V. par ex. l'atteinte à l'intimité de la vie privée, C. pén. art. 226-6 ; la divulgation de données à caractère personnel, C. pén., art. 226-22, al. 3.

sions exercées sur la volonté d'une personne afin de la pousser à prendre une décision qui ne lui appartienne pas totalement[45]. Le droit pénal contemporain a eu ainsi à faire face à la pratique dite du mariage forcé qui s'est développée dans certaines communautés influencées par une culture d'origine étrangère. C'est en deux temps que le législateur est intervenu. La volonté de contraindre une personne à se marier comme celle d'exercer des représailles à l'égard de celle ayant refusé de le faire a été érigée par la loi nº 2010-769 du 9 juillet 2010 en circonstance aggravante[46] de diverses infractions classiques telles que le meurtre[47], les tortures et actes de barbarie[48] ou les violences[49]. C'est le mobile de l'auteur de l'infraction, manifestant son mépris à l'égard de la volonté d'autrui, qui se trouve ainsi pris en compte en tant que circonstance aggravante. Un pas supplémentaire a été franchi par l'intégration à une infraction de ce mobile en tant que dol spécial. Afin de mettre le droit français en conformité avec les exigences de la Convention du Conseil d'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, la loi nº 2013-711 du 5 août 2013 a incriminé en tant que violences « *le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République* »[50]. L'avancée n'est pas dérisoire, mais elle n'est sans doute pas suffisante. L'article 37 de la Convention impose aux États parties d'incriminer non seulement « *le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'une Partie ou d'un État autre que celui où il réside avec l'intention de le forcer à contracter un mariage* » mais encore « *le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de forcer un adulte ou un enfant à contracter un mariage* ». L'infraction issue de la loi du 5 août 2013 répond seulement à la première exigence ; mais de toute façon les règles du droit civil veillent, qui tiennent pour nul le mariage contracté sous la contrainte[51].

16. Un autre phénomène social relativement récent, le port d'un voile par des femmes musulmanes dissimulant ainsi entièrement leur visage, est lui aussi à l'origine d'une intervention du législateur. Il s'agit de la loi nº 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public qui ne saurait être réduite, nonobstant son titre, à une loi venant restreindre la liberté[52]. Elle contribue aussi, à un autre égard, à la protéger. Cette loi a érigé en délit « *le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe* »[53]. C'est la contrainte faite à une femme – notamment par son mari ou un membre de la famille – de dissimuler son visage pour un motif religieux qui affleure sous la neutralité des termes. Le législateur a inséré cette infraction dans le chapitre consacré par le Code pénal aux atteintes à la dignité de la personne humaine. Cette place tend à occulter la considération de la liberté individuelle qui s'attache à cette incrimination. Si une femme entend, sans être victime d'une contrainte en ce sens, dissimuler entièrement son visage, elle est libre de le faire, dans la mesure restreinte que lui concède le droit pénal, c'est-à-dire dans la sphère privée[54]. En revanche c'est faire offense à sa liberté que de la contraindre à dissimuler son visage et le droit pénal s'érige contre cette atteinte sans condition de lieu, autrement dit aussi bien dans l'espace privé que dans l'espace public.

17. Soustraire la personne à l'influence des tiers afin de préserver sa pleine et entière liberté, c'est ce qu'il est permis d'entrevoir dans

[45] Ce thème vient à croiser celui de l'autonomie de la conscience et de la nécessaire protection de celle-ci à l'égard des pressions qui peuvent être exercées sur elle : v. D. Lazlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, 1993, préf. F. Terré, p. 255 s.

[46] Cette circonstance tient au fait que l'infraction à laquelle elle se rapporte a été commise « *contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union* ». La référence floue à l'union doit être interprétée, eu égard à l'esprit de cette disposition, comme désignant le PACS (et le concubinage ?) mais pourrait, si on prenait le terme au pied de la lettre, s'appliquer à d'autres unions.

[47] C. pén., art. 221-4, 10º : s'agissant du meurtre, la circonstance aggravante ne réside, de façon rationnelle, que dans le motif tenant au refus d'une personne de se marier.

[48] C. pén., art. 222-3, 6º *bis*.

[49] C. pén., art. 222-8, 6º *bis ;* art. 222-10, 6º *bis ;* art. 222-12, 6º *bis ;* art. 222-13, 6º *bis*.

[50] C. pén., art. 222-14-4.

[51] Il est à noter que la loi nº 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a complété l'article 202-1 du Code civil, s'agissant des règles de conflit de lois en matière de mariage, par la phase suivante : « *Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180* ».

[52] Sur cet aspect v. *infra* nº 29.

[53] C. pén., art. 225-4-10.

[54] La dissimulation du visage dans l'espace public constitue, en effet, une contravention : *infra* nº 29.

l'incrimination de provocation au suicide[55]. Issue d'une loi du 31 décembre 1987 qui avait été inspirée au législateur par la publication du livre *Suicide, mode d'emploi*, cette incrimination paraît, à vrai dire, se prêter à une double approche, d'une façon qui révèle son ambivalence. Par sa gravité extrême, le suicide doit rester l'objet d'une décision imputable à la seule personne concernée, à l'exclusion de toute interférence de tiers la poussant à ce geste. Le législateur délivre ainsi un message : le suicide est, certes, l'objet d'une liberté[56], mais il n'est pas à encourager. C'est une réticence persistante de la société à l'égard du suicide qui apparaît ainsi en filigrane de cette incrimination[57]. Le législateur fait ici d'une pierre deux coups, car dans le même temps que cette incrimination œuvre à soustraire la liberté de se suicider à toute pression des tiers, elle contribue à la protection de la vie[58].

18. C'est le cheminement inverse qu'a connu la provocation en matière d'interruption volontaire de grossesse. Il fut un temps où cette provocation était incriminée. L'infraction avait sa source dans la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption de grossesse. Elle était largement conçue, s'étendant à la provocation d'une interruption de grossesse, alors même que la provocation n'aurait pas été suivie d'effet[59]. Cette provocation fut dépénalisée par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001. Le législateur a sans doute pensé que, de 1975 à 2001, le temps avait fait son œuvre en faveur d'une meilleure acceptation de l'interruption volontaire de grossesse par la société, voire d'une certaine banalisation du recours à cet acte. À cette aune, l'incrimination de la provocation à l'interruption de grossesse même licite pouvait peut-être sembler la trace d'une époque révolue, comme le signe d'une réticence persistante de la société à l'égard de l'interruption de grossesse, réticence que l'évolution des mentalités avait pourtant érodée[60]. C'était cependant oublier que l'incrimination de provocation à l'IVG pouvait faire l'objet d'une lecture plus moderne, invitant à y voir non pas tant une marque de crainte ou de désapprobation latente de la société à l'égard d'un acte qu'elle admet sans vouloir encourager, qu'une conséquence tirée du rôle pivot de la volonté de la femme en la matière. Sa volonté est au fondement de cet acte, dès lors qu'elle y a recours dans les conditions prévues par la loi, s'agissant notamment du délai[61]. Il n'est pas à exclure qu'une femme soit soumise à des pressions de son entourage – mari ou compagnon, famille, employeur – pour recourir à une interruption de grossesse qu'elle n'est pas certaine *in petto* de vouloir. Le maintien de l'incrimination de la provocation aurait eu le mérite de la préserver des pressions des tiers et aurait ainsi envoyé un signal positif à l'égard de la liberté de la femme que le législateur contemporain a voulu par ailleurs constamment promouvoir. C'est parce que cette incrimination a donné l'impression de contredire la tendance de la législation contemporaine à favoriser le recours à l'interruption de grossesse qu'elle a été supprimée, la dépénalisation jouant en réalité au détriment de la liberté de la femme, liberté qui suppose que le choix de recourir ou non à cet acte soit l'expression de sa seule volonté, soustraite aux éventuelles pressions des tiers. Le législateur, en revanche, n'a pas hésité à renforcer les positions du droit pénal lorsqu'il s'est agi de préserver la liberté de la femme dans un sens cette fois favorable à l'interruption de grossesse en incriminant l'entrave à l'IVG[62]. Ce faisant le droit pénal ne se positionne plus en amont, au stade de la décision que la femme est amenée à prendre – poursuivre la grossesse ou recourir à une IVG –, comme il le faisait par l'incrimination de provocation ; il s'est déplacé vers l'aval, au moment où, la femme ayant opté pour une IVG, elle est défiée dans son choix par des personnes qui, hostiles à l'avortement, se livrent à divers actes d'entrave. Incriminée d'abord par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 dans la mesure où l'entrave consistait en des actes positifs (perturbation de l'accès aux bâtiments, menaces ou acte d'intimidation), l'in-

[55] C. pén., art. 223-13.
[56] *Infra* n° 22.
[57] À telle enseigne que la personne qui a échoué dans son suicide doit être secourue par les tiers même si elle avait manifesté son opposition à toute intervention : l'inaction des tiers constituerait l'infraction de non assistance à personne en danger (C. pén., art. 223-6).
[58] L'infraction suppose que la provocation ait été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide.
[59] C. santé publ., anc. art. L. 2221-1, al. 1er.
[60] V. d'ailleurs *infra* n° 25 sur le mouvement de dépénalisation en matière d'IVG.
[61] C. santé publ., art. L. 2212-1 et L. 2212-2.
[62] C. santé publ., art. L. 2223-2.

crimination a été étendue par la loi précitée du 4 juillet 2001 – celle, donc, qui a dépénalisé la provocation à l'IVG – aux pressions morales et psychologiques. L'incrimination a encore été étendue par la loi nº 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes au fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une femme de s'informer sur une interruption de grossesse.

19. Des propos qui précèdent il ressort que le rôle différent du droit pénal s'agissant de la protection de la liberté en matière de suicide et d'interruption volontaire de grossesse révèle une méfiance persistante de la société à l'égard du premier, qui se traduit par une forme de sanctuarisation de la liberté en la matière – la personne ne doit pas être poussée à se suicider donc sa provocation est incriminée – tandis que le recours à l'IVG tend à être facilité par le législateur qui, dès lors, protège la liberté de la femme dans la mesure où des adversaires à l'avortement voudraient y faire échec. Au-delà de cette divergence, suicide et IVG se rejoignent sur deux points : l'un, qui vient d'être exposé, a trait à la pénalisation contemporaine ayant pour objet de soustraire la personne à l'emprise, sous des angles différents selon qu'il s'agit de suicide ou d'IVG, de tiers qui interféreraient dans sa liberté. L'autre point commun concerne, au contraire, la dépénalisation qui a marqué ces domaines : là où aujourd'hui le droit pénal protège la liberté, il a parfois été un obstacle à celle-ci. Il est utile à cet égard de se rappeler la distinction qu'il convient de faire, lorsqu'il est question d'« atteinte à la liberté individuelle », entre « deux situations fort différentes : celle où une personne est contrainte de faire ce qu'elle ne veut pas, et celle où une personne ne peut pas faire tout ce qu'elle veut »[63]. De fait le droit pénal n'est pas seulement le puissant allié de la liberté individuelle qui vient d'être présenté sous les traits de diverses incriminations ayant pour objet la protection de celle-ci. Le droit pénal est parfois perçu comme une entrave à la souveraineté individuelle, ce qui fait pressentir des rapports entre eux alors tendus, voire tumultueux.

II. Le droit pénal entrave à la souveraineté individuelle

20. Il est inévitable que l'aspiration de la personne à être son propre maître, à vouloir agir en fonction de ce qu'elle estime conforme à ses intérêts, finisse par se heurter au droit pénal qui lui opposera l'intérêt général pour la brider dans ses revendications. Mais le droit pénal, tels certains vieux remparts maritimes dont les vagues ont eu raison de la dureté de la pierre, finit parfois par céder sous le coup des assauts de l'individualisme. L'obstacle à la souveraineté individuelle que certaines incriminations ont pu représenter a été emporté par la dépénalisation (A). Toutefois de cette joute entre droit pénal et individualisme, le premier ne sort pas toujours vaincu. Avançant parfois ses pions dans d'autres directions, il peut être tenté de les pousser assez loin, voire trop loin, dans l'offensive qu'il mène ainsi contre l'individualisme (B).

A. Le reflux du droit pénal face aux aspirations individualistes

21. Tandis que d'un côté la pénalisation par création d'incriminations étend les limites du droit pénal spécial[64], celles-ci, d'un autre côté, peuvent se rétracter par le jeu de la dépénalisation, le législateur procédant à la suppression d'incriminations. Alors même qu'elle semblerait tombée en désuétude, une infraction n'est pas abrogée pour autant et peut, après une longue période d'engourdissement, être « réactivée » par le juge pénal[65]. C'est, principe de la légalité oblige, au législateur qu'il appartient de décider de la suppression d'infractions. À cet égard l'évolution des mentalités peut être ressentie par lui comme un aiguillon auquel il lui est difficile de résister. L'aspiration croissante de l'individu à être son propre maître peut venir se heurter aux barrières posées par le droit pénal. Mais toutes ne résistent pas à ces aspirations individualistes et le législateur, recourant à une dépénalisation, vient les supprimer ou, à tout le moins, les ouvrir plus ou moins largement, selon qu'il procède par dépénalisation totale ou partielle.

[63] M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, chron. p. 31, spéc. p. 34.

[64] V. les développements du I.

[65] V. par ex. le délit d'offense au Président de la République que prévoyait l'article 26 de la loi du 29 juill. 1881, abrogé par la loi nº 2013-711 du 5 août 2013. Ce texte resté sans application depuis la fin des années 1960 avait de nouveau donné lieu à des poursuites il y a quelques années : CA Angers, 24 mars 2009 ; *Légipresse* 2009, III, 172, note Th. Lévy ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 48.

22. Si le droit pénal des personnes a connu, depuis les années 1970, une fluctuation de ses limites sous l'effet de la dépénalisation de plusieurs de ses pans, c'est dès 1791 que sous l'influence de la liberté individuelle le droit pénal s'est retiré d'un domaine, le suicide, où il était fermement ancré depuis plusieurs siècles[66]. Le silence conservé sur le suicide par le Code pénal de 1791 puis par le Code pénal de 1810, valait en effet dépénalisation d'un acte dès lors reconnu comme l'expression suprême de la liberté individuelle, un acte que le droit pénal, s'il ne doit sans doute pas en permettre l'encouragement[67], n'était plus considéré comme légitime à punir[68]. Déjà la montée en puissance des considérations individualistes eut raison à l'époque révolutionnaire de cette répression pluriséculaire. C'était reconnaître que la personne s'appartient à elle-même, ce qui marquait une rupture à un double égard, d'une part par rapport à la religion – si la personne ne pouvait jusque-là se suicider, c'est que, par cet acte, elle était vue comme substituant sa volonté à la volonté divine – et d'autre part au regard de la société – par son suicide, perçu alors comme un acte égoïste, la personne faisait défaut aux forces vives de celle-ci ; admettre le suicide était reconnaître que la personne n'avait, à cet égard, aucun compte à rendre à la société.

23. À l'époque contemporaine, soit dans la seconde moitié du XX^e^ siècle, l'évolution des mœurs, indissociable de celle des mentalités, s'est traduite par une dépénalisation orchestrée dans plusieurs secteurs du droit des personnes et de la famille[69]. Selon les secteurs considérés, la vague de dépénalisation qu'ont connue en ce domaine les années 1970 et 1980 est loin d'avoir été d'une portée uniforme, oscillant entre dépénalisation totale et dépénalisation partielle.

24. Cette époque est présentée parfois comme celle de la dépénalisation de l'homosexualité. Il faut ramener à une plus juste mesure la dépénalisation opérée en la matière par une loi du 4 août 1982. Cette loi a abrogé l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal qui sanctionnait les relations homosexuelles avec un mineur de plus de quinze ans, faisant ainsi se rejoindre sous ses auspices égalité et liberté. Mais ce que le droit pénal renonce, sous l'effet de l'évolution des mœurs, à réprimer peut trouver sa sanction dans d'autres branches. La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a institué le divorce à la carte, réforme d'inspiration ô combien individualiste. Au passage elle a également supprimé les articles 336 à 339 du Code pénal qui permettaient la répression de l'adultère. Celle-ci reposait sur une inégalité entre les sexes qui apparaissait déjà dans les années 1970 comme le vestige d'une autre époque. L'adultère de l'homme n'était sanctionné (avec des peines inférieures à celles prévues pour l'adultère de la femme) que s'il avait entretenu sa concubine au domicile conjugal. Au-delà des considérations morales, l'adultère de la femme était redouté pour le risque qu'il créait de faire naître un enfant adultérin qui, bénéficiant de la présomption de paternité, se serait introduit dans la succession maritale. Toutefois au début des années 1970 il n'y avait plus guère de poursuite et le droit pénal ayant pris acte de la libéralisation des mœurs cessa de se préoccuper des époux volages. Pour autant ils continuent à devoir le cas échéant rendre des comptes à la justice civile. Le devoir de fidélité persiste à faire partie des devoirs nés du mariage[70] et l'adultère, qui en est la violation, peut trouver sa sanction dans le divorce pour faute[71]. Mais il est vrai que le retrait du droit pénal de ce domaine traduit un émoussement de la réprobation sociale. Que les conjoints viennent à se tromper et la société considère que c'est leur affaire – dont éventuellement vient à connaître le juge civil –, et non plus celle du juge pénal.

25. De ce mouvement de dépénalisation qui s'est épanoui à partir des années 1970, émerge sans doute comme l'un de ses aspects les plus symboliques le reflux du droit pénal en matière d'avortement. Celle-ci est à observer sous l'angle de la promotion constante de la volonté de la femme[72]. À la différence du suicide, qui n'engage

[66] A. Porteau-Bitker, « Une réflexion sur le suicide dans le droit pénal laïque des XII^e^ et XIV^e^ siècles », in *Nonagesimo anno : Mél. en hommage à J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 307 ; notre article « Suicide et droit pénal », in *Mél. en l'honneur du professeur J.-H. Robert*, Lexis-Nexis, 2012, p. 399.

[67] En revanche sur l'incrimination de la provocation au suicide, v. *supra* n° 17.

[68] D'autant qu'en cas de succès du suicide, la peine rejaillissait sur les héritiers, privés de succession.

[69] D. Mayer, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France en matière de mœurs », *Rev. sc. crim.* 1989, 442.

[70] C. civ., art. 212.

[71] C. civ., art. 242.

[72] Ne relèvent pas directement de cette approche les dispositions relatives à l'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical : C. santé publ., art. L. 2213-1 à L. 2213-3.

que la vie de celui qui décide de commettre cet acte, l'interruption volontaire de grossesse donne lieu à un régime juridique complexe, qui repose sur une tension par nature délicate entre la prise en compte de la volonté de la femme, moteur de la reconnaissance d'une maîtrise de son propre corps, et celle de la vie qui se développe *in utero*. La loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse s'ouvrait sur la déclaration suivante : « *La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies à la présente loi* »[73]. Mais depuis 1975 l'évolution du droit en la matière fait apparaître que c'est bien la volonté de la femme qui est la boussole du législateur, ce qui se traduit par un recul constant de la protection pénale de la vie *in utero*. Cette évolution est attestée à un double égard. S'agissant de l'IVG elle-même, acte supposant l'intervention d'un tiers, la société conserve un droit de regard, mais circonscrit aux conditions posées par la loi – conditions de délai et de lieu (notamment établissement de santé), condition de la nécessaire intervention d'un médecin[74] – et qui révèlent elles-mêmes une tendance à l'assouplissement. Ainsi le délai de dix semaines institué par la loi du 17 janvier 1975 a été étendu à douze semaines par la loi du 4 juillet 2001. Dans le sens aussi d'un relâchement des conditions, la condition de détresse, qui figurait encore récemment dans le Code de la santé publique[75] a été emportée par, la loi nº 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes[76]. La part du droit pénal est donc résiduelle[77], celui-ci n'étant plus sollicité que pour inciter au respect des conditions précitées[78], d'inspiration principalement sanitaire – ce que traduit d'ailleurs leur appartenance non pas au Code pénal mais au Code de la santé publique. Mais si, en matière d'interruption volontaire de grossesse, le droit pénal a reculé de façon substantielle au profit de la volonté de la femme, c'est sa disparition pure et simple dont il faut prendre acte s'agissant de l'auto-avortement, dépénalisé par la loi nº 93-121 du 27 janvier 1993. Le droit pénal a laissé ici le champ entièrement libre à la femme, laquelle n'est alors tenue par aucune condition de délai. La volonté de l'intéressée devient ici toute puissante, puisque, même à un stade avancé du développement du fœtus, l'auto-avortement est ignoré par le droit pénal, lequel ne tient pas davantage compte du risque pour la santé voire la vie de la femme qu'est de nature à créer cet acte. Dès lors que la femme agit elle-même sur son propre corps, sans que l'acte implique l'intervention d'un tiers, le droit pénal n'oppose plus d'entrave à sa volonté.

La montée en puissance de celle-ci, si elle explique donc la dépénalisation qui vient d'être retracée, est également ce qui inspire le mouvement inverse de pénalisation observé en matière d'interruption de grossesse. C'est ce qu'atteste l'incrimination de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, plus haut signalée[79]. C'est encore ce que montre le délit, issu de la réforme du Code pénal, d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée[80]. Seule trace de l'interruption de grossesse subsistant dans le Code pénal, cette incrimination témoigne de la pénalisation qui continue d'être à l'œuvre en la matière, car depuis la loi nº 2013-711 du 5 août 2013 la tentative de cette infraction est punissable.

Comme par un mouvement de chassé-croisé le droit pénal s'est donc retiré d'un côté pour reconnaître à la femme la maîtrise de son propre corps, tandis qu'il revient de l'autre pour la protéger toujours davantage dans cette forme de souveraineté. Le passage de l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse opéré par la loi de 1975 a ainsi déclenché un déplacement du centre de gravité du droit pénal en la matière, qui a glissé de la protection de l'embryon ou du fœtus à celle de la liberté de la femme.

26. Dans ce contexte de promotion constante de la volonté individuelle, certains interdits posés par le droit pénal, de façon parfois tout à fait traditionnelle, sont ressentis par une partie plus

[73] Depuis la loi nº 94-653 du 29 juillet 1994, l'article 16 du Code civil déclare notamment que « *la loi* [...] *garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

[74] C. santé publ., art. L. 2212-1 et L. 2212-2.

[75] C. santé publ., art. anc. L. 2212-1, *in limine* : « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse* ».

[76] Désormais, l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique se contente d'énoncer *in limine*, sans recherche de style, que « *la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse* ».

[77] C. santé publ., art. L. 2222-1. Ces incriminations ne donnent d'ailleurs quasiment pas lieu à des poursuites.

[78] Alors qu'avant la réforme du Code pénal, l'avortement continuait à constituer une infraction, à laquelle étaient prévues des exceptions.

[79] *Supra* nº 18.

[80] C. pén., art. 223-10.

ou moins importante des citoyens comme des entraves qui n'ont plus lieu d'être et que la montée en puissance de l'individualisme devrait emporter avec elle. Ainsi l'opportunité de dépénaliser la consommation de cannabis, constitutive d'un usage illicite de stupéfiants[81], donne lieu à des controverses récurrentes. Mais l'on pense aussi, bien sûr, au débat sur ce qui est appelé de façon bien vague ou pudique l'euthanasie. La revalorisation de la volonté des patients par la loi nº 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie[82] n'a en rien vidé de sa substance le débat qui en revient inlassablement à la question de l'admission de l'acte létal accompli par un tiers (par exemple, administration d'une substance mortifère), acte qui aujourd'hui relève de qualifications pénales telles que l'empoisonnement. Même si l'acte est accompli par un tiers – médecin, membre de la famille, etc. – à la demande du patient, au cas où celui-ci est par exemple dans l'impossibilité de bouger[83], cette circonstance est indifférente à la constitution de l'infraction et le reste également sur le plan de la justification, car le consentement de la victime n'a pas valeur de fait justificatif[84]. Entre les textes et leur application, cependant, il peut y avoir un gouffre. Bien souvent, les actes d'euthanasie restent confinés dans l'intimité de chambres d'hôpital et si tout le monde s'accorde à considérer que ces actes sont fréquents, nul ne saurait dire ce qu'ils représentent précisément en pratique tant le secret les entoure. Exceptionnellement, certaines affaires éclatent, qui suscitent un intérêt considérable de la part de l'opinion publique, intérêt entretenu par les médias, dont se servent les partisans d'une évolution du droit pénal en la matière. Dans les cas, assez peu nombreux, où la justice pénale a eu à connaître de ce genre d'actes, elle s'est parfois montrée assez complaisante à l'égard de leurs auteurs. Il y a une dizaine d'années, le cas très médiatisé de Vincent Humbert, jeune homme resté tétraplégique après un accident, avait ému l'opinion publique. Il souhaitait mourir, mais n'était pas en mesure de se suicider. Sa mère, en lui injectant un barbiturique, et son médecin, par administration d'une substance létale, accédèrent à sa volonté. La première fut mise en examen pour administration de substances nuisibles, et le second pour empoisonnement avec préméditation. Une ordonnance de non-lieu général est intervenue le 27 février 2006 qui faisait peu de cas de la rigueur juridique. En particulier l'ordonnance avait retenu, au prix d'une spectaculaire confusion de l'élément moral et du mobile, que le médecin « *n'avait pas l'intention de lui donner la mort au sens pénal du terme (sic), mais de préserver la dignité de Vincent Humbert et celle de sa famille* ». Quelque dix ans plus tard, un pas de plus fut franchi dans l'affaire du docteur Bonnemaison, médecin accusé d'avoir empoisonné[85] sept patients âgés et malades. Il fut acquitté en juin 2014 et, d'après ce que l'on a pu comprendre de la motivation – motivation à laquelle sont maintenant astreintes les cours d'assises – le jury a estimé qu'il n'était pas démontré qu'en procédant aux injections, il ait eu l'intention de donner la mort aux patients... Décidément, les affaires d'euthanasie ne réussissent pas à l'élément moral des infractions. Le parquet général, dont les réquisitions avaient d'ailleurs été assez clémentes, a fait appel.

Alors que la mère et le médecin de Vincent Humbert avaient agi à la demande de celui-ci, aucun patient, manifestement hors d'état de le faire, n'avait demandé quoi que ce fût au docteur Bonnemaison et celui-ci n'avait informé de son acte ni ses collègues, ni les familles des personnes concernées[86]. Véritable *deus ex machina*, il avait décidé par lui-même et au moment choisi par lui, de l'administration de la substance létale. Il reste que le rapprochement de cet acquittement avec

[81] C. santé publ., art. L. 3421-1.

[82] Sur les ambiguïtés de cette loi, v. Ph. Conte, « Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ? », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 229 s.

[83] La liberté de se suicider (*supra* nº 22) ne vaut pas droit au suicide. Dans son célèbre arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2002, par lequel elle a consacré, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne, la notion d'autonomie personnelle, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'article 2 qui garantit le droit à la vie « *n'a aucun rapport avec les questions concernant la qualité de la vie ou ce qu'une personne choisit de faire de sa vie* » et qu'il « *ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie* » : CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. nº 2346/02 ; *JCP G* 2003, II, 10062, note C. Girault ; *RTD civ.* 2002, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, 71, note O. de Schutter.

[84] Le fait d'avoir commis l'acte à la demande de la victime, afin de mettre un terme à des souffrances physiques ou à une vie sans espoir (par exemple en cas de paralysie totale et irrémédiable) devrait, en toute rigueur, ne manifester son influence en tant que mobile qu'au stade de la détermination de la peine.

[85] Beaucoup de médias, faisant preuve d'un art consommé de la litote, ont relayé l'information que ce médecin était accusé d'avoir « abrégé la vie de ses patients », qualification qu'on cherchera vainement dans le Code pénal et ailleurs.

[86] Il y eut d'ailleurs peu de parties civiles, et l'une des rares personnes proches d'une victime à s'être constituée l'a fait car elle déplorait ne pas avoir été tenue informée par le médecin...

l'ordonnance de non-lieu rendue dans l'affaire Vincent Humbert évoque une sorte de dépénalisation *de facto*, orchestrée par la justice pénale, qui n'est sans doute pas insensible à une certaine pression médiatique. Le législateur, qui d'ailleurs n'attendait sans doute que cela, se promet d'intervenir[87]. Tout le monde convient du caractère dramatique de ces affaires et de leur enjeu, bien au-delà du droit, qui convoque la religion, la morale, la philosophie, etc. C'est sans doute une raison suffisante pour que le législateur fasse preuve d'une extrême prudence. Il doit veiller à ce que, sous couvert de promouvoir la volonté individuelle de la personne qui souhaite obtenir d'autrui qu'elle lui donne la mort quand elle ne peut elle-même le faire, notre droit pénal ne finisse, de proche en proche, par reconnaître un droit de vie ou de mort aux tiers.

27. Dans les domaines qui viennent d'être abordés, le droit pénal subit de la part du corps social, à tout le moins d'une partie de celui-ci, des pressions d'inspiration individualiste en faveur de son recul, pressions auxquelles il cède totalement ou en partie. Ce mouvement de dépénalisation mis en œuvre afin de laisser monter en puissance les aspirations individualistes contraste avec la tendance inverse du droit pénal à vouloir gagner de nouveaux domaines pour endiguer d'autres de ces aspirations.

B. Les aspirations individualistes endiguées par le droit pénal

28. C'est dans la nature du droit pénal de faire prévaloir la répression, tournée vers l'intérêt général, sur la volonté individuelle. Ainsi le consentement de la victime est un fait justificatif inopérant et son défaut de consentement ne saurait être élément constitutif de l'infraction que dans la mesure où la valeur protégée est disponible[88]. C'est classique. Ce qui, en revanche, mérite d'être souligné pour contribuer à la présente réflexion sur la portée de la réception par le droit pénal des aspirations individualistes, est la tendance d'une certaine pénalisation contemporaine à s'ériger contre celles-ci. L'on peut y voir deux causes, soit que le législateur entende répondre ainsi à des phénomènes récents qu'il estime nocifs pour la société, et il fait alors prévaloir ce qu'il juge être l'intérêt de celle-ci sur la liberté individuelle ; soit que, dans une tendance à vouloir protéger la personne contre elle-même, le droit pénal multiplie les interdits comme autant d'obstacles à sa liberté individuelle. Toute la difficulté est de doser cette emprise du droit pénal sur la liberté.

29. La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a fait parler beaucoup d'elle, précisément en ce qui concerne l'objet qui lui a donné son titre. Dans son article 1er cette loi énonce que « *nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ». La méconnaissance de cette interdiction constitue une contravention de la deuxième classe. Il n'échappe à personne que, derrière la neutralité des termes, le législateur a eu en vue le port du *niqab* par des femmes de confession musulmane. Le législateur a voulu endiguer par le droit pénal ces manifestations communautaristes qui tendent à se développer. L'accueil de cette loi par la doctrine a été contrasté[89]. Certains se sont demandé si le droit pénal n'empiétait pas ainsi de façon excessive sur la liberté des femmes concernées par cette interdiction. Le législateur a trouvé un appui dans le Conseil constitutionnel. Celui-ci a déclaré la loi conforme à la Constitution, sous la réserve que l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public « *ne saurait* [...] *restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public* »[90]. Mais *quid* de la conventionnalité de cette incrimination ? La chambre criminelle de la Cour de cassation eut vite l'occasion de se prononcer sur la conventionnalité de l'incrimination au regard de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme[91]. Si cet article garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, son alinéa 2 dispose

[87] V. d'ailleurs le rapport de présentation et texte de la proposition de loi de MM. Alain Claeys et Jean Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, remis au Président de la République le 14 décembre 2014.

[88] Sur la notion de disponibilité de l'incrimination, v. X. Pin, *op. cit.*, n° 124 s.

[89] V. pour des points de vue divers v. par ex. A. Levade, « Voile intégral : consensus sur une résolution parlementaire », *JCP G* 2010, p. 1043 ; M. Lacaze, « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* 2012, étude 5.

[90] Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC ; *AJDA* 2010, p. 2373, note M. Verpeaux ; B. Mathieu, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le ''voile intégral''. La reconnaissance implicite d'un ordre public ''immatériel'' », *JCP G* 2010, p. 1930 ; A. Levade, « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée », *JCP G* 2010, p. 1978.

[91] Crim. 5 mars 2013, *Bull. crim.* n° 54 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 70, obs. M. Véron.

que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui, a rappelé la Cour de cassation. Elle a estimé que tel était le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage. Rien ne disait cependant que la Cour européenne des droits de l'homme verrait du même œil cette incrimination. Il a même parfois été prédit que cette loi aurait peu de chances de résister devant le juge européen. Le droit n'est décidément pas une affaire de prédiction, puisque la Cour européenne a conclu à l'absence de violation par cette incrimination des articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme[92]. Ce qu'il faut retenir, en substance de cette décision, est que la Cour a fait prévaloir, sur l'aspiration de certaines femmes à être entièrement voilées dans l'espace public, la nécessité de « *garantir les conditions du ''vivre ensemble''* » (consid. 141). Si cette position de la Cour européenne des droits de l'homme nous paraît salutaire, il faut surtout souligner qu'elle est frappante, tant on est habitué à voir plutôt la Cour européenne des droits de l'homme jouer le rôle de promoteur des libertés le cas échéant au prix d'interprétations très libres de la Convention européenne. De fait, à l'image de l'accueil qu'avait réservé la doctrine à la loi du 11 octobre 2010, les appréciations de cet arrêt ont été contrastées[93].

Lorsque le législateur pénal entreprend aujourd'hui de faire échec aux aspirations individualistes, il risque d'aller trop loin, à tout le moins de se le voir reprocher par certains. C'est le cas lorsque, comme ici, le droit pénal restreint les libertés individuelles pour protéger la société ; il peut en aller de même lorsque la pénalisation a pour moteur la protection de la personne, le cas échéant contre sa propre volonté.

30. Le droit pénal spécial contemporain a fait de la protection des mineurs un de ses grands objectifs, ce qui transparaît notamment des incriminations en matière sexuelle. La pleine liberté sexuelle n'est reconnue qu'aux personnes majeures. Sous réserve qu'elles consentent à l'acte sexuel, le droit pénal ne s'en mêle pas, ignorant même les relations sexuelles incestueuses dès lors qu'y ont librement consenti des personnes majeures. Le mineur, en revanche, n'est pas toujours en mesure de consentir valablement à un acte sexuel. Les atteintes sexuelles commises sans contrainte, menace, violence ou surprise, infractions imputables aux seuls majeurs et dont seuls les mineurs peuvent être victimes[94], assurent une accession graduelle des mineurs à la liberté sexuelle. Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, l'acte sexuel commis sur lui par un majeur sans contrainte, violence, menace ni surprise tombe sous la qualification d'atteinte sexuelle constitutive d'une mise en péril des mineurs[95], quand bien même le mineur aurait été pleinement consentant. Au mineur de plus de quinze ans, en revanche, la loi pénale reconnaît une certaine maturité qui lui permet de consentir à un acte sexuel, sauf lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait, ou bien par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions[96]. Même le mineur proche de la majorité se voit ainsi dénier par le droit pénal la liberté d'avoir une relation sexuelle par exemple avec un de ses professeurs. Le lien de confiance ou d'autorité qui existe entre ces personnes et le mineur fait craindre au législateur une emprise sur celui-ci qui justifie la présence du droit pénal. La protection du mineur à l'égard des actes sexuels commis sur sa personne a ensuite été étendue au domaine de la prostitution. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a incriminé le recours à la prostitution de mineurs, peu important que le mineur ait plus de quinze ans et qu'il soit consentant[97]. Fort bien, on peut comprendre que la protection des mineurs soit de nature à justifier cette restriction à la liberté sexuelle du client comme à celle du mineur, à supposer même que, hors contexte de la prostitution,

[92] CEDH, 1er juill. 2014, S.A.S. c/ France, n° 43835/11.
[93] V. par ex. H. Surrel, « Prise en compte prévisible de la singularité française du ''vivre ensemble'' », *JCP G* 2014, actu. 826 ; B. Bonnet, « La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public », *JCP G* 2014, libres propos 835.
[94] C. pén., art. 227-25 à 227-27.
[95] C. pén., art. 227-25.
[96] C. pén., art. 227-27.
[97] C. pén., art. 225-12-1, al. 1er.

celui-ci eut été libre d'avoir une relation sexuelle avec la personne qui a recours à lui[98].

31. Mais une fois le mouvement enclenché, le législateur l'a entretenu au-delà de la protection des mineurs, gagnant de proche en proche d'autres personnes. C'est ainsi que le recours à la prostitution de personnes présentant une particulière vulnérabilité a été à son tour incriminé par la loi nº 2003-239 du 18 mars 2003[99]. Les motifs de la particulière vulnérabilité, déclinés dans de nombreuses autres infractions au titre de leurs éléments constitutifs ou de leurs éventuelles circonstances aggravantes, tiennent à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse. Quand bien même l'une de ces causes de vulnérabilité n'entacherait en rien le discernement de la personne qui se prostitue, elle est protégée malgré elle et celui qui a recours à ses services commet ainsi un délit. En d'autres termes, le législateur fait découler de la vulnérabilité de la personne son inaptitude à décider librement de se prostituer. Il reste alors un dernier pas à franchir, ce que certains parlementaires sont tentés de faire : il n'y a plus qu'à incriminer de façon générale, au-delà des cas particuliers précités, le recours à la prostitution d'autrui. Tel est l'objet de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, adoptée par l'Assemblée nationale le 4 décembre 2013. Cette proposition laisse songeur. Son présupposé, d'abord, qui transparaît des travaux parlementaires, n'est pas dépourvu d'artifice par sa perception réductrice de la réalité de la prostitution, ramenée à un stéréotype qui, aussi souvent soit-il vérifié en pratique, n'épuise pas tous les aspects de la prostitution. Il est fait état, en effet, de la nécessité de protéger la femme de l'exploitation de l'homme, ce qui est faire peu de cas des prostitués hommes et oublier que les personnes ayant recours à la prostitution d'autrui peuvent aussi être des femmes. Il en va de la dignité de la femme, estiment les promoteurs de cette réforme, mais elle semble, à l'aune de la peine prévue, somme toute réduite à peu de choses. La montagne devait en effet accoucher d'une souris, car l'infraction n'était destinée qu'à constituer une contravention de la cinquième classe. L'incrimination n'irait pas d'ailleurs sans quelque paradoxe, pour ne pas dire contradiction. L'infraction ainsi envisagée ne serait imputable qu'au client, la personne prostituée n'étant pas, dans la conception que s'en fait notre droit pénal, l'auteur possible d'une infraction mais une victime ; à telle enseigne que la même proposition a également pour objet de dépénaliser le racolage public, aujourd'hui incriminé à l'article 225-10 du Code pénal. Autrement dit, cette proposition de loi ne remet pas en cause le fait que la prostitution est en soi une activité licite, elle étend même la portée de ce caractère par la suppression du racolage public. Ainsi la personne prostituée ne pourrait se voir reprocher son activité et pourrait librement s'adonner au racolage, tandis que le client qui y répondrait favorablement tomberait sous le coup de la loi pénale ! Enfin, fondamentalement, l'appel fait à la dignité pour justifier l'incrimination du recours à la prostitution d'autrui, autre qu'un mineur ou une personne particulièrement vulnérable, révèle un changement de paradigme. À la personne majeure, ne présentant aucune cause de vulnérabilité particulière et qui entendrait librement se prostituer, le législateur veut opposer l'idée qu'il se fait de sa propre dignité pour l'empêcher, *de facto*, de se livrer à la prostitution par la sanction dont il menace le client... Le caractère réversible de l'argument de la dignité, bien connu, se manifeste encore ici. Invoqué là, par exemple par les partisans d'une dépénalisation de l'euthanasie, pour appeler à un recul du droit pénal dans le sens d'une promotion de la volonté individuelle, il est convoqué ici pour, au contraire, justifier une restriction de la liberté individuelle. Les faiblesses de cette proposition ont ainsi amené la Commission nationale consultative des droits de l'homme à adopter, dans son avis du 22 mai 2014 sur cette proposition de loi, une position en défaveur de la pénalisation du recours à la prostitution d'autrui. En matière de prostitution, estime-t-elle, la répression devrait être limitée à l'exploitation de la prostitution d'autrui et à la traite à cette fin ainsi qu'à la prostitution des mineurs et des personnes vulnérables. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a été entendue par le Sénat. Le 8 juillet 2014, sa commission spéciale s'est prononcée en faveur de la suppression de l'incrimination.

32. Le rigorisme de cette proposition de loi évoque, par l'effet d'un contraste, ce qui a pu sembler, également dans le domaine de la

[98] Qui peut lui-même être un mineur.

[99] C. pén., art. 225-12-1, al. 2.

liberté sexuelle mais dans un autre contexte, procéder à l'inverse d'un excès de libéralisme. L'on songe à ce fameux arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 février 2005[100] relatif à des pratiques sado-masochistes qui, par leur extrême violence à l'endroit d'une femme qui suppliait ses partenaires d'arrêter, avait valu à deux hommes d'être condamnés à des peines d'emprisonnement pour coups et blessures volontaires. La Cour européenne avait affirmé que « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du* libre arbitre *des individus* », et qu'il faut « *des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, § 2 CEDH, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* ». Cette promotion spectaculaire de la volonté individuelle sous couvert de pratique sexuelle méconnaissait le fait que la liberté sexuelle ne saurait justifier des atteintes aussi graves à l'intégrité physique et que le consentement de la victime doit à cet égard rester inopérant. Entre la tendance du tout répressif, qu'illustre la proposition de loi précédemment évoquée, et l'attrait du tout libéral, nos sociétés contemporaines ont bien du mal, en matière de sexualité, à trouver une juste mesure entre la protection de la personne contre elle-même et sa protection circonscrite à son absence de consentement. C'est l'un des défis, que notre droit pénal n'a pas fini de relever, que lui lance l'individualisme.

[100] CEDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique* ; *RTD civ.* 2005, p. 341 s. obs. J.-P. Marguénaud ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, chron. p. 2973.

4. Droit des personnes

Personnes : le changement c'est rarement ![1]

Jean Hauser
Professeur émérite de l'Université de Bordeaux
(Faculté de Droit – CERFAP)

Comme il est toujours agréable de se distinguer de collègues prestigieux qui écrivent dans un même numéro on insistera, *in limine,* sur le fait que le thème sur les « personnes » est profondément différent des autres thèmes en ce qu'il peut apparaître, en quelque sorte, comme primaire ou, sans faire référence à une quelconque notion philosophique, comme un donné, alors que les autres font partie du construit. Sans doute pourrait-on en discuter aussi pour le thème « La famille » mais d'aucuns – en dehors même de ceux qui l'ont haïe – ont pu n'y voir qu'une superstructure, fondue ici et là dans la tribu, dans le village, etc. Nul ne peut prétendre que la personne n'est qu'une superstructure et c'est sans doute pour cela qu'on l'a tant asservie, colonisée, embrigadée, emprisonnée, etc.

Foin donc de ces hésitations en ce qui concerne la personne. *A priori* d'ailleurs, elle n'est pas une notion juridique mais une notion pré-juridique. S'il n'y avait point de personne, il n'y aurait point de Droit !

1. La règle. C'est sans doute pour cette simple raison que le Code civil, dans sa structure première, ne consacre aucun texte, *stricto sensu*, à la personne. Certes, dans un plan qui n'est pas exemplaire, le Livre premier s'intitule bien « Des personnes » mais tout ce qui suit concerne, en réalité, les droits accordés (ou refusés) aux personnes mais pas la personne elle-même. Aussi bien on notera au passage que le pluriel utilisé – « des personnes » – signifie autre chose qu'une référence à « la » personne.

Ceci explique que l'introduction de la « personne » proprement dite ait conduit à un désordre de plan qui atteint, à notre époque, une dimension inquiétante. Au-delà des flonflons du bicentenaire, l'étudiant scrupuleux s'interrogera sur un titre 1 « Des droits civils » qui comporte des chapitres 2 et 3 mais pas de chapitre 1 ! Il est vrai qu'antérieurement, pendant un temps, l'intitulé du titre 1 était repris *expressis verbis* dans l'intitulé du chapitre 1 ! Faut-il vraiment citer encore le Code civil – de notre temps – comme exemple aux étudiants ?

Le changement ce serait donc de proposer un véritable titre intitulé « De la personne » (et non des personnes) et de mettre de l'ordre dans ce fatras où l'on trouve de tout sur la protection de la vie privée, la présomption d'innocence, le droit à la preuve, le respect du corps humain, le tout au prix de seize articles indexés (et même doublement), y compris un article sur l'utilisation des

[1] Les notes seraient innombrables. Outre qu'on trouve les références partout, les notes auraient conduit à augmenter de façon considérable le volume si on devait les citer toutes. N'en citer que certaines aurait mécontenté ceux qui n'y étaient pas et encouru le reproche justifié d'arbitraire. Conclusion : sans notes !

techniques d'imagerie cérébrale (art. 16-14). On le sait bien, le Livre premier du code est devenu un fourre-tout duquel il faut extraire « la » personne pour apercevoir ce que serait un embryon de théorie générale ayant seule vocation à figurer dans un code.

2. Si la règle ne change pas dans ses principes, du moins depuis fort longtemps, ce qui change ce sont les formes des problèmes auxquels elle s'applique. La protection de la vie privée reste soumise au même principe mais son application change en fonction des moyens mis à la disposition de l'Homme et on peut en dire de même de la protection du corps humain, etc.

Si l'on procède donc à cette opération d'extraction, que constate-t-on quant au changement possible du « droit de la personne » (voire du droit de la personnalité) ? En apparence le changement est profond. D'abord, pour les amateurs d'exégèse, il y a des textes, alors qu'avant il n'y en avait guère et qu'on se contentait de principes généraux ou d'une jurisprudence parcimonieuse. Il y aurait donc un changement dans les sources (I). Ensuite, il y a des principes solennels dont certains seraient sans doute mieux placés dans une Constitution qui aurait un vrai contenu (mais, selon le célèbre mot de Carbonnier, c'est le Code civil qui est la vraie Constitution de la France !) (II). Au total un apparent changement mais qui tient plus à un développement du contentieux, lié à la « juridicisation » des relations sociales, qu'à un changement fondamental qui remonte beaucoup plus loin dans le temps.

I. Le changement apparent des sources ?

On reste abasourdi par le changement apparent des sources qui se traduit formellement par l'abondance d'articles supplémentaires, parsemés ici et là, et on pourrait en déduire que le droit de la personne est devenu légaliste. L'apparence est trompeuse. De changement il n'y a pas eu, ou si peu… En réalité derrière des articles souvent pompeux, traduisant le goût immodéré de notre législateur pour les affirmations solennelles de la loi spectacle et un certain gongorisme du style, la réalité est souvent ailleurs et tient plus au bon sens qu'à un prétendu changement « hiératisé » par un législateur qui se voudrait orchestrer un changement fondamental que forcément il croit historique. La prudence sur le thème du changement s'attache tant au changement législatif qu'au changement jurisprudentiel.

A. Un changement législatif fondamental ?

1. Pour le lecteur non averti la date de 1970 représenterait le symbole du changement. Pour la première fois, dans un article 9, qui concernait, à l'origine, la déclaration de nationalité, rendu libre par une loi de 1927, le législateur français affirme que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Le changement, s'il y a, a un petit relent d'individualisme, de volets clos, de cabinet noir, de concierges infidèles avec des bouilloires sur le feu, de trous de serrure et se modernisera longtemps après avec le concours des paparazzis, des téléphones portables et de l'internet…

Est-ce à dire que l'apport du texte remplit une lacune et constitue un changement fondamental ? On en doutera sérieusement. Tout d'abord la protection du domicile et de son intimité est très antérieure et, même si elle n'atteint pas théoriquement la protection de la personnalité, elle y contribue fortement. Le droit pénal n'était pas novice sur cette question. Ensuite ledit droit s'est traduit, depuis très longtemps, par la protection du secret des correspondances qui est antérieur même au Code civil. La jurisprudence et la doctrine s'y sont essayées avec bonheur et qui se souvient que Gény lui-même s'y illustra en 1911 avec un ouvrage sur *Les droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français* ? Risquons la contre-épreuve : que se serait-il passé si le législateur s'était abstenu en 1970 ? Probablement rien ! La jurisprudence aurait continué, sur la seule base de l'article 1382 du Code civil, l'article factotum du droit civil, à développer une protection de la vie privée. La suite l'a bien montré et le changement n'a été que de façade sauf à rassurer les praticiens orphelins de textes et les législateurs avides de textes inutiles.

2. On ne peut reprendre les innombrables articles 16 et on se contentera du premier. Là encore l'affirmation a quelque chose de fondamental et annoncerait une véritable révolution si elle ne se limitait à un truisme, au moins dans les civilisations modernes. On peut, sur ce plan, dater le seul et « vrai » changement de l'abolition de l'esclavage qui a constitué une révision essentielle de la distinction de la personne et de la chose. Pour le reste l'avenir de l'article 16, sur les points essentiels, laisse pantois !

La référence à la dignité, fort à la mode dans les années 2000, n'a quasiment rien apporté à l'application du respect de la personne sauf à nourrir une littérature juridique abondante dont le rendement pratique reste mystérieux. Le changement eût été de tenter une définition de l'être humain dans le temps c'est-à-dire de définir le *dies a quo* et le *dies ad quem* de l'éternité... Mais voilà, la référence au « *commencement de la vie* » ressemble à ces palindromes juridiques qui peuvent se lire des deux côtés. Le bilan est simple : l'article 16 n'a rien changé. Le début n'est pas plus clair parce que la fabrication de la norme éventuelle a été polluée par les discussions idéologiques sur l'IVG, puis sur la suppression des embryons surnuméraires et sur leur utilisation à des fins de recherche et enfin sur la fin de vie. Quel changement invoquer ici ? Ce n'est point celui de la norme qui n'a, à peu près, servi à rien, mais simplement celui des problèmes posés du fait des évolutions techniques. Mais s'agit-il alors d'un véritable changement « juridique » ou plutôt d'un simple changement « de fait » lié à l'inexorable évolution de l'Humain ?

3. L'article 16-5 mérite-t-il de figurer au panthéon du changement ? L'interdiction de faire entrer dans le commerce le corps et ses dérivés a nourri des populations étudiantes friandes d'histoires où l'on vendait ses membres, ses organes, ses tatouages et maintenant son sperme, ses ovocytes, ses enfants, etc. On se contentait du principe d'indisponibilité du corps humain... Là encore ce n'est pas la règle qui a changé mais les problèmes posés à la règle.

Pourtant, si l'on reste dans ces articles 16, n'y a-t-il pas, pour certains, l'amorce d'un principe fondamental ?

4. Si l'on veut bien prendre l'article 16-11 du Code civil sur l'accès à la recherche des empreintes génétiques, il serait tentant d'y voir un principe nouveau annonciateur d'un véritable changement. Mais les limites qu'il prévoit ne sont-elles pas, d'une part, qu'une application, certes particulière, du droit au respect de la vie privée et, plus particulièrement en droit de la filiation (où l'interdiction contestable de la recherche *post mortem* – fruit des craintes d'un Parlement composé principalement d'hommes – pourrait bien conduire à une condamnation de la France) ? N'est-ce pas une application de ce qu'on osait appeler jadis « la paix des familles » ? Il faut bien voir que le jeu des courtes prescriptions en matière d'actions d'état avait le même but que ce régime restrictif des expertises biologiques. Le principe poursuivi n'a pas changé même si la technologie auquel il s'applique est nouvelle. Le changement n'est que de fait.

B. Un changement jurisprudentiel fondamental ?

1. En droit interne. On restera, là aussi, dubitatif, même si la progressivité d'un éventuel changement jurisprudentiel fondamental rend le diagnostic plus difficile à établir. Sur une base quasiment inexistante, la jurisprudence française a dû construire le droit des personnes et y insérer quelques principes fondamentaux, dans le respect tout de même des articles 4 et 5 quelque peu contradictoires. Si l'on s'en tient à l'exemple de l'indisponibilité de l'état – c'est-à-dire aux rapports entre le droit des personnes et le droit des contrats – la Cour de cassation n'a, à aucun moment, accompli de véritable révolution de principe sauf, comme précédemment, à s'adapter à la réalité des problèmes qui lui étaient posés. L'arrêt d'Assemblée plénière de 1991 sur la question dite des « mères porteuses » n'est que la version modernisée des arrêts sur la nullité des renonciations ou transactions en droit classique. Les arrêts tout à fait récents sur l'impossibilité d'établir un état civil à partir d'une procréation prohibée par la loi française ne sont que l'application, là encore modernisée, du principe *fraus omnia corrumpit*, appliqué en matière d'adoption ou encore de mariage. Une situation illégale ne peut produire des droits. On notera, à l'appui de cette petite démonstration, la raréfaction considérable des arrêts d'Assemblée plénière en matière de droit de la personne et la rareté des véritables arrêts de revirement. C'est plus d'évolution que de véritable changement dont il est question, quoi qu'en disent certains médias qui voient des révolutions et des changements partout faute de véritable culture historique.

2. Le changement viendrait-il de la Cour européenne des droits de l'Homme ? Là encore la prudence s'impose. Apparemment celle-ci se verrait – ou du moins ses commentateurs attitrés – à la pointe du changement en matière de droit de la personne. Mais ce changement porte-t-il sur les principes fondamentaux ou sur leur aire d'application, ce qui est toute autre chose ? Il n'est pas contestable que, pour ne prendre que le droit au respect de la vie privée, la Cour a

insufflé des changements au moins apparents dans la matière et la référence aux dispositions de la Convention par les juridictions nationales, Cour de cassation et Conseil d'État, est là pour le prouver. Mais la portée de l'affirmation doit être soigneusement mesurée.

Tout d'abord, pour une juridiction jeune, il est inévitable qu'au départ on ait, au moins, une impression de changement puisqu'il n'y avait rien avant ! De plus il sera de bonne guerre, pour asseoir son autorité, de souligner que l'on fait du « neuf intégral ». On peut estimer que le Conseil constitutionnel, depuis la création de la QPC, fait de même. Mais, comme le neuf ou le changement sont, par essence, imprévisibles ou peu prévisibles, la nécessité se fait jour rapidement – pour toute jurisprudence – de s'appuyer sur les précédents et donc de relativiser le changement. S'agissant de la Cour EDH, le phénomène nous paraît patent ces dernières années, les principaux commentateurs s'attachant manifestement à démontrer, avec plus ou moins de bonheur, une sorte de technique du précédent (parfois à partir d'*obiter dicta*) à laquelle nous n'étions guère habitués. Le « précédent » c'est le changement « soft » ou le changement invisible. On touche ainsi, là, les relations entre la prévisibilité du droit, la sécurité juridique et le changement qui ont, de tout temps, hanté les juristes (v., il y a quelques années, les échanges vigoureux sur la rétroactivité de la jurisprudence). Très souvent il s'agira, plutôt que de poser un principe prétendu nouveau, d'étendre le champ d'application d'un principe ancien faute de texte plus adapté. Le développement – excessif – du concept de protection de la vie privée par la Cour EDH, jusqu'à y comprendre le droit à la filiation, est très caractéristique de ce phénomène. En droit interne la jurisprudence a été, un temps, tentée de l'appliquer aux morts et à leurs cendres mais il ne s'agissait pas de changement mais seulement d'une extension – certes pharaonique – du principe de la protection du corps humain, extension rendue ensuite inutile par l'article 16-1-1 du Code civil.

Si l'on veut bien maintenant s'élever au-dessus du simple niveau des sources pour envisager celui du système juridique lui-même, dans son ensemble, appliqué à la personne, le tableau est-il fort différent ?

II. Le changement réel de la société ?

Aux propos relativistes qui précèdent, on pourrait être tenté d'opposer une vue plus large, qui ferait place à un véritable changement de fond, en faisant apparaître, au-delà de la relativité des sources du droit positif, quelques grands mouvements révélant un tournant essentiel en droit de *la* personne.

Le premier pourrait être qu'elle est devenue la « reine » du droit civil *des* personnes. Au fond l'individualisme constituerait ce symptôme du changement.

Le second pourrait être, peut-être corrélativement au premier, l'apparition d'une conventionnalisation en droit de la personne.

Dans les deux cas, si changement il doit y avoir vraiment, ce n'est point du changement, qu'invoquent trop souvent les politiques, dont il est question, mais du changement de société qui implique à la fois la profondeur et le long terme. On peut également en douter.

A. La personne au centre du droit

On notera que l'argument de la progression de l'individualisme en droit des personnes (et de la famille) est un très vieil argument, ressorti régulièrement (Roubier, après d'autres, dans la *théorie générale du droit*, titre déjà en 1951, sur les dangers de l'individualisme). On en présente souvent, comme la manifestation technique la plus nette, le glissement de l'ordre public de direction vers un ordre public de protection jugé plus simple et clairement individualiste. Il s'agirait là d'un véritable changement. On peut de nouveau en douter.

Outre que la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection est à peu près impossible à appréhender correctement, il serait tout à fait abusif de prétendre que l'ordre public d'aujourd'hui, en droit de la personne, est dépourvu d'ambitions directives. Le principe d'égalité des sexes, le principe de non-discrimination et bien d'autres, révèlent non pas une disparition de l'ordre public de direction mais une modification de son objet. Là, si l'on veut, il y a bien changement mais dans le contenu seulement de la norme et pas dans l'idée que l'État – ou la société – ont leur mot à dire en droit de la personne. Certes on pourrait toujours soutenir qu'il s'agit de protéger le sexe dit faible (!) encore que l'égalité joue dans tous les sens, ou encore la personne victime d'une distinction

injustifiée, mais l'argument ne fait que révéler la relativité de l'opposition direction-protection et l'on peut dire que l'ordre public de direction n'est que la réunion en une théorie sociale de l'ensemble des ordres publics de protection.

Il faut donc monter au-dessus de l'argument de l'individualisme pour apercevoir ce qui pourrait être un vrai changement. Il consisterait à construire l'ensemble du droit de la personne autour d'elle, sans aucune considération du milieu dans lequel elle évolue. Est-ce concevable autrement que dans des utopies qui ont existé sinon été appliquées ? Aussi bien, les libertés mises en avant dans la doctrine moderne et considérées comme essentielles sont-elles loin de se résumer à des libertés purement individuelles dans leur objet, même si elles le sont dans leur titulaire (l'expression « liberté individuelle » est amphibologique). La liberté de réunion, la liberté de s'associer, la liberté de religion, etc., en sont la preuve. Si donc, changement il y a, c'est un changement d'intensité selon les catégories de droits de la personne et on en voudra pour preuve que, le balancier étant allé un peu trop loin dans un sens, on voit fleurir des protestations dans l'autre. À l'action individuelle répondra l'action de groupe, à l'intérêt de l'individu répondra l'intérêt de la famille et à celui de l'enfant, fût-il supérieur (pour l'instant !), répondra celui des demandeurs d'enfant ou encore des parents divorcés, etc.

Il n'est pas niable que la « personne » a gagné des parts de marché en notre temps. Est-ce, pour autant, un changement fondamental ? On peut en discuter.

B. La personne au gré des conventions

La « conventionnalisation » du droit des personnes et du droit de la famille est devenue un thème récurrent et déjà bien étudié. Tout est contrat dans notre vie ! On serait tenté d'y voir, cette fois, un véritable changement. Qu'en est-il exactement ? On pourrait prendre comme exemple tant le droit du nom que celui du sexe ou encore celui de la procréation.

1. La tension, en droit du nom, est ancienne et permettait des cours très équilibrés entre un droit de la personnalité et un droit patrimonial... L'indisponibilité du droit au nom, parfois présentée comme un principe cardinal, a donc toujours été relative et le chemin est jonché d'arrêts célèbres. Même si notre époque, volontiers matérialiste malgré de nombreuses protestations hypocrites en sens inverse, a tiré le droit au nom vers le patrimonial, on ne peut parler vraiment de changement profond mais d'intensité diverse des deux analyses. Au fond le vrai changement ce serait que le nom sorte des éléments d'état civil – comme est en train de le faire le prénom – pour devenir un pur droit subjectif, une apparence voulue, sans rôle de police, remplacé par un numéro matricule ou les empreintes biométriques.

2. L'évolution en droit du sexe peut sembler plus fondamentale puisque, depuis la dernière décennie du XX^e^ siècle, l'indisponibilité s'est éloignée pour faire entrer le sexe dans le choix. L'exemple est intéressant car il permet, nous semble-t-il, de bien faire le départ entre l'évolution et le changement. Tant que, dans la foulée des arrêts des années 1990, la modification à l'état civil suppose la preuve d'une mutation physique et psychologique, on reste dans l'évolution puisque l'indisponibilité ne peut reposer que sur la réalité prouvée. À partir du moment, c'est le cas dans certaines législations (et peut-être progressivement en droit français ?), où la modification juridique est devenue *ad nutum*, on se trouve devant un vrai changement de principe qui, comme pour le nom, fait sortir la mention du sexe de l'état civil (ou du moins la fait se réfugier en marge des actes, ce qui est très symbolique).

3. On doutera plus que la conventionnalisation en droit de la procréation soit autre chose qu'une modification, certes considérable, des moyens, plus qu'une modification de la conception même de la procréation. Il s'agit toujours de père et de mère, de géniteurs ou de parents de « commande » (commanditaires selon le vocabulaire récent de la CJUE). Certes on va multiplier les fictions mais qui oserait dire que le droit de la procréation a été, dans l'histoire, avare de fictions (durées fantaisistes de la gestation, reconnaissances de complaisance, supposition ou substitution d'enfants, adoption d'enfants que l'on s'est procurés, etc.). On pourrait crier à la révolution fondamentale si l'on avait cru au diktat de la vérité biologique, soutenu un instant dans les années 1960. Mais les personnes ont toujours fait ce qu'elles voulaient et le juriste n'a jamais appréhendé que l'écume contentieuse. Le vrai changement ce sera (ou ne sera pas !) le jour où le droit admettra une « pluri-parenté » biologique, volontaire, principale, secondaire, etc., comme dans ces sectes où les enfants n'appar-

tiennent plus à leurs parents mais à la collectivité et où les femmes et les hommes ne seront plus ni pères, ni mères mais parents. On pourra ainsi, avec un vrai changement, réconcilier certaines mœurs tribales et... Robespierre, ce dernier en ayant rêvé un temps !

On pourrait voir, dans ces quelques lignes, la trace d'une certaine nostalgie qui conduirait, pour se protéger, à nier le changement, au grand dam des « changementistes » de tout poil. Il n'en est rien. Au fond qu'est-ce que le changement ? Il ne se définira pas de la même façon pour le myope ou le presbyte social, la différence gisant dans la culture historique, si maltraitée en notre temps !

La personne ne change pas en tant qu'objet de l'organisation juridique parce que ce qu'elle représente la dépasse et, en cela, il faut y revenir, le droit de la personne n'est certes pas à l'abri du « changement » mais on ne peut l'appréhender et le définir comme ailleurs. Ce qui se modifie dans la personne, parce qu'elle ne se baigne jamais dans un même fleuve selon l'image classique, ce sont ses désirs, son environnement, ses semblables, etc., mais si le fleuve s'écoule, il y a toujours un fleuve qui va inexorablement de sa source à son estuaire. C'est là l'originalité immarcescible du droit de la personne.

5. Droit de la famille

Les changements du droit de la famille

Anne-Marie Leroyer
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

En 1989, discutant du phénomène de l'inflation législative, Jean Carbonnier faisait cette injonction au législateur : réfléchissez avant d'agir ! Il relevait que la famille, pour fonctionner harmonieusement a besoin d'amour et d'affection, mais pas de droit. Vantant ainsi l'hypothèse du non-droit, il en appelait à faire une plus grande confiance dans la morale et les mœurs[1].

À contempler l'évolution du droit de la famille depuis les années 1960, on aurait le sentiment que ce vœu est resté pieu. N'a-t-on pas assisté, depuis lors, à un formidable essor du droit dans la famille ? Voici du droit, avec cette profusion de lois se succédant à un rythme de plus en plus soutenu, entraînant ainsi dans leur sillage les régimes matrimoniaux (1965, 1985), l'autorité parentale (1970, 1987, 1993, 2002), le divorce (1975, 2004), le nom de famille (2002, 2003, 2013), la filiation (1972, 1993, 2005, 2009), les successions (2001, 2006), la création du pacs (1999, 2006), le mariage (2013). Voici encore du droit plus fort avec les traités internationaux, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention internationale des droits de l'enfant et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voici aussi du droit avec la jurisprudence, celle du Conseil constitutionnel, non seulement saisi *a priori*, mais aussi *a posteriori* avec la QPC, celle de la Cour de cassation, qui participe à l'adaptation du droit de la famille à l'évolution des mœurs, celle des juges du fond, qui parfois résistent, parfois se divisent, celle surtout de la Cour européenne des droits de l'homme et plus récemment de la Cour de justice de l'Union européenne. Et il ne faudrait pas oublier le plus petit droit, celui des circulaires, celui qui nous vient d'autres autorités, qui par leurs avis influencent le grand droit : avis du CNCE, avis du Défenseur des droits, avis de l'Agence nationale de la biomédecine, ou encore avis de personnalités ou d'autorités *ad hoc*, parfois auditionnées lors des débats parlementaires pour les circonstances. Le premier constat est donc celui de la très grande complexité de l'élaboration du droit de la famille, en raison de cette particulière diversité des sources de ce droit.

À dire vrai, cette inflation n'est pas propre au droit de la famille, mais la prégnance du droit y est en réalité assez surprenante à l'heure où il est revendiqué que les affaires de familles soient du domaine privé. Il faut en effet comprendre le paradoxe qui frappe le droit de la famille d'aujourd'hui où l'on demande à la fois moins de juge et plus de lois. La déjudiciarisation du droit de la famille est en route depuis plusieurs années, où il est tenté de mettre en place des procédures de

[1] V. spéc., retransmis sur France culture, « La famille et le droit », émission présentée par C. Eliacheff, 28 août 2014 ; et *Flexible droit*, LGDJ, 7e éd. 1992, p. 31.

médiation et de conciliation, où il est encore tenté de remplacer le juge par le notaire, voire l'avocat ou bien les parties elles-mêmes, la contractualisation des rapports familiaux ayant le vent en poupe. On n'échappe pas parallèlement à une demande croissante de lois, pour tenir compte des unions hors mariage, des familles recomposées, des familles monoparentales ou encore homoparentales. C'est que le droit, dit-on, est censé suivre l'évolution des mœurs et se faire le reflet de la diversité des modes de vie contemporains.

Or, nul doute qu'un simple regard sociologique sur la famille force au constat de la diversité. Diversité des modes de vie en couple, avec toujours un déclin du mariage et une concurrence du Pacs. En 2013, l'INSEE relève presque 10 000 mariages de moins que l'année précédente, le nombre de mariage étant de 231 000. Depuis 1992, on constate une baisse des mariages de 36 %, tandis que le nombre de pacs continue de progresser, avec plus de 160 000 pacs en 2013, soit deux pacs pour trois mariages. À cet égard, le fait d'avoir des enfants n'a plus d'incidence sur le mode de conjugalité, puisque plus de la moitié des enfants naissent aujourd'hui hors mariage. Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, 7 000 mariages entre personnes de même sexe ont été célébrés, dans trois cas sur cinq entre deux hommes. Plus de 2 900 communes ont ainsi célébré un mariage entre personnes de même sexe, dont 14 % à Paris. Le nombre de pacs conclu entre personnes de même sexe qui représente 5 % de l'ensemble des pacs, l'est pour 57 % par des couples d'hommes, et pour 43 % par des couples de femmes. Il faut encore relever que le nombre de divorces, qui avaient connu un accroissement avec la réforme de 2004, est revenu à un taux constant. La situation des familles avec enfants est aussi très diverse. Les dernières enquêtes de l'INSEE indiquent qu'un enfant sur dix vit dans une famille recomposée, le plus souvent avec sa mère et un beau-parent. L'INSEE met aussi en relief l'augmentation du nombre de grands-parents, attestant d'un véritable *papy-boom :* à soixante-dix ans, huit personnes sur dix sont grands-parents, avec une moyenne de cinq petits-enfants après soixante-quinze ans. Or, ces grands-parents ont un rôle social, éducatif et économique très important auprès des petits-enfants. Par ailleurs, la manière de faire un enfant a aussi considérablement évolué. Les progrès scientifiques liés à la maîtrise de la procréation, et spécialement à l'insémination artificielle avec donneur, ont profondément ébranlé la vision traditionnelle de la parenté et les règles de la filiation. En outre, depuis la dernière grande réforme de l'adoption de 1966, cette dernière a changé de visage et l'adoption internationale s'est, pendant un temps, largement développée. Cela n'est pas sans conséquences et certains des enfants ainsi conçus ou adoptés s'interrogent sur leur histoire et souhaiteraient avoir accès à leurs origines personnelles.

Si sur beaucoup de ces questions, la réponse du droit se fait encore attendre, elle pourrait se revendiquer d'une certaine philosophie individualiste, celle qui au nom des droits de l'homme reconstruit le droit de la famille autour de l'individu, pour faire valoir les principes révolutionnaires d'égalité et de liberté. Lire le droit de la famille au prisme de ces deux principales valeurs permet d'en saisir assez bien l'évolution présente et d'en penser l'avenir. C'est ainsi au nom de l'égalité que fut réformé le droit de l'autorité parentale ou des régimes matrimoniaux, et c'est en son nom qu'est pensé aujourd'hui le droit des couples, mariés, pacsés ou concubins et que demain on pourra s'interroger sur l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. C'est également au nom de la liberté que fut libéralisé le divorce, que fut développé la place des accords ou pactes de familles et que demain on voudrait penser un divorce ou une autorité parentale sans juge.

Reste alors à constater quel visage présente le droit de la famille depuis les premières grandes réformes des années 1960. Il a certes considérablement changé, le modèle traditionnel que prônait le code civil, celui de la famille légitime, fondé sur le mariage, ayant quasiment disparu. Depuis lors, le droit a reconnu des formes diverses de conjugalité et diverses façons d'établir la filiation en et hors mariage, avec des parents de même sexe ou de sexes différents.

Nul doute que le droit de la famille présente un autre visage. Aussi, paraît-il important de saisir quelles sont les sources qui ont participé à ce changement, quelles sont les valeurs qui l'ont guidé et quelles conséquences il convient d'en tirer. Il sera ainsi possible de montrer que le nouveau droit de la famille est tiraillé entre des sources les plus diverses qui en rendent la lecture

difficile. Qu'il est gouverné en grande partie par une philosophie individualiste prônant les valeurs d'égalité et de liberté. Et que les modèles traditionnels que le droit des années 1950 mettait en avant ont aujourd'hui disparu, au profit de nouvelles figures plus délicates à saisir.

I. Des sources contemporaines disparates

Si l'on interrogeait l'étudiant en droit sur les sources qui, selon lui, ont le plus largement bouleversé le droit de la famille depuis une trentaine d'années, sans doute répondrait-il les sources internationales et la jurisprudence des droits de l'homme.

De prime abord, il ne serait pas dans le faux. Nul doute que la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'applicabilité directe est reconnue (articles 3-1 et 12, 16 et 37), a permis tant aux juridictions internes qu'internationales de faire évoluer le droit de la famille, que ce soit pour admettre l'égalité des enfants adultérins et légitimes (CEDH, *Mazurek c/ France*, 1er févr. 2000), pour exiger que l'État français reconnaisse, dans l'ordre interne, la filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger (CEDH, *Menesson et Labassee c/ France* 26 juin 2014), pour modifier les conditions de délivrance d'un agrément en vue d'une adoption par un homosexuel (CEDH, *Fretté c/ France*, 26 juin 2002 et *E. B. c/ France*, 22 janv. 2008), pour reconnaître le droit du transsexuel de se marier (CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juill. 2002) ou encore pour favoriser l'audition de l'enfant en justice, ou les conditions du regroupement familial (CEDH, *Mugenzi, Tanda Muzinga, Semingo Longue c/ France*, 10 juill. 2014).

À cela, il faut ajouter le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice qui, au nom de la libre circulation des personnes, de l'égalité entre les hommes et les femmes, ou encore de la citoyenneté européenne, viennent perturber la conception interne de la famille. Du règlement Bruxelles II *bis*, relatif à la matière matrimoniale et à la responsabilité parentale à l'arrêt *Garcia Avello* (CJUE, 2 oct. 2003) sur le nom, en passant par la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne, et la question des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en application de la directive 2006/54 (CJUE, 2 déc. 2013 – comp. CJUE, 19 mars 2014), on trouvera des illustrations de cette indéniable influence.

Et pour poursuivre sur les sources *supra* législatives, il ne faudrait pas oublier le Conseil constitutionnel qui, là, s'est autorisé à réécrire la loi de 1999 sur le Pacs par le biais de multiples réserves d'interprétation (DC 99-419 du 9 nov. 1999) et, ici, censure, à l'occasion d'une QPC, certaines dispositions législatives, relatives à la prestation compensatoire (QPC 2014-398 du 2 juin 2014) ou aux conditions de recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État (QPC 2012-268 du 27 juil. 2012).

Toutefois, il ne faudrait pas que l'ensemble de ces décisions, fort médiatiques, ne masque les positions réelles de ces juridictions en droit de la famille. La plupart du temps en effet, sur ces questions dites de sociétés, il en est appelé à la souveraineté nationale, à l'absence de consensus européen, ou encore à la marge d'appréciation des États. Dans de nombreuses décisions, le Conseil constitutionnel a pu ainsi refuser de se substituer au législateur pour apprécier soit la différence de situation entre les couples hétérosexuels ou homosexuels pour le mariage ou l'adoption (DC du 17 mai 2013, QPC 2010-92 du 28 janv. 2011, QPC 2010-39 du 6 oct. 2010), soit encore l'interdiction de recourir à l'expertise génétique *post mortem* dans le contentieux de la filiation (QPC 2011-173 du 30 sept. 2011). La Cour européenne conditionne également l'application de l'article 8 de la Convention européenne relatif à la protection de la vie familiale à la marge d'appréciation des États, justifiant qu'un État puisse maintenir un délai de prescription à l'action en recherche de paternité (*Konstandinis c/ Grèce*, 3 avr. 2014), l'interdiction du don d'ovule (*S. H. c/ Autriche*, 3 nov. 2011) ou encore un accès mesuré à la connaissance des origines personnelles (*Odièvre c/ France*, 13 févr. 2003 – comp. *Godelli c/ Italie*, 25 sept. 2012). Le plus souvent, la Cour européenne parvient à refuser d'admettre la violation de l'article 8, au motif de l'absence de consensus entre les États sur la question considérée (v. not. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* et les arrêts *Menesson* et *Labassee* sur le principe même de la GPA). Dans une ligne aussi restrictive, la Cour de justice sait revenir sur ses interprétations passées pour refuser un congé de maternité à la mère commanditaire, adoptant ainsi une vision plus naturaliste que sociale de la maternité

(CJUE, 18 mars 2014). Voilà pour les grandes sources, dont il faut ainsi relativiser l'influence en droit de la famille.

Reste donc les plus petites sources, celles dites *infra* législatives, de la jurisprudence aux avis des autorités ou personnalités, en passant par les circulaires. Là encore, il ne saurait être question de dresser un panorama des grands arrêts de la jurisprudence en matière familiale, mais simplement de constater l'évidence : oui la Cour de cassation a fait évoluer le droit de la famille. Rappelons à cet égard sa particulière audace dans l'interprétation *a contrario* des dispositions de la loi de 1972 relative à la filiation pour ouvrir les actions en contestation de paternité. Rappelons encore comment elle a fait entrer l'expertise génétique dans le contentieux de la filiation, en la considérant comme étant de droit sauf motifs légitimes de ne pas y procéder. Rappelons enfin comment elle sait trouver des palliatifs à l'absence de contribution légale aux charges du ménage entre concubins, en ayant recours à la théorie de l'enrichissement sans cause. Mais, il y a aussi des évolutions qu'elle a refusé d'admettre comme en atteste tout le contentieux relatif au mariage des personnes de même sexe, à l'adoption de l'enfant du partenaire, ou encore à la gestation pour autrui. Reste que ses décisions ne furent pas toujours suivies et que certaines de ses positions, notamment en matière de délégation d'autorité parentale (Civ. 1re, 24 févr. 2006 et 8 juil. 2010), ont pu conduire à une résistance des juges du fond, qui l'ont admis plus largement au profit de la compagne de la mère, en motivant leurs décisions par référence à l'intérêt de l'enfant (v. not. CA Paris, 1er déc. 2011 ; CA Paris, 30 janv. 2014). Des résistances, on passe parfois aux discordances en présence d'une question controversée, comme le fut celle relative à l'adoption de l'enfant de la conjointe de la mère, conçu par AMP à l'étranger (pour l'adoption : TGI Lille, 14 oct. 2014 ; TGI Clermont, 15 mai 2014 ; TGI Marseille, 11 mai 2014 – contre : TGI Versailles, 29 avr. 2014). Saisie pour avis, la Cour de cassation a pu récemment décider qu'une telle procréation réalisée à l'étranger ne faisait pas obstacle à l'adoption, écartant ainsi le motif de la fraude à la loi (avis nos 15011 et 15010 du 22 sept. 2014).

En une sorte de pot-pourri indigeste, il faudrait placer toutes les autres sources : les circulaires qui accompagnent chaque réforme de la filiation et qui ne sont pas sans incidence sur leur application. Ainsi, si l'ordonnance du 4 juillet 2005 a autorisé le Ministère public à agir en contestation de la reconnaissance paternelle, lorsque la filiation est invraisemblable ou en cas de fraude à la loi (article 336 du code civil), c'est à la condition, précise la circulaire du 30 juin 2006, que la reconnaissance mensongère ait été faite dans un but étranger à l'établissement du lien de filiation. Mais le Ministère public ne peut agir si le père a eu l'intention d'assumer les conséquences de la filiation. La circulaire introduit l'idée que la société se satisfera d'une reconnaissance de complaisance par faveur pour la paix des familles. C'est une vieille idéologie, mais la lettre de la loi n'y conduisait pas nécessairement. S'agissant des circulaires, on pensera bien entendu à l'une des dernières en date sur l'acquisition de la nationalité française pour les enfants nés d'un parent français à la suite d'une GPA (circulaire du 25 janvier 2013 sur la délivrance des certificats de nationalité française). Enfin, et c'est sans doute d'une relative importance aujourd'hui, le droit de la famille est très largement influencé par les avis d'autorités particulièrement sollicitées : le gouvernement a ainsi déclaré attendre l'avis du CNCE sur l'accès des couples de femmes à l'AMP pour plancher sur la question. Et puis, il faut citer toutes les autres sources d'inspiration, qui viennent du droit comparé (on importe des modèles, en les retouchant un peu comme le régime de participation aux acquêts qui nous vient du droit allemand), ou de l'économie (pour la création de barème en matière alimentaire). Sans compter les avis de personnalités diverses, membres d'associations, professionnels de l'enfance, médecins, psychanalystes, sociologues, anthropologues, ou représentants des principales religions, lors d'auditions parlementaires. Tout ceci devrait être source d'enrichissement, si ce n'est que, plus que jamais semble-t-il, sont craints les *lobbies* et la *vox populi*... C'est ainsi qu'on fait les lois, à la demande, au coup par coup, mais sans courage. Le droit de la famille mérite mieux, d'autres l'ont déjà dit.

II. La prégnance de la philosophie individualiste et des valeurs d'égalité et de liberté

Si l'on s'interroge maintenant sur les valeurs qui ont pu guider et qui guident encore les grands changements du droit de la famille, on en trouvera deux principales : l'égalité et la liberté.

L'idéologie égalitaire reçoit une consécration particulière en droit de la famille. L'égalité fut celle des enfants, des père et mère, des époux, plus largement elle devient l'égalité des modes de conjugalité, l'égalité des couples hétérosexuels et homosexuels, ou son corollaire la non-discrimination en raison du sexe, de l'identité sexuelle, ou de l'orientation sexuelle.

Sans développer toutes ces questions, on peut choisir deux illustrations de la manière dont l'idéologie égalitaire gouverne aujourd'hui les changements du droit de la famille, avec l'égalité de l'homme et de la femme et l'égalité des enfants et des parents.

Avec l'égalité de l'homme et de la femme, le droit s'attache à lutter contre les inégalités fondées sur les mœurs. Ainsi, c'est afin de modifier les rôles sociaux fondés sur le genre, qu'a pu être créé le congé de paternité et qu'a été modifié récemment le congé parental. Ces mesures sont destinées à inciter les pères à s'investir dans l'éducation des enfants, afin de libérer les mères et leur permettre de retourner plus aisément sur le marché du travail. Curieusement toutefois, les réformes récentes n'ont pas remis en cause certains îlots persistants d'inégalités pourtant assez largement fondées sur les mœurs. Si, à défaut de choix des parents, l'enfant porte le nom de son père (article 311-21 du code civil), c'est parce que cela est censé correspondre à la volonté implicite des parents et qu'en fait, la plupart du temps, l'enfant porte le nom du père. Le droit se plie donc aux mœurs inégalitaires. Une autre inégalité plus discrète transparaît dans le droit de l'autorité parentale, celle-ci étant dévolue à celui des parents envers lequel la filiation est établie en premier lieu, si le second parent ne l'a établie qu'un an après la naissance (article 372 du code civil). Est ici visé le cas où la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance, mais où le père ne reconnaît l'enfant que tardivement. Cette inégalité est maintenue au profit des mères, comme une survivance des solutions posées en 1970 pour les mères célibataires. Seule leur volonté pourra permettre un exercice commun par déclaration conjointe (article 372 du code civil). Tant pis pour les pères qui n'ont appris leur paternité qu'après la naissance.

L'égalité est aussi envisagée dans d'autres relations : celles des parents avec les enfants. De plus en plus en effet, sous l'influence notamment de la Convention internationale des droits de l'enfant, ont été mis en avant les droits de l'enfant, le nécessaire respect de sa personne et la prise en compte de sa volonté. En est résulté une assez large transformation de l'autorité parentale, aujourd'hui conçue comme une fonction dans l'intérêt de l'enfant. Le droit comparé offre d'ailleurs des modèles où la terminologie s'est fait écho de cette évolution, comme au Royaume-Uni, où dès 1989, le *Children Act*, utilisait l'expression de « *parental responsability* » pour mettre l'accent sur la charge pesant sur les père et mère. Le droit de l'Union européenne a emboîté le pas en utilisant cette terminologie (règlement Bruxelles II *bis*). S'il n'est pas étonnant de voir ainsi évoluer le droit de l'autorité parentale afin de considérer l'enfant comme une personne et non comme un objet, il l'est plus lorsqu'il s'agit de qualifier les relations entre ces membres de la famille. En effet, depuis la loi du 4 mars 2002, il est relativement à la mode d'évoquer pour décrire ces relations l'existence d'une « démocratie familiale ». Cette terminologie est utilisée pour faire entendre que l'enfant aurait le droit de pendre seul un certain nombre de décisions le concernant, compte tenu notamment de son âge. Il est alors considéré à égalité avec les adultes, soit qu'on souhaite consacrer ainsi une pré-majorité, soit que certains actes lui soient réservés, en raison de leur lien particulier avec sa personne (en matière médicale ou religieuse notamment). L'évolution du droit de la famille de demain pourrait bien emprunter ces chemins vers la démocratie familiale.

La liberté est une autre des grandes valeurs que le droit de la famille met en avant. La liberté est d'abord celle de choisir entre plusieurs des possibilités offertes par un droit pluraliste. Le pluralisme est ainsi une des facettes de cette liberté, pluralisme des cas de divorces, des régimes matrimoniaux, ou encore des modes de conjugalités. Mais le libéralisme se voit surtout dans la place croissante faite aux accords en matière familiale, accord pour divorcer, pour organiser l'exercice de l'autorité parentale, ou même pour organiser un concubinage. Cette confiance faite à la volonté des intéressés se vérifie encore dans les mesures en faveur de la médiation et de la conciliation, et également dans les propositions destinées à déjudiciariser le contentieux familial. C'est une des autres voies des changements à venir.

III. La disparition des modèles traditionnels

Il est certes possible de constater que l'évolution du droit de la famille a conduit à la disparition des modèles familiaux traditionnels, fondés sur le mariage et sur l'idée que le lien juridique de filiation ne devait être que le reflet d'un lien naturel.

Si l'évolution est connue, l'ensemble des conséquences qui devraient être attachées à la disparition de ces modèles sont loin d'être toutes actées.

A. Du mariage à la conjugalité

Depuis que le droit a admis la pluralité des formes de conjugalité et que toutes sont ouvertes à la fois aux couples hétérosexuels et homosexuels, ce n'est plus tant l'institution du mariage qui devient première que le fait de vivre en couple.

On est ainsi passé de la prégnance d'un modèle institutionnel fondé sur une complémentarité hiérarchique des sexes (I. Théry) et sur la prévalence de la filiation légitime, à la reconnaissance de la pluralité des modes de vie à deux et à l'égalité des filiations en et hors mariage.

Cette évolution soulève aujourd'hui au moins deux questions : celle de l'alignement progressif du droit des couples. Et celle de la place des enfants dans ces nouvelles formes de conjugalités, en particulier en présence d'une famille recomposée.

On pourrait se demander ce qui fonde aujourd'hui la spécificité de chacun des modes de conjugalité. Sans doute pourrait-on continuer à répondre : la force de l'engagement, puisque le mariage reste non seulement soumis à un ordre public plus fort, mais aussi octroie davantage de droits et oblige à plus de devoirs. Sans aucun doute également le mariage conserve une spécificité, parce qu'il est la seule institution civile ouvrant, en France, la voie au mariage religieux.

Il n'en reste pas moins que le pacte civil de solidarité suit de près le mariage, et que le législateur ne cesse de rapprocher les deux statuts, voire parfois de considérer simplement la vie en couple, incluant le concubinage, si bien que l'on peut s'interroger sur les raisons de ce rapprochement et sur ses limites.

À cet égard, une tentative d'explication pourrait être proposée (v. spéc. M. Saulier, *Le droit commun des couples*, thèse Paris 1, 2014). Dans certains cas, ce qui justifie l'alignement est simplement la prise en considération du fait d'une vie de couple. En effet, lorsqu'il faut protéger la victime de violences dans un couple, peu importe que ce couple soit marié, pacsé ou en concubinage. La protection doit être la même pour tous, c'est pourquoi le législateur a prévu que le JAF pouvait prendre une ordonnance de protection à l'égard de la victime des violences de la part du conjoint, partenaire ou concubin (articles 515-9 et suivants). Dans d'autres cas, à l'inverse la spécificité du mariage est mise en avant, et est alors évoquée la force particulière de l'engagement et la nécessité de protéger l'institution du mariage pour justifier que lui soient conservés des droits spécifiques. Est ainsi posée la question de l'extension de la pension de réversion réservée par la loi au conjoint survivant. La Cour européenne a pu ainsi considérer qu'un État pouvait limiter cet avantage au mariage pour en assurer la promotion, sans excéder sa marge d'appréciation (CEDH, 10 févr. 2011, *Korosidou c/ Grèce* et 21 sept. 2010, *Manenc c/ France*). Récemment la Cour de cassation s'est située dans cette même ligne, en considérant que « *la protection du mariage est une raison importante et légitime justifiant une différence de traitement entre les couples* » (Civ. 2e, 23 janv. 2014). En définitive, le fondement de ces solutions n'est guère satisfaisant. À la question « pourquoi ne pas étendre les droits des époux aux partenaires ou concubins ? », il ne peut simplement être répondu, « parce qu'il convient de protéger l'institution du mariage ». Sans doute serait-il préférable de savoir pourquoi le législateur ou les juges souhaitent protéger le mariage aujourd'hui. Une des raisons qui apparaît en filigrane au fil des lois et décisions est qu'il repose sur un engagement plus fort et que la société n'est pas indifférente à la force de cet engagement, censé participer au maintien de l'ordre public (v. ainsi Cons. const., 29 juill. 2011, no 2011-155 QPC, ou encore CEDH, *Schalk et Kopf c/ Autriche* et *Gas et Dubois c/ France*).

Les nouvelles formes de conjugalité mettent aussi à l'épreuve les relations des membres du couple avec les enfants d'une précédente union. Ceux qu'on appelle les beaux-parents sont considérés comme des tiers au regard du droit et doivent utiliser les techniques existantes pour créer éventuellement un lien de droit avec l'enfant de l'autre. Or, si ces techniques sont multi-

ples, elles ne sont pas toujours adaptées à leur situation. Les beaux-parents recourent parfois à l'adoption de l'enfant mineur du conjoint ou attendent la majorité de l'enfant pour réaliser une adoption unilatérale, en particulier à des fins successorales. Dans tous les cas, une seule adoption est possible, ce qui suppose, lorsque la famille s'est doublement recomposée, qu'un des beaux-parents prenne l'autre de vitesse (Civ. 1re, 12 janv. 2011). À défaut d'adoption, les beaux-parents sollicitent parfois une délégation-partage d'autorité parentale, afin de pouvoir notamment accomplir les actes usuels. Lorsque les deux parents sont vivants et exercent tous deux l'autorité parentale, une telle délégation suppose alors l'accord des deux, ce qui rend assez lourd et improbable le recours à cette technique dans cette configuration familiale. Enfin, la question de la séparation et du décès d'un parent n'est pas sans soulever des difficultés. En cas de séparation, le beau-parent évincé trouve quelque secours sur le fondement de l'article 371-4 du code civil sollicitant un droit à des relations personnelles avec l'enfant, mais cela suppose une relative entente avec l'ex-conjoint ou compagnon (compagne). De même, en prévision d'un décès, le parent avec lequel l'enfant réside peut demander au juge de prévoir que l'enfant sera confié au beau-parent survivant (article 373-3), mais cela suppose que ce parent exerçait alors seul l'autorité parentale. Il n'est donc guère de solutions adaptées à ces situations de recomposition familiale et si certaines solutions assez souples ont pu être proposées (mandat d'éducation quotidienne, allégement de la fiscalité pour les transmissions à titre gratuit), elles restent pour l'instant dans les limbes du droit (v. not. la proposition de loi votée par l'Assemblée nationale en première lecture le 27 juin 2014, qui a bien l'air en état d'abandon).

B. De la filiation fondée sur la procréation charnelle à la filiation volontaire

Le droit de la filiation s'est construit autour du modèle de la procréation charnelle supposant ainsi que l'enfant ait un double lien de filiation l'unissant à un père et une mère l'ayant procréé.

Ce modèle a longtemps gouverné tous les modes d'établissement de la filiation, que ce soit ceux du titre VII, de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur.

Ce modèle est aujourd'hui très largement reconsidéré, laissant place à de nouvelles conceptions du lien de filiation. L'évolution n'est toutefois pas encore aboutie.

L'évolution du droit donne plusieurs preuves de l'effritement du modèle de la filiation fondée sur la procréation charnelle.

À l'évidence, les modes d'établissement de la filiation, prévus au titre VII du Code civil sont fondés sur ce modèle. Tant l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, que la filiation paternelle par la présomption de paternité ou la reconnaissance, supposent que l'enfant est celui issu des relations charnelles entre ceux que la loi désigne alors comme père et mère. Certes, le titre VII connaît la possession d'état, qui fait une place à la volonté, mais qui cède devant une contestation portant sur la vérité biologique. Il a fallu attendre l'ordonnance de 2005 pour que la sécurité juridique vienne esquinter vraiment ce modèle en posant des prescriptions plus courtes, interdisant toute contestation des liens de filiations antérieurement établis, même s'ils s'avéraient contraires à la vérité biologique.

L'évolution est encore plus flagrante en ce qui concerne l'adoption. On sait que longtemps l'adoption fut considérée comme une fiction du droit. Cette conception trouve son origine historique chez les glossateurs du XIIe siècle qui, s'appuyant sur un passage d'Aristote selon lequel l'art imite la nature, construisirent un cadre juridique pour l'adoption. Au XIVe siècle, Bartole et Balde l'ont systématisée afin d'expliquer les conditions et les limites de l'adoption. Il s'agissait alors, pour les juristes du Moyen-Age, de limiter l'action du pouvoir politique par un fait objectif : la nature des choses (F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XIIe au XVIe siècle*, LGDJ, 1998). Cette théorie a eu pour conséquence de magnifier la filiation par procréation naturelle, censée être le modèle de toute filiation et de conduire à qualifier la filiation adoptive de fiction. La doctrine a ensuite continué à invoquer la fiction pour expliquer les conditions de l'adoption, et le droit a conforté cette analyse lorsqu'en 1966 a été créée l'adoption plénière et l'organisation de la dissimulation de la famille d'origine par la confection d'un nouvel acte de naissance de l'enfant adopté. Il s'agissait de faire comme si l'enfant adopté était né de ses parents adoptifs. Cette analyse de l'adoption a perduré jusqu'à ce

qu'une partie de la doctrine au XXe siècle en soulève le caractère critique et peu laudatif et qu'une nouvelle idéologie préconise, sous l'influence des psychiatres et psychanalystes, confrontés à la souffrance des adoptés, la nécessité de révéler l'adoption. Cette nouvelle conception s'est traduite par un effort fait pour écrire les actes de naissance non plus de manière littéraire, l'enfant étant indiqué comme « né de » ses parents adoptifs, mais par rubrique, l'enfant ayant alors pour père et mère ses parents adoptifs. Il a aussi été mis en évidence que le jugement d'adoption figurait en marge de l'acte de naissance de l'enfant, qui pouvait ainsi connaître l'existence de l'adoption par une communication de l'intégralité de cet acte.

Cette analyse de l'adoption comme une fiction du droit a été particulièrement vive lors des débats relatifs à l'adoption de loi du 17 mai 2013 et le Conseil constitutionnel a pris expressément position sur cette question en énonçant que « *aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé, ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique* ». Par ailleurs, le débat s'est aussi focalisé sur la manière d'écrire les actes de naissance des enfants adoptés, car une écriture littéraire aurait conduit à l'invraisemblable. Depuis lors, la circulaire du 29 mai 2013 invite à écrire les actes par rubriques, l'enfant ayant ainsi pour père/mère les adoptants.

Il devrait donc être désormais acquis que l'adoption est une filiation *sui generis*, reposant sur la volonté, et dont les conditions n'ont pas nécessairement à suivre le modèle de la procréation charnelle.

La question de la prégnance du modèle d'une filiation reposant sur la procréation charnelle s'est retrouvée à propos de la filiation de l'enfant conçu par AMP avec tiers donneur. En effet, une réflexion s'est engagée depuis 1994 sur les modalités d'établissement de la filiation de l'enfant ainsi conçu. On sait que la maternité est établie par la mention du nom de la femme qui accouche dans l'acte de naissance, même en cas de don d'ovocyte, et que la paternité l'est par la présomption de paternité ou la reconnaissance, même en cas de don de sperme. À l'époque, nombre de critiques avaient pu être formulées sur le recours à ces modes d'établissement, qui conduisaient à concevoir la filiation de ces enfants comme une pseudo filiation reposant sur la procréation charnelle. Pourtant, le parti a longtemps été pris de maintenir cette fiction pour ne pas stigmatiser les familles, pour ne pas révéler la stérilité, et ainsi cacher le don. La médecine se prêtait largement à cette manœuvre en organisant des appariements entre les couples receveurs et le donneur. Le système aurait pu tenir encore, sans compter la voix des enfants ainsi nés, qui ont été nombreux à demander l'accès à la connaissance de leurs origines personnelles, mettant en péril le système *Ni vu, ni connu* d'abord organisé. La réflexion d'avenir devrait conduire à la remise en cause de ce modèle emportant à la fois changement des modes d'établissement de cette filiation, dont les fondements sont volontaires, ouverture aux couples de femmes et accès aux origines personnelles (*Rapport, Filiation, Origines, Parentalité*, O. Jacob, 2014).

Voici un drôle de pari que le directeur de la *revue* m'a demandé de relever : parler en quelques pages des changements de la famille... Mais si le lecteur aborde désormais le droit de la famille avec l'attitude prudente du chercheur devant s'attendre à de multiples surprises, le pari aura été un peu relevé.

6. Droit des biens

Le changement en droit des biens

Romain Boffa
Professeur à l'Université Lille 2

Philippe Chauviré
Professeur à l'Université de Lorraine

1. Le réveil de Portalis – Que dirait Portalis si, tiré d'un sommeil que l'on croyait éternel, il prenait entre ses mains un code, son Code ? Parcourant rapidement l'ouvrage, il s'apercevrait d'abord que l'architecture en a été modifiée. Le triptyque simple – personnes, biens, relations entre les personnes et les biens – a été complété par deux nouveaux livres. Il n'est pas sûr qu'il retrouverait dans ce mélange de livres anciens et nouveaux l'élégant contraste produit par la pyramide du Louvre dans la cour du célèbre Palais[1]. Poursuivant son investigation, il se perdrait sans doute en lisant les articles qu'il ne reconnaîtrait guère. Il apprendrait ainsi que tout a changé, ou que tout est sur le point de changer !

2. Tout a changé ou va changer... – Le droit des personnes a profondément changé de visage. Portalis découvrirait que la vie privée est désormais protégée, tandis que la mort civile a été enterrée. Les majeurs protégés ont remplacé les incapables, et même les « imbéciles »[2]. Mais ceci n'est rien en comparaison des profonds bouleversements du droit de la famille. Il est inutile d'insister sur ce qu'il faut désormais appeler le droit du couple : le mariage pour tous a été consacré, tandis que le PACS offre un modèle d'union, concurrent ou complémentaire. Même le concubinage a fait son entrée dans le code civil : la loi n'ignore plus les concubins. Les relations pécuniaires ne sont pas en reste et Portalis serait sans doute surpris de découvrir que l'égalité entre époux a été proclamée, ou même que le régime dotal a été définitivement liquidé. Parallèlement, les successions et les libéralités ont été profondément remaniées, laissant entrer le mandat à effet posthume et les libéralités trans-générationnelles. Poursuivant son voyage dans le temps, Portalis observerait d'un regard attentif que les sûretés ont été dépoussiérées, avec l'introduction du pacte commissoire, et celle très fugitive de l'hypothèque rechargeable. Et le titre III, nous demanderait-il ? Nous pourrions lui promettre que le grand soir du droit des obligations ne saurait désormais tarder. Les projets de réformes, d'abord doctrinaux et désormais officiels, devraient aboutir à une refonte d'une partie significative du livre III du code civil.

3. ... Sauf le droit des biens – En somme, tous les aspects de notre droit civil ont évolué, à l'exception... du livre II, consacré aux biens et aux

[1] Pour un commentaire critique, voir R. Cabrillac, J.-B. Seube, « Pitié pour le Code civil ! (à propos de l'ordonnance nº 2002-1476 du 19 décembre 2002) », *D.* 2003, p. 1058.

[2] Article 489 du Code de 1804 : « *Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides* ».

différentes modifications de la propriété. Le droit des biens ferait-il figure de réserve naturelle, abritant des espèces protégées aussi nombreuses que les lapins de garenne, les abeilles des ruches ou les pigeons des pigeonniers ? Le bien par excellence, c'est encore la terre. Et l'exploitant, un paysan. Vestige d'une société rurale, déjà en voie d'essoufflement en 1804, le terreau du livre II du code civil aurait sans doute, avant d'autres, mérité d'être labouré par le législateur. Et pourtant, il est le seul à être resté en jachère. La matière est dès lors présentée comme figée. La dernière secousse qui l'a traversée remonte à la Révolution française, lorsque l'ordre féodal a été renversé, et que les pierres d'un droit de propriété rénovée ont été posées. Mais le choc a rapidement été amorti par les premiers commentateurs du Code qui n'ont pas pris la mesure du bouleversement opéré et ont continué, comme par habitude, à démembrer la propriété[3]. Loin d'être la preuve d'une parfaite adéquation du droit codifié aux besoins de l'époque contemporaine, cette somnolence traduirait en réalité l'épuisement[4] du droit des biens. La matière est-elle pour autant sclérosée, incapable de s'adapter au monde moderne, dominé par la révolution numérique et son cortège de biens immatériels ? Rien n'est moins sûr.

4. Par le Code et hors le Code – Le droit des biens ne se réduit pas au Code Napoléon ; ici comme ailleurs, l'interprète – juge et doctrine – mais aussi la pratique l'ont fait évoluer, pour l'adapter aux nouvelles données économiques et sociales. L'usufruit s'est par exemple émancipé de son usage familial pour devenir un outil performant de gestion patrimoniale, grâce à sa souplesse et à son régime fiscal attractif. Les figures de l'usufruit de portefeuille de valeurs mobilières ou des donations avec réserve d'usufruit en témoignent. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'influence européenne et notamment de la Cour européenne des droits de l'homme : quel juriste français aurait pu concevoir qu'une simple espérance légitime de créance constitue un bien protégé par la Convention européenne des droits de l'homme ? Et que dire des lois particulières qui ont, aux XIXe, XXe et XXIe siècles, sensiblement modifié le droit des biens ? Pour ne donner que quelques exemples, citons pêle-mêle la grande loi de 1957 sur le droit d'auteur[5], la loi sur la copropriété de 1965[6], la loi de 2007 sur la fiducie[7], la loi de 2010 sur l'EIRL[8]... Que dire encore de l'influence du droit de l'environnement ou du droit administratif ? Les nouvelles codifications gagnent les frontières du droit des biens, ainsi qu'en attestent les codes de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation ou encore du patrimoine. Ce n'est donc pas le droit des biens qui est rétif au changement, mais le livre II du code civil, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. Il en résulte que, resté à l'écart du mouvement, le code civil a laissé le droit des biens évoluer en dehors de lui. Le droit moderne des biens s'est donc construit, pour l'essentiel, hors le code civil.

5. Changer ? – Ce rapide état des lieux appelle deux observations. Premièrement, si le droit des biens a évolué, il est particulièrement difficile d'apprécier la mesure de ces changements. Le foisonnement des sources mises à contribution – pratique, doctrine, jurisprudence, loi et même Constitution[9] – prive sans doute ces évolutions d'une ligne directrice claire. Toutefois, il ne faut pas renoncer à mettre en évidence les changements les plus significatifs pour tenter d'en saisir le sens. Deuxièmement, c'est précisément parce qu'il s'est renouvelé hors de son champ naturel que la question de la recodification doit aujourd'hui être reposée. L'Association Henri Capitant s'est d'ailleurs employée à proposer un avant-projet de réforme, sous la direction de Monsieur Périnet-Marquet[10]. Maintenant qu'une brèche s'est ouverte, il est tentant de s'y engouffrer et d'imaginer le visage que pourrait avoir un droit des biens rénové[11].

[3] À tel point que le terme de « démembrement », pourtant absent du Code de 1804, est réapparu à l'article 815-5-1, à l'occasion de la loi nº 2009-526 du 12 mai 2009 de « simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ».

[4] Ou « un droit exténué », R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004*, *Livre du bicentenaire*, Litec-Dalloz, 2004, nº 2, p. 298.

[5] Loi nº 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

[6] Loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

[7] Loi nº 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

[8] Loi nº 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

[9] Depuis l'adoption de la loi constitutionnelle nº 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, le premier alinéa du Préambule de la Constitution est ainsi rédigé : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

[10] *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. « Carré droit », 2009.

[11] V. dans cette pespective, *L'avenir du droit des biens,* dir. R. Boffa, Lextenso, 2015, coll. « Grands colloques », à paraître.

Apprécier le changement en droit des biens, suppose ainsi de regarder à la fois derrière, pour faire un bilan des grandes évolutions récentes de la matière, et devant, pour rechercher des perspectives de réforme

Le slogan est donc tout trouvé : le droit des biens a changé (I), changeons le droit des biens (II) !

I. Le droit des biens a changé...

6. Adaptation et transformation – À la manière des espèces vivantes, le droit des biens est soumis à la théorie de l'évolution. Incarné dans le réel et confronté en cela aux mutations économiques et sociales de notre temps[12], le droit des biens n'a eu d'autre choix que de changer, pour ne pas mourir. À l'analyse, les mutations du droit des biens ont pris deux formes.

La première manifestation du changement du droit des biens est assez classique : il s'agit de l'**adaptation**. Au contact de nouvelles richesses et de nouvelles aspirations, les notions ancestrales du droit des biens ont trouvé une deuxième jeunesse. La capacité d'adaptation de ses règles montre à cet égard que notre code civil n'est pas un *corpus* contingent. Il contient des notions fondamentales qui sont éternelles telles que le bien, la propriété ou la possession. Juge et législateur ont alors recouru aux vieilles outres pour produire un vin de garde.

Mais l'autre forme du changement de la matière est beaucoup plus subversive. En ce début de XXIe siècle, le droit des biens s'est ensuite et surtout renouvelé par un processus de **transformation**. Dans cette perspective, il ne s'agit plus de donner une deuxième jeunesse à une institution, mais de la modifier, en lui conférant une autre définition. C'est ainsi que l'introduction de la fiducie a totalement transformé la théorie de la propriété ou que l'introduction de l'EIRL a radicalement altéré la théorie du patrimoine. Un vin nouveau a alors été produit grâce à de nouvelles outres, au risque d'y percevoir l'astringence d'un primeur.

En définitive, le droit des biens a changé, par l'effet tant de son adaptation (A) que de sa transformation (B).

A. L'adaptation du droit des biens

L'adaptation du droit des biens est double. Ses notions classiques ont été revisitées à l'aune à de nouveaux objets (1), mais également à de nouveaux besoins (2).

1. L'adaptation à de nouveaux objets

7. Dématérialisation du droit des biens – Si le livre II recense essentiellement des biens corporels lorsqu'il évoque les richesses, il n'en demeure pas moins qu'il consacre de manière générale la notion de bien. Selon la célèbre formule du Doyen Carbonnier, « le droit a recouvert d'un uniforme capuchon gris le monde bariolé des choses, le bien, cette abstraction »[13]. Cette catégorie abstraite permet d'intégrer les nouvelles richesses créées par les temps modernes. Que l'on songe pour s'en convaincre aux choses incorporelles. La notion abstraite de bien a ainsi permis d'accompagner le mouvement de **dématérialisation** des richesses. Pour ne donner qu'un exemple, emprunté au droit pénal, on sait que la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que le numéro d'une carte de crédit pouvait, en tant que bien, faire l'objet d'un abus de confiance[14]. Qu'est-ce donc qu'un numéro de carte de crédit sinon une chose qu'il est utile et possible de s'approprier ? Ce faisant, le juge fait entrer une richesse nouvelle dans la notion classique de bien[15]. À cet égard, on peut augurer que la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles est en train de supplanter la frontière dépassée qui sépare les meubles des immeubles, à bout de souffle[16].

Cette définition abstraite de la notion de biens se retrouve dans les rapports qu'entretiennent les personnes et les biens.

8. Possession – La notion de possession telle qu'elle est consacrée au code civil le révèle parfaitement. Dépassant une analyse matérialiste de la possession comme la maîtrise d'un corps, le code civil en adopte une conception abstraite : c'est la

[12] P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185.

[13] J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, nº 707.

[14] Crim. 14 nov. 2000, *D.* 2001, 1423, note B. de Lamy ; *RTD com.* 2001, 526, obs. B. Bouloc ; *Rev. sc. crim.* 2001, 385, note R. Ottenhof ; *Dr. pén.* 2001, comm. 28, obs. M. Véron et chron. 16, S. Jacopin ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. T. Revet.

[15] V. sur les biens nouveaux, H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010, nº 44.

[16] V. sur cette question, T. Revet, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* mars 2004, p. 20 s., spéc. p. 23.

« *détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit* »[17]. Défini en tant que pouvoir de fait, la possession peut parfaitement s'adapter aux nouveaux biens incorporels, à travers la possession d'un brevet, d'un titre financier ou d'une créance. Certes, la jurisprudence refuse d'en tirer les conséquences, en écartant l'application de la règle « *en fait de meubles la possession vaut titre* » de l'article 2276 du code civil aux biens incorporels[18]. Mais il s'agit là d'un choix de politique juridique et rien n'interdit de concevoir la possession d'un bien incorporel et d'en tirer, le cas échéant, toutes les conséquences[19].

9. Propriété – Et que dire de la propriété, définie comme une relation exclusive et absolue entre une personne et un bien à l'article 544 du code civil ? Cette relation d'appartenance s'est adaptée à tous types de biens : propriété des volumes, des quotas d'exploitation, de la voix, des éléments et produits du corps humain...

Ainsi, les « propriétés intellectuelles » sont des propriétés et, en tant que telles, soumises à l'article 544. Se présentant comme la relation de principe entre les personnes et les biens, la propriété est apte à saisir tous les biens sans égard à leur incorporalité ou à leur origine : comme tous les biens, les créations immatérielles entrent donc dans la sphère de l'article 544 du code civil et les nombreux textes qui en assurent la réservation ne sont que la mise en œuvre du droit de propriété relatif à ces différentes valeurs[20]. On sait que le Conseil constitutionnel, examinant la loi sur l'EIRL, a même consacré la notion de propriété des créances, en fondant sur la protection du droit de propriété la possibilité pour les créanciers antérieurs de former opposition à la création d'un patrimoine d'affectation[21]. Au reste, la conception du code civil de la propriété, comme un droit subjectif, est parfaitement dans l'ère du temps. La **fondamentalisation** du droit, sous l'impulsion du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, explique que la propriété ait une valeur supra-nationale – constitutionnelle et européenne. C'est en effet le droit subjectif par excellence, celui qui crée une relation d'appartenance entre une personne et une chose[22].

De ce point de vue, le droit des biens n'est pas sclérosé. Bien au contraire, ses notions fondamentales ont démontré leur formidable capacité d'adaptation à de nouveaux objets. Surtout, la logique de réservation individuelle des richesses est dans l'air du temps, au regard de l'exaltation européenne et constitutionnelle des droits subjectifs. Même à l'échelle du monde, la propriété n'a jamais été autant défendue, à mesure de l'effondrement du système communiste. Le droit des biens serait-il éternel ? Quoiqu'il en soit, le droit des biens s'est aussi adapté à de nouveaux besoins.

2. L'adaptation à de nouveaux besoins

9. Contractualisation du droit des biens – On voudrait ici mettre en exergue le rôle de la pratique, qui a eu recours aux techniques du droit des biens pour satisfaire leurs besoins. On est alors dans un mouvement de **contractualisation** du droit des biens. Les contractants instrumentalisent les vieilles techniques du droit des biens pour satisfaire leurs attentes.

10. Rôle de la pratique – Dans cette perspective, la pratique utilise des mécanismes en dehors du domaine pour lequel ils ont été conçus. On peut, pour s'en convaincre, évoquer le recours à la technique de la réserve d'usufruit à des fins d'optimisation fiscale. Le notaire connaît bien les donations avec réserve d'usufruit, qui permettent de réduire de manière conséquente le coût fiscal de l'opération. Il est même possible d'aller plus loin, et envisager une réserve de quasi-usufruit (usufruit de choses consomptibles) qui permet au disposant de conserver le droit de disposer du bien donné. Le donateur peut alors disposer du bien consomptible à charge d'en fournir la même valeur au terme convenu.

De même, les parties peuvent aménager le principe de libre circulation des biens, posé à l'article 537 du code civil, lequel est loin d'être absolu. On sait que l'article 900-1 du code civil, texte de droit des libéralités, autorise les clauses d'inaliénabilité, dès lors que l'inaliénabilité

[17] Nous soulignons.
[18] Com. 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *D.* 2006, 2897, note Kuhn et pan. 2363, obs. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2006, II, 10143, note Loiseau et I, 178, n° 3, obs. Périnet-Marquet ; *Defrénois* 2007, 70, obs. J. Honorat ; *Dr. et patr.* nov. 2006, p. 103, obs. Seube ; *RTD civ.* 2006, 348, obs. Revet.
[19] V. not. A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels,* préf. M. Cabrillac, thèse Dalloz, 2001 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels,* préf. L. Aynès, thèse LGDJ, Paris I, 2008.
[20] J.-M. Mousseron, T Revet et J. Raynard, « De la propriété comme modèle », in *Études Colomer,* Litec, 1993, p. 281 s.
[21] Cons. const., n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, *JO* 16 juin 2010, p. 10988 ; *RTD civ.* 2010, p. 584, obs. T. Revet.
[22] F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s.

répond à un intérêt sérieux et légitime. La pratique et la jurisprudence ont alors élargi le domaine de la règle, en instaurant des clauses d'aliénabilité dans les actes à titre onéreux[23]. Il s'agit de répondre à un besoin distinct de la raison initiale des clauses d'inaliénabilité : interdire à l'acquéreur de disposer du bien, afin de permettre au vendeur, créancier du prix, du pouvoir de saisir des biens.

On peut enfin mentionner les servitudes de non-concurrence, qui ont été validées par la jurisprudence[24]. Alors même que la servitude a été conçue en 1804 comme un rapport entre deux fonds de terre, la pratique en a fait un rapport entre deux exploitations, dès lors qu'il était possible de rattacher lesdites exploitations à un immeuble. La servitude n'est alors plus seulement au service de l'usage rationnel des sols : elle devient un instrument de gestion de l'activité professionnelle, notamment dans les centres commerciaux.

Tout ceci montre la capacité d'adaptation de notre législation civile. Les outils offerts par le droit des biens ne sont pas rendus obsolètes par l'écoulement du temps. Ils restent performants car ils sont susceptibles de satisfaire de nombreux besoins actuels, notamment en matière de gestion de patrimoine. De ce point de vue, les changements qui traversent le droit des biens s'opèrent somme toute de manière assez paisible.

Mais ce n'est pas tout. Si le droit des biens s'est adapté à l'époque moderne, il s'est surtout substantiellement **transformé**.

B. La transformation du droit des biens

11. Le changement quatre à quatre – Il est frappant d'observer que les techniques du droit des biens ont connu quatre grandes transformations, qui se sont toutes produites en ce début de XXIe siècle. L'heure n'est donc certainement pas à la sclérose du droit des biens, mais bien au contraire à celle de son changement. S'agissant de décrire, à travers le changement, un processus temporel, il convient d'envisager ces quatre profondes mutations de la matière de façon chronologique. En à peine cinq années, soit de 2006 à 2012, l'indivision a été personnifiée (1), la propriété est devenue fiduciaire (2), le patrimoine n'est plus indivisible mais affecté (3) et les droits réels sur la chose d'autrui ont conquis la perpétuité (4).

1. L'indivision personnifiée

12. Loi de la majorité – La première transformation est la réforme de l'indivision réalisée par la loi du 23 juin 2006[25]. Parce que l'indivision est une copropriété, c'est-à-dire une propriété qui s'exerce sur une chose commune, l'idée traditionnelle est que tous les indivisaires sont propriétaires du bien. C'est en cela que l'indivision se distingue de la personne morale, technique d'appropriation d'un bien qui passe par le truchement d'un être distinct de la personne des associés. Dans l'indivision, tous les indivisaires sont propriétaires du bien. Dans la personne morale, les associés n'ont qu'un droit de créance à l'égard de la société ou association, qui est seule propriétaire de la chose. Toutefois, cette frontière entre indivision et personne morale a volé en éclats avec la réforme du 23 juin 2006. En effet, traditionnellement n'importe quel acte de disposition de la chose commune supposait le consentement de tous les indivisaires, eu égard à leur qualité de propriétaire. Or, la réforme du 23 juin 2006 a permis – sous certaines conditions – aux indivisaires d'aliéner à la majorité des 2/3 les meubles indivis[26], tandis que la loi du 12 mai 2009 en a fait de même pour les immeubles[27]. Cette introduction du principe majoritaire tend à faire de l'indivision, une nouvelle forme de personne morale. En effet, comme on a pu l'écrire, « la loi de la majorité (que celle-ci soit simple ou qualifiée) est une technique de mise en œuvre d'un intérêt distinct de celui des sujets dont la décision

[23] Civ. 1re, 31 oct. 1997, arrêt nº 1186 FS-P+B, pourvoi nº 05-14.238.

[24] Com. 15 juill. 1987, *D.* 1988, 360, note Atias et Mouly ; *RTD civ.* 1989, 351, obs. Zenati – Civ. 3e, 24 mars 1993, *Bull. civ.* III, nº 45 ; *D.* 1993, somm. 306, obs. A. Robert ; *JCP N* 1994, II, 94, note Raffray ; *RTD civ.* 1993, 853, obs. Zenati.

[25] V. sur la réforme, Brenner, *D.* 2006, p. 2559 (gestion de la succession) ; Casey, *RJPF* 2007-1/10 ; Couzigou-Suhas et Claux, *AJ fam.* 2006, 313 (gestion de l'indivision successorale) ; Forgeard, *JCP N* 2008, 1146 (droit au partage) ; Héraud, *RLDC* 2009/65, nº 3617 (partage de l'indivision) ; Jambort, *Dr. fam.* 2006, étude 54 ; Leprovaux, *JCP N* 2006, 1381 (règles de gestion de l'indivision successorale).

[26] C. civ., art. 815-3 : « *Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité : 1º Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; 2º Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ; 3º Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ; 4º Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.* »

[27] C. civ., art. 815-5-1 : « *Sauf en cas de démembrement de la propriété du bien ou si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 836, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, suivant les conditions et modalités définies aux alinéas suivants* ».

contribue à former la décision majoritaire »[28]. L'indivision n'est plus une juxtaposition de propriétaires, elle tend à devenir, comme la personne morale, une communauté fédérée autour d'un intérêt collectif.

2. La propriété fiduciaire

13. 544 + 2011 = 2 propriétés – La deuxième transformation du droit des biens résulte de l'introduction de la fiducie par la loi du 19 février 2007[29]. Une telle réforme est venue complètement bouleverser le droit de propriété. En effet, la propriété ordinaire du code civil, celle de l'article 544 du code civil, est une propriété égoïste et exclusive : le propriétaire jouit et dispose de la chose dans son propre intérêt. La seule contrainte qui pèse sur lui est de respecter les lois et règlements. Tout autre est la propriété fiduciaire, en ce qu'il s'agit d'une propriété affectée, finalisée. Le fiduciaire, qui reçoit la propriété du bien, n'exerce pas ses pouvoirs dans son propre intérêt : il doit respecter l'affectation définie au contrat de fiducie et le non-respect d'une telle destination peut provoquer la déchéance de son droit. Mais est-ce encore de la propriété ? On peut se poser la même question à propos de la clause de réserve de propriété, introduite en 1980 dans le droit des procédures collectives et généralisée dans le code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006. La propriété est reléguée au rang de technique de garantie : le créancier reste propriétaire du bien jusqu'au paiement du paiement, mais il ne peut disposer du bien qu'à compter de la défaillance du débiteur. Curieuse prérogative, qu'une telle propriété reléguée au rang d'accessoire d'une créance. La propriété s'est donc transformée ou plutôt scindée. Il n'y a plus dans le code civil une propriété, mais des propriétés.

3. Le patrimoine affecté

14. Aubry et Rau concurrencés – La troisième transformation du droit des biens découle de la consécration de l'EIRL par la loi du 15 juin 2010. Une telle réforme est venue bouleverser la définition classique du **patrimoine.** On sait depuis Aubry et Rau que le patrimoine a été conçu comme une émanation de la personnalité. Il s'agissait, comme l'a montré Frédéric Zenati, d'une théorie des temps modernes, en lien avec la conceptualisation du sujet de droit[30]. Eu égard au fait que c'est autour du sujet de droit que s'organisent les rapports juridiques, il est logique que le patrimoine se constitue autour de la personne. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que la théorie classique du patrimoine a principalement été critiquée par des auteurs publicistes comme Duguit, qui nient la notion de sujet de droit, au profit d'une analyse objective autour de l'idée de situation juridique. De ce que le patrimoine était une émanation de la personnalité, il en résultait que la personne ne pouvait avoir qu'un patrimoine, puisque l'être est indivisible : tous les biens et les dettes de la personne sont agrégés autour d'une seule enveloppe : le patrimoine. Ce dogme n'avait pas vraiment été ébranlé jusqu'à l'introduction de la fiducie et surtout de l'EIRL[31]. On sait que l'EIRL permet à l'entrepreneur de créer un ou plusieurs patri-

[28] F. Zenati et T. Revet, *Les biens,* 3e éd., PUF, 2008, nº 351.

[29] V. sur la fiducie, Aynès, *RLDC* 2009/60, nos 3441 et 3443 ; Barrière, *JCP N* 2009, 1291 ; Blanluet et Le Gall, *JCP G* 2007, II, 169 ; Bouteiller, *JCP E* 2007, 1404 ; Champaud et Danet, *RTD com.* 2007, 728 ; Dammann, *RLDC* 2009/60, nº 3442 (procédure collective) ; Delfosse et Péniguel, *Defrénois* 2007, 581 ; Douet, *Dr. fam.* 2007, étude 26 ; Dupichot, *JCP G* 2007, actu. 121 ; *JCP G* 2009, I, 132 (fiducie-sûreté) ; Kaczmarek, *D.* 2009, chron. 1845 (propriété fiduciaire et droits des intervenants) ; Kuhn, *Dr. et patr.* avr. 2007, p. 32 ; Lajarte, *RLDC* 2009/60, nº 3445 (droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie) ; D. Legeais, *RTD com.* 2007, 581 ; S. Piedelièvre, *Gaz. Pal.* 2007, doctr. 1526 ; Prigent, *AJDI* 2007, 280 ; Rochfeld, *RTD civ.* 2007, 412 ; Turot, in *Mélanges Le Gall*, Dalloz, 2010, p. 279 (neutralité) ; Libchaber, *Defrénois* 2007, 1094 et 1194 (aspects civils) ; F.-X. Lucas et Sénéchal, *D.* 2008, chron. 29 (fiducie ou sauvegarde) ; Mallet-Bricout, in *Mélanges Larroumet*, Economica, 2010, p. 297 (fiducie et propriété) ; *JCP N* 2010, nº 1073 (fiduciaire propriétaire).

[30] V. sur l'EIRL, D'hoir-Lauprêtre, *Dr. et patr.* avr. 2006, 30 (patrimoine de l'entrepreneur individuel : outil de crédit... ou de discrédit ?) ; Savary et Dubuisson, *Dr. et patr.* juill.-août 2009, 38 (petit panorama des protections de l'entrepreneur individuel) ; Viguier, *D.* 2009, 175 (protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise) ; Savary et Dubuisson, *Dr. et patr.* avr. 2009, 38 (proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité ») ; *ibid.* mai 2009, 30 (limites et attributs de la « pro-personnalité ») ; *ibid.* 34 (la « pro-personnalité » à l'épreuve de la pratique) ; *ibid.* 38 (le concept de « pro-personnalité » face aux conceptions voisines) ; Terré, *JCP G* 2010, nº 1328 (la personne et ses patrimoines) ; Roussel et Van Steenlandt, *JCP N* 2011, nº 1093 (le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine) ; Barreau, *Defrénois* 2011, 529 (dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial) ; colloque, *Gaz. Pal.* 2011, 1910 (entreprise et patrimoine, destins croisés) ; Legrand, *D.* 2011, 2485 (déclaration d'insaisissabilité et EIRL : le couple parfait ?) ; Mekki, *JCP G* 2011, 1258 (le patrimoine aujourd'hui) ; Legrand et Vallansan, *JCP N* 2012, 1015 ; *Rev. proc. coll.* 2011, étude 30 (déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL : quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ?) ; Kuhn, *Dr. et patr.* févr. 2012, 30 (des patrimoines et des hommes) ; Crocq, *Dr. et patr.* mars 2012, 26 ; *RLDA* févr. 2012, 111 (transparence et patrimoines d'affectation) ; Beyneix, *LPA* 3 avr. 2012 (apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL) ; Dubuisson, *D.* 2013, 792 (patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'entrepreneur individuel) ; Lauvergnat, *JCP G* 2013, nº 791 (l'entrepreneur individuel et ses créanciers : existe-t-il un droit à ne pas être saisi ?) ; Legrand, *JCP G* 2014, nº 287 ; *Rev. proc. coll.* 2013, étude 31 (EIRL et déclaration d'insaisissabilité : quel bilan ?) ; Reverdy, *LPA* 10 et 14 janv. 2014 (protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel) ; Cayol, *LPA* 3 juin 2014 (le patrimoine d'affectation, technique de protection des biens personnels de l'entrepreneur) ; Legrand, *ibid.* (le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation).

[31] V. sur cette question, R. Boffa, *La destination de la chose,* thèse, Defrénois, 2008.

moines d'affectation distincts de son patrimoine personnel. Il en résulte une scission, un éclatement du patrimoine. Là encore, il n'y a plus un patrimoine, mais des patrimoines.

4. Le droit réel perpétuel

15. La descendance de *Caquelard* – Enfin, la quatrième transformation n'est pas l'œuvre du législateur, mais de la Cour de cassation. Nous faisons évidemment référence au célèbre mais funeste arrêt *Maison de Poésie* rendu par la Haute juridiction le 31 octobre 2012[32]. Il s'agit d'une profonde transformation de la notion de **droit réel,** entendu comme un droit sur la chose d'autrui. Avant même cet arrêt, la Cour de cassation n'a eu de cesse de consacrer de nouveaux droits réels qui viennent se heurter au droit de propriété. Ainsi, après être longtemps resté lettre morte, l'arrêt *Caquelard* du 13 février 1834, qui a fermement condamné la doctrine du *numerus clausus* des droits réels, est aujourd'hui doté d'une vigoureuse descendance. Ainsi, la Cour de cassation a récemment consacré la possibilité de constituer un droit de jouissance exclusif sur les parties communes d'un immeuble en copropriété, qualifié de droit réel et perpétuel[33]. Elle a encore jugé que le droit de crû et à croître, c'est-à-dire le droit d'exploiter des arbres situés sur le sol d'un fonds appartenant à un tiers, pouvait constituer un droit perpétuel non susceptible de s'éteindre par le non-usage trentenaire[34].

16. *Maison de Poésie* : la boîte de Pandore ? – Mais elle a encore fait mieux dans son fameux arrêt *Maison de Poésie* du 31 octobre 2012 en énonçant, au visa des articles 544 et 1134 du code civil, que « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien* ». On aura reconnu l'une des propositions phare de l'avant-projet de réforme du droit des biens réalisée sous l'égide de l'Association Capitant, permettant de constituer un droit de jouissance spéciale pour une durée de trente ans. Mais l'arrêt commenté va beaucoup plus loin dans la mesure où le droit en cause avait été constitué pour toute la durée d'existence d'une fondation. Si l'on calque la durée d'un droit réel non plus sur la vie humaine comme pour l'usufruit, mais sur la vie artificielle des personnes morales, cela le destine à la perpétuité. Voilà donc un droit réel sur la chose d'autrui qui a vocation à la perpétuité, en dehors de toute utilité pour un fonds dominant. Les potentialités d'une telle solution sont infinies dans la mesure où le propriétaire va pouvoir concéder à un tiers et à titre perpétuel l'utilisation de sa chose pour un usage environnemental, culturel, industriel, commercial, sans avoir à utiliser la technique contraignante de la servitude. Reste qu'il convient de ne pas se laisser éblouir par une telle solution, qui rompt incontestablement avec notre conception de la propriété. Que reste-t-il du droit de propriété s'il est amputé, à titre perpétuel, d'une partie de la jouissance ? Il semble que derrière la modernité de la solution se cache un retour à une conception médiévale de la propriété, qui n'est plus un droit exclusif qui absorbe toutes les utilités de la chose, mais une propriété-jouissance. La chose se pulvérise en utilités et ce sont les utilités de cette chose qui sont désormais appropriées. À quand le retour à la division du domaine éminent et du domaine utile des romanistes ?

En définitive, il apparaît que les notions fondamentales du droit des biens ont été transformées en ce début de XXIe siècle. La propriété, le droit réel, le patrimoine et l'indivision ont été profondément bouleversés en à peine cinq années. C'est donc un véritable tsunami qui a secoué l'ensemble de la matière. Après que la marée s'est retirée, il est aujourd'hui temps de reconstruire. L'heure de la refondation du livre II du code civil est sans doute venue.

16-1. Le changement du changement ? – Signe de ce que le droit des biens n'est définitivement pas une matière figée, la Cour de cassation est venue préciser sa position, alors même que cette *revue* était sur le point d'être publiée[35]. Ainsi, par un arrêt du 28 janvier 2015, promis à la plus large diffusion (B+R+I), la Cour de cassation, après avoir rappelé que « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien* » a jugé que « *lorsque le propriétaire consent un droit réel,*

[32] Civ. 3e, 31 oct. 2012, nº 11-16.304, *D.* 2013, 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; *RDI* 2013, 80, obs. J.-L. Bergel ; *JCP G* 2012, 2352 note F.-X. Testu ; *RDI* 2013, 80, note J.-L. Bergel ; *RLDC* 1er févr. 2013, 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; *LPA* 16 janv. 2013, note F.-X. Agostini ; *Defrénois*, 2013, 12, note L. Tranchant ; *RTD civ.* 2013, p. 141, note W. Dross.

[33] Civ. 3e, 2 déc. 2009, *Bull. civ.* III, nº 266.

[34] Civ. 3e, 23 mai 2012, *Bull. civ.* III, nº 84.

[35] Les auteurs remercient Nicolas Balat et Étienne Casimir d'avoir accepté l'ajout de ces quelques lignes en urgence, alors même que la publication était imminente.

conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil »[36]. Était en cause un droit d'usage consenti à EDF sur un lot de copropriété sans aucune limitation de durée. La solution semble condamner la vocation à la perpétuité du droit réel de jouissance spéciale, ce dont on ne peut que se réjouir. Le droit réel sur la chose d'autrui consenti à une personne morale ne peut excéder trente ans, par application des articles 619 et 625 du code civil, ce qui permet de régénérer la propriété. Néanmoins, la prudence reste de mise, dans la mesure où la Cour de cassation semble indiquer que l'exclusion de la perpétuité et l'extinction trentenaire du droit n'opèrent qu'à défaut de limitation temporelle prévue par les parties. Un esprit sournois pourrait alors soutenir que lorsque les parties ont pris soin de prévoir qu'un droit réel durait, comme dans l'arrêt *Maison de Poésie*, pour toute la durée d'existence d'une personne morale, il y a là une limitation de durée. En effet, même si les personnes morales ont potentiellement vocation à la perpétuité par le biais de prorogations successives, il n'en demeure pas moins que la durée de vie d'une personne morale constitue une limitation de durée qui ne se confond pas avec la perpétuité. Devra-t-on appliquer, même dans cette hypothèse, les dispositions des articles 619 et 625 du code civil ? Et que décider lorsque les parties auront expressément stipulé une durée de 31 ans, de 99 ans et même une durée équivalente aux 100 000 soleils évoqués par le Doyen Cornu ? Il y a là une limitation de temps prévue par les parties qui semble empêcher, à lire l'attendu à la lettre, l'application des dispositions des articles 619 et 625 du code civil. Le droit réel de jouissance spéciale consacré par la Cour de cassation n'a donc pas dévoilé tous ses mystères.

II. Changeons le droit des biens !

17. **La carte et la boussole** – Le droit des biens a changé, changeons le droit des biens ! Il est temps de tirer les conséquences du constat dressé : le droit des biens est sur une ligne de crête. L'altération de ses notions-phares, marquée par la prise de distance de la jurisprudence et du législateur avec la prééminence de la propriété, ne peut rester sans écho. La nécessité d'un changement semble donc s'imposer.

Mais si l'on sait dorénavant pourquoi changer, il faut alors se demander pour quoi changer. Dans ce voyage prospectif, l'explorateur doit dessiner une nouvelle carte du droit des biens avec une boussole sûre. Il faut donc se poser deux questions essentielles : que faut-il changer ? Et comment ce changement doit-il être réalisé ? En d'autres termes, la recherche doit porter tant sur l'objet du changement (A) que sur la méthode du changement (B).

A. L'objet du changement

18. **Liberté *versus* ordre public ?** – L'appel à un changement immédiat est une vaine incantation si l'on ne sait pas dans quelle direction aller. À la question « changer pour quoi ? », deux réponses peuvent être proposées :

– face à une propriété qui vacille, rien n'interdit d'emprunter la voie tracée par la jurisprudence et de consacrer le déclin de l'ordre public. C'est alors dans le sens d'une libéralisation du droit des biens que l'on pourrait se diriger.

– Mais il est également permis de ne pas souscrire aux évolutions récentes du droit des biens et d'en prendre le contre-pied. Reprenant la main, le législateur devrait alors déterminer l'orientation à donner pour définir un nouvel ordre public des biens.

À la tentation de la libéralisation du droit des biens (1) répondra la nécessité d'un ordre public des biens (2).

1. La tentation de la libéralisation du droit des biens

19. ***Doing Business*, nouveau *credo* ?** – Mettre le droit des biens au service de l'activité économique : tel pourrait être le nouveau *credo* d'une réforme. Les justifications traditionnelles de l'ordre public des biens ne sont en effet plus tout à fait de saison. La peur d'un retour à un régime féodal ne peut plus être invoquée sérieusement pour justifier que la propriété individuelle écrase de tout son poids d'autres mécanismes tels que les droits réels sur la chose d'autrui ou les propriétés collectives[37]. Encouragé par le souci

[36] Civ. 3e, 28 janv. 2015, nº 14-10013.

[37] G. Lardeux, *RTD civ.* 2013, p. 757 : « Sauf raison politique majeure dont on ne décèle plus l'existence aujourd'hui, le livre II du code civil, en ce qu'il est

de proposer un droit attractif pour les investisseurs étrangers[38], un vent de libéralisation pourrait donc se lever et emporter les quelques barrières posées dans les règles impératives du Code. Aussi est-il facile d'imaginer dans ce contexte un droit des biens, sinon affranchi de toute règle d'ordre public, à tout le moins baignant dans la liberté la plus affirmée. En renonçant au modèle de la propriété individuelle, le mouvement de contractualisation du droit des biens serait alors susceptible de s'amplifier dans des proportions jamais atteintes. Les mécanismes traditionnels pourraient en effet être exploités à plein régime pour satisfaire les besoins les plus variés des contractants.

20. L'exemple de l'usufruit – Au rang de ces mécanismes traditionnels, on songe immédiatement à l'usufruit, qui constitue la matrice des droits réels sur la chose d'autrui. Conçu à l'origine comme un mécanisme essentiellement successoral, l'usufruit est progressivement devenu une technique de gestion patrimoniale de premier ordre, notamment en raison de son traitement fiscal avantageux. Affranchi de toutes bornes d'ordre public, l'usufruit pourrait-il devenir encore plus attractif ? Il offrirait désormais la possibilité d'être conclu pour une durée illimitée et deviendrait une modalité de gestion des biens qui pourrait se prolonger sur plusieurs générations. L'intérêt résiderait ainsi dans la possibilité de concéder un usufruit à long terme au profit d'une personne morale, au-delà du délai butoir actuellement prévu par l'article 619 du code civil[39]. L'usufruit pourrait alors être calqué sur la durée de vie de la personne morale, c'est-à-dire potentiellement illimité.

21. L'exemple des propriétés collectives – Mais l'usufruit n'est pas le seul mécanisme qui pourrait être « ressourcé » par un recul significatif de l'ordre public. En acceptant un démantèlement durable de la propriété, les propriétés collectives seraient à leur tour en mesure de trouver un second souffle. Une fois l'article 815 désactivé, cette forme de propriété collective serait appelée à devenir une alternative crédible à la société pour la mise en commun de moyens[40]. Il n'y aurait en outre plus guère de raison de dissimuler la présence de ces appropriations communes, comme le fait actuellement le code civil avec la fiction de l'effet déclaratif – et partant rétroactif – du partage. On pourrait même s'interroger sur le sort qu'il conviendrait de réserver à la communauté, jusqu'alors cantonnée dans le strict domaine des relations matrimoniales. Le temps ne serait-il pas venu de faire sortir cette appropriation commune du lit du mariage ? Après tout, si la communauté présente des risques en raison des règles passives, la souplesse de la gestion de la masse commune, qui autorise chacun des membres à accomplir seul la plupart des actes de disposition, ne manque pas d'attrait.

22. Interdit d'interdire – Et la liste pourrait être allongée à l'envi, l'imagination des parties étant naturellement débridée : c'est ainsi que l'insertion de clauses d'inaliénabilité pourrait être facilitée par l'assouplissement des conditions d'intérêt légitime et de durée[41], ou que la création de servitudes mobilières, entre deux fonds de commerce par exemple[42], deviendrait envisageable. Et, à supposer l'article 686 modifié, il serait permis de donner à une servitude un contenu positif. Pourquoi encore ne pas autoriser à recourir à des fiducies innomées, dont le régime se démarquerait de celui des articles 2011 et suivants[43] ? Le recul de l'ordre public, orchestré à l'occasion d'une réforme globale, emporterait donc un élargissement considérable du champ des possibles, par le seul truchement de mécanismes déjà connus, dont les brides seraient seulement desserrées.

La description d'un droit des biens libéré du carcan de l'ordre public est séduisante et, d'ail-

le droit commun de la matière, doit donc être considéré comme supplétif de volonté et ne peut être une entrave à la libre gestion et disposition de leurs biens par les propriétaires. Il est souhaitable que le droit français, si longtemps marqué par le jacobinisme, renoue avec la liberté ».

[38] Tel a notamment été le moteur de l'introduction de la fiducie en droit français. Le sénateur Marini, à l'initiative de la loi du 19 février 2007, a ainsi déclaré : « cet enjeu de compétitivité du droit français, auquel je suis depuis longtemps attentif, a dès lors constitué la principale motivation de ma proposition de loi » (Ph. Marini, « Enfin la fiducie à la française ! », *D.* 2007, p. 1348).

[39] Article 619 du code civil : « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ».

[40] Sur l'utilisation de l'indivision conventionnelle en droits d'auteur, voir N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. Gautier, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. th. », t. 93, 2010, nº 218 s.

[41] L'article 900-1 du code civil consacre une validité limitée de la clause d'inaliénabilité, soumise à une double condition : « *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime* ».

[42] R. Libchaber, « Restriction d'activité, servitude de non-concurrence et droit réel : un aperçu de la complexité des situations réelles », note sous Civ. 3e, 4 juil. 2001, *D.* 2002, p. 433.

[43] Cette possibilité semble actuellement exclue par les dispositions de l'article 2018 du code civil qui impose un formalisme *ad validitatem*, mais aussi par deux arrêts de la Cour de cassation qui n'ont pas autorisé le recours à une fiducie sur créance innomée (Com. 19 déc. 2006, nº 05-16.395, *Bull. civ.* IV, nº 250 – Com. 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, nº 94).

leurs, elle ne manque pas de séduire[44]. Pourtant, cette modernité de façade pourrait bien n'être qu'un trompe-l'œil. Il ne faudrait pas exagérer les mérites d'un recul de l'ordre public, qui pourrait bien au contraire produire des conséquences néfastes à moyen et long termes.

23. Critiques – Si, dans un premier temps, la volonté des parties permettrait de conclure les accords les plus variés, cela conduirait très vite à une sclérose du droit des biens qui ne serait plus en mesure de satisfaire le besoin d'échanges, opérés simplement et en toute sécurité. Les biens, en effet, risqueraient rapidement de faire l'objet de droits concurrents et perpétuels. La coexistence sur une même chose de propriétés, usufruits, servitudes ou droits de jouissance innomés interdit à l'un quelconque de ces titulaires d'affirmer : « je suis le propriétaire ». Partant, la maîtrise des biens serait éclatée en une multitude prérogatives partielles. Dans ces conditions, la mise en valeur de ces biens ne serait plus la préoccupation première, puisque chacun de ces titulaires ne serait conduit qu'à défendre son intérêt propre par une exploitation limitée, peu important que cela conduise à un dépérissement du bien. Tel est déjà, en l'état actuel, le reproche formulé contre un usufruit de longue durée[45]. À plus forte raison, la critique doit être accueillie plus sérieusement encore dans l'hypothèse d'un recul significatif de l'ordre public. L'imagination des parties risquerait alors d'être préjudiciable à la vitalité de la gestion des biens.

Et ce n'est pas tout. L'éclatement de la maîtrise des biens aurait un impact indéniable sur la circulation des biens. La concurrence de droits de nature diverse sur une même chose entamerait la valeur de celle-ci. Les charges perpétuelles grevant les biens seraient ainsi un frein à la circulation des biens (qui se portera acquéreur d'un bien dont certaines utilités sont attribuées à d'autres ?), tout autant qu'elle diminue le crédit de celui qui en est le « propriétaire »[46].

On le constate, la liberté des conventions deviendrait rapidement un frein à la... libre circulation des biens. Voilà le paradoxe : exacerber la liberté risque bien, *in fine*, de la voir s'amenuiser. Alors, à quoi bon entonner une ode à la liberté sur l'air d'une marche funèbre ? N'est-il pas préférable, au contraire de conserver une place à un ordre public, contraignant certes, mais bel et bien libérateur ?

2. La nécessité d'un ordre public des biens

24. Direction du commerce juridique – On sait que les règles d'ordre public, dont l'impérativité s'impose aux parties, reflètent les aspects qui sont essentiels aux yeux du législateur. Aussi faut-il s'interroger sur le contenu d'un ordre public adapté aux exigences de notre époque. Spontanément, on est enclin à donner à l'ordre public des biens un contenu économique. En ayant mis en évidence les effets pervers du déclin de l'ordre public des biens, on en perçoit *a contrario* les mérites. La propriété individuelle apparaît en effet comme l'instrument le plus adapté pour la valorisation des biens et leur circulation fluide. En fixant autoritairement un terme extinctif à tout droit réel sur la chose d'autrui, la propriété est épurée de toute charge de manière cyclique, ce qui favorise la mise en valeur du bien et garantit la libre disposition de celui-ci.

La préservation de la propriété individuelle doit donc rester un objectif prioritaire des règles impératives du droit des biens, non pas pour protéger le propriétaire lui-même, mais pour assurer la direction du commerce juridique. Il s'agit de toute évidence d'un ordre public de direction qui échappe donc à l'emprise de la volonté des parties.

25. Protection de l'individu – Faut-il s'arrêter à cette conception purement patrimoniale de l'ordre public des biens ? Ce serait sans doute en donner une conception trop restrictive. Le droit des biens n'est pas seulement le droit des richesses. Il est aussi le droit de ceux à qui elles appartiennent. L'actuel article 686 du code civil en témoigne, qui dispose qu'« *il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public* ». Évoquer un ordre public libérateur, c'est également faire état de la

[44] L. d'Avout, « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », *D.* 2012, p. 1934 ; L. d'Avout et B. Mallet-Bricout « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 ; G. Lardeux, note préc..

[45] H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, t. I, 2007, nº 74-75.

[46] On soulignera à ce titre que lorsque les utilités d'un bien sont réparties entre différents titulaires, la somme des valeurs de ces utilités est en toute vraisemblance inférieure à la valeur du même bien, libre de toutes charges. L'éclatement des prérogatives du propriétaire entraîne une évaporation d'une partie de la valeur du bien.

prohibition des engagements personnels, dissimulés sous la qualification de servitude. L'interdiction des servitudes *in faciendo* est primordiale à double titre. Elle est d'abord un relais, en droit des biens, de l'interdiction des engagements perpétuels[47] puisque les servitudes sont potentiellement dépourvues de terme extinctif. Elle est ensuite d'autant plus importante en raison de la transmission passive des obligations réelles. Parce que la servitude se transmet avec la propriété de la chose, l'engagement souscrit par un propriétaire est susceptible d'être supporté par ses ayants cause. La spécificité des engagements attachés à une chose justifie donc des règles impératives particulières. C'est pourquoi l'ordre public des biens est spécifique, précisément pour dissiper les effets néfastes que les volontés individuelles pourraient produire en restreignant de manière excessive la liberté des personnes.

Direction du commerce juridique, protection de l'individu : on touche sans doute ici à une part que l'on souhaite immuable de l'ordre public des biens. Réaffirmer ces objectifs serait sans doute de « bonne politique » en cas de réforme du droit des biens.

26. Ordre public sociétal – On pourrait alors avoir le sentiment que l'ordre public contribue à figer le droit des biens. C'est sans compter sur la dimension, non plus individuelle, mais sociale de l'ordre public des biens. Les règles du droit des biens peuvent en effet être mises au service d'objectifs variés, permettant ainsi de satisfaire des exigences de notre temps. C'est par cette dimension sociale que le droit des biens pourrait être régénéré et inspiré par un nouveau souffle. Il n'est plus possible de concevoir les rapports entre les personnes et les choses sans rappeler que, avec l'achèvement des Trente glorieuses, nous ne vivons plus dans une société opulente, aux ressources illimitées.

Voici qui peut susciter trois réflexions.

27. Abus du droit de propriété – Tout d'abord, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de laisser davantage de place à l'abus de droit de propriété. L'abus a toujours été cantonné dans un domaine restreint en raison de la condition jurisprudentielle de la volonté de nuire à autrui[48]. Pourtant, une voix s'était élevée pour proposer de déceler la présence d'un abus dans tous les cas d'utilisation antisociale de la propriété[49]. Dans ces conditions, il serait permis de s'appuyer sur une conception finalisée de la propriété pour sanctionner le comportement du maître qui n'est pas conforme à un intérêt social supérieur[50]. Il serait alors sans doute souhaitable d'amender notre définition de la propriété dans une norme à valeur constitutionnelle, ainsi que cela a déjà été fait dans d'autres systèmes, comme le système colombien[51].

C'est tout particulièrement en matière de gestion des entreprises qu'une telle borne à l'exercice du droit de propriété pourrait conduire à limiter la latitude du propriétaire, dans le but de sauvegarder l'emploi. Il suffit pour cela d'admettre que l'entreprise est « un lieu où convergent des intérêts parfois divergents qu'il faut s'efforcer de concilier, ceux du capital, mais aussi ceux du travail, et aussi l'intérêt général, ou encore l'environnement, etc., autant d'enjeux cruciaux étouffés par la sacralisation de la liberté d'entreprendre et de la propriété »[52]. Il faudrait alors équilibrer cette restriction à la liberté du propriétaire avec la liberté d'entreprendre, ce qui supposerait d'opérer, au cas par cas, une subtile balance des intérêts[53]. Néanmoins, il n'est pas illégitime de considérer qu'en période de crise et de déséquilibre des comptes sociaux, un propriétaire ne doit pas faire supporter à la collectivité un coût consistant en un versement de prestations sociales, en l'absence de nécessité

[47] R. Libchaber, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC* 2013, p. 584.

[48] *Coquerel c/ Clément-Bayard*, Req. 3 août 1915, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, t. I, 2007, nº 67.

[49] L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd. rééd., Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », préf. D. Deroussin, 2006.

[50] La notion de clause abusive ne révèlerait-elle pas la pénétration d'une telle conception objective de l'abus de droit ? Ainsi qu'il a été souligné, la présence d'une clause abusive manifesterait un abus dans l'exercice de la liberté contractuelle (C.-M. Peglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, préf. L. Leveneur, LGDJ, à paraître, nº 146 s.). La définition des clauses abusives ne suppose pas une intention de nuire, mais participe de la préservation d'un ordre public économique.

[51] Artículo 58, reformado. A.L. 1/99, art. 1º. « Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.
Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.
La propiedad es una función social que implica obligaciones » (nous soulignons).

[52] J.-P. Chazal, « Réponse d'un faux politiste à un vrai juriste », disponible à l'adresse http ://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/140610_Reponse%20faux%20politiste.pdf.

[53] Voir sur ce point la récente controverse entre deux auteurs : J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D.* 2014, p. 1101 ; L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ?, Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.* 2014, p. 1287.

et dans le simple but d'améliorer encore la rentabilité de son bien. Ce jeu de vases communicants consistant en un appauvrissement collectif pour favoriser un enrichissement personnel peut en effet heurter à l'heure où chacun est appelé à faire des sacrifices[54].

Dans le même esprit, l'idée que la propriété aurait une fonction sociale pourrait également servir de soutien du droit au logement, dans les hypothèses dans lesquels ce dernier conduit à porter atteinte à la propriété.

28. Biens vitaux – Ensuite, et dans le prolongement de ce qui vient d'être exposé, une nouvelle catégorie de bien pourrait utilement voir le jour, celle de biens vitaux. Ponctuellement, le législateur a élaboré un régime particulièrement protecteur pour le propriétaire de certains biens (créance alimentaire, créance de salaire, reste à vivre de l'article L. 321-2 du Code de la consommation). La jurisprudence de la Cour européenne n'est pas étrangère non plus à cette tendance, lorsqu'elle a reconnu que le fait, pour une famille, de résider dans une habitation de fortune construite à proximité d'un bidonville représentait un « *intérêt économique substantiel* » représentant un bien, et protégé à ce titre par la convention européenne[55].

Dans ces conditions, il serait envisageable de poser les critères, ou plus prosaïquement, de dresser une liste de biens revêtant un caractère vital et méritant à ce titre un traitement particulier qui en limiterait notamment la saisissabilité.

29. Environnement – Enfin, le droit des biens pourrait être mis au service d'une autre finalité d'intérêt général qui ne serait plus sociale, mais écologique. La gestion des ressources naturelles devenant un défi majeur des décennies à venir, la propriété et les droits réels sur la chose d'autrui devraient pouvoir offrir les instruments permettant de répondre à cette exigence toujours plus pressante. Il n'y a aucune raison que les préoccupations environnementales ne s'invitent pas en droit des biens[56], comme elles se sont imposées dans d'autres branches du droit[57].

Si l'on a précédemment rappelé les mérites de la limitation temporelle des droits sur les biens appartenant à un autre, il faut reconnaître qu'il pourrait être fait exception à cette règle impérative dans un but environnemental. Aussi pourrait-il être imaginé de créer des droits réels ou des servitudes environnementales (servitudes de non-pollution) au profit de collectivités publiques. La préservation des ressources naturelles est un impératif justifiant une telle atteinte à la propriété individuelle.

On vient de dessiner, à grands traits, les lignes directrices qui pourraient être celles d'un ordre public des biens renouvelé au regard du contexte et des exigences de la société actuelle. Il reste à évoquer la manière de mener une éventuelle réforme du droit des biens.

B. La méthode du changement

30. La nécessité d'une articulation – Comme pour toute réforme d'une branche du droit, les questions classiques liées à la codification ne manquent pas de ressurgir. L'un des souhaits que l'on peut immédiatement formuler est celui d'une réforme opérée avec une certaine hauteur de vue. Il serait en effet profitable que le droit des biens soit réformé en prenant en considération les liens que la discipline entretient avec d'autres branches du droit, tels que le droit des obligations (prescription, modes d'acquisition, clauses d'inaliénabilité, création conventionnelle de droits réels), le droit des sûretés ou le droit de la propriété intellectuelle. Les ponts existants entre ces disciplines sont si évidents qu'une réforme ne devrait pas conduire à envisager ces thèmes séparément. Il faut en effet rendre au droit des biens sa dimension de discipline fondamentale, de droit commun qu'il n'a plus en raison du morcellement des réformes[58] et de la spécialisation des matières (droit de la construction et l'urbanisme, voies d'exécution, propriétés intellectuelles...). Il est pourtant à craindre qu'un tel souhait ne reste qu'un vœu pieux, la prescription et les sûretés réelles ayant été réformées récemment.

[54] Tel est le sens de la définition de l'abus de droit proposée *de lege ferenda* par Cornu : « L'exercice d'un droit est abusif lorsqu'il inflige à des intérêts légitimes un sacrifice manifestement disproportionné avec la satisfaction dérisoire qu'il procure à son titulaire » (G. Cornu, *Introduction*, 13e éd., 2007, Montchrestien, n° 151 *in fine*).

[55] CEDH, Grande ch., 30 nov. 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, req. 48939/99.

[56] M. Mekki, « ''Écologisation'' du droit civil des biens à l'aune de la Charte de l'environnement », *JCP G*, 2014, p. 1293.

[57] Ph. Brun, « C'est bien à une révolution culturelle qu'invite la consécration dans notre droit civil de la réparation du dommage écologique pur », *RLDC*, 2013, n° 109, p. 71 ; M. Boutonnet, « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », *D.* 2012, p. 790 ; M. Mekki, « La clause environnementale ? : une clause au service des grandes causes ? ! », *RDC* 2012, p. 932 ; M.-J. del Rey, « Les enjeux de la modernisation du droit de l'environnement », *D.* 2013, p. 1536.

[58] F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du code civil – Étude critique », *RTD civ.* 2009, p. 211.

Si cette première remarque n'est pas propre au droit des biens, qu'il soit en revanche permis d'insister sur trois points qui lui sont plus spécifiques : le plan (1), l'architecte (2) et la géographie (3) de la réforme.

1. Le plan de la réforme

31. Quelle *summa divisio ?* – Le premier point sensible concerne l'architecture générale d'une réforme éventuelle. L'actuel livre II du code civil repose sur une distinction fondamentale, celle des meubles et des immeubles. Cette *summa divisio* dépasse d'ailleurs le cadre du livre II et irradie l'ensemble de l'édifice législatif. Or, il est désormais acquis que cette distinction est à la fois discutable et dépassée. Discutable, car le critère physique sur lequel repose l'opposition entre meubles et immeubles n'est adapté qu'aux biens corporels. Les biens incorporels ne rentrent que très artificiellement dans la catégorie des meubles. La *summa divisio* est également dépassée en ce qu'elle repose sur le postulat que les immeubles sont des biens de grande valeur, ce qui justifie un régime différent des meubles dont la circulation doit être plus rapide, quitte à être moins sûre. Or, nombreux sont les meubles qui sont dotés aujourd'hui d'une valeur très significative. Ce sont en général des biens incorporels, tels que des fonds de commerce ou des fonds libéraux, des valeurs mobilières ou encore des droits de propriété intellectuelle ou industrielle.

C'est pourquoi l'architecture du droit des biens doit être repensée. Deux modifications sont alors envisageables. La première consisterait à faire de l'opposition entre les biens corporels et incorporels la nouvelle *summa divisio* du droit des biens[59]. De cette façon, c'est autour de cette caractéristique des biens que les adaptations des notions pourraient être réalisées et les mécanismes repensés. C'est ainsi, par exemple, que le maintien du transfert de propriété *solo consensu* pourrait être réservé aux biens corporels, alors qu'il serait possible d'introduire une exigence de publicité pour les biens incorporels, consistant en une inscription en compte ou la remise d'un titre.

La seconde consisterait à abandonner purement et simplement l'idée d'une distinction fondamentale. Après tout, rien n'impose de retenir une telle distinction et un découpage différent pourrait être proposé, reposant sur un corps de règles communes à tous les biens, puis une déclinaison et adaptation de ces règles dans les différents droits spéciaux des biens. L'architecture d'ensemble serait alors proche de celle qui oppose les règles de droit commun des contrats et les différents contrats spéciaux.

2. L'architecte de la réforme

32. Législateur ou constituant ? – Le deuxième choix réside dans les acteurs de la réforme : la refonte du droit des biens doit-elle être réalisée par le législateur ou faut-il opérer ces changements à un degré supérieur, à savoir par des règles constitutionnelles ? C'est sans doute une réponse nuancée qu'il convient d'apporter. La loi est sans doute l'instrument le plus adapté pour tracer les catégories fondamentales et en décrire avec précision les régimes. Le degré de détail nécessaire impose donc logiquement que la réforme soit signée par la plume des parlementaires, quand bien même la refonte du livre II serait réalisée par ordonnance.

Cependant, il est désormais acquis que la loi n'offre plus la sécurité juridique la plus élevée car les juges, notamment ceux qui sont en charge de la protection des droits fondamentaux, disposent du pouvoir d'en paralyser l'application. Une réforme profonde réalisée par le seul canal traditionnel de la loi risquerait de créer un décalage entre le nouveau droit des biens et l'interprétation actuelle que les juges font des normes de valeur supérieure (conventions internationales ou principes issus du bloc de constitutionnalité).

C'est ainsi à un degré plus élevé dans la hiérarchie des normes qu'une réforme profonde du droit des biens devrait puiser sa sève. La réaffirmation du caractère fondamental de la propriété individuelle, tout autant que les tempéraments liés à ses fonctions sociale ou environnementale, mériteraient les honneurs d'une inscription dans la Constitution pour en ancrer solidement l'esprit.

[59] « La société industrielle a profondément transformé les fortunes en les désincarnant. L'affirmer est devenu un poncif et le décrire est en passe de devenir un lieu commun de la littérature juridique » (F. Zenati, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, *Arch. phil. droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 81).

3. La géographie de la réforme

33. France ou Europe ? – La troisième question, enfin, est celle de l'intérêt, dans le contexte actuel, de mener une réforme dans un cadre strictement national. Il va sans dire qu'une réforme française est plus simple à mettre en œuvre. Les obstacles rencontrés pour mener à bien un tel projet seraient déjà significatifs, ainsi qu'en témoignent les difficultés actuelles pour réformer le droit des contrats.

Toutefois, on peut rappeler que de nombreuses initiatives ont été prises, en droit des obligations, pour instaurer un dialogue entre les différents systèmes juridiques européens. Ce dialogue est sans doute possible car, malgré les différences qui subsistent, les juristes européens partagent des instruments communs, transmis dans l'héritage du droit romain.

En est-il autrement en droit des biens ? Rien n'est moins sûr et l'idée qu'existe un *jus commune* européen des biens n'est peut-être pas déraisonnable. Il pourrait ainsi paraître pertinent d'initier une vaste entreprise de comparaison, afin de dresser un état des lieux des différents droits des biens en Europe[60]. Cette première étape, déjà enrichissante pour affiner la connaissance de notre propre système, est encore indispensable dans l'éventuelle perspective d'une harmonisation plus vaste, que la multiplication des échanges pourrait rendre pertinente.

En définitive, si l'on peut espérer que le droit des biens ne soit pas laissé de côté dans l'œuvre réformatrice du législateur contemporain, il apparaît que l'heure du changement n'est pas encore venue, tant les défis sont nombreux et les obstacles consistants. Il est donc encore trop tôt pour extirper Portalis de son sommeil éternel afin de lui montrer le nouveau livre II du code civil. On peut toutefois gager que ce réveil, quand il interviendra, ne sera pas provoqué par le chant du coq gaulois ou le clapissement des lapins de garenne.

[60] Quelques initiatives ont déjà été entreprises. Pour les meubles, « *Rules for the transfer of movables, A candidate for european harmonisation or national reforms ?* », dir. W. Faber et B. Lurger, Sellier, 2008. Pour les immeubles, la réflexion n'en est pas à un stade aussi avancé, sans doute car leur fixité limite les risques de litiges transnationaux. Toutefois, les premiers frémissements sont peut-être perceptibles. Ainsi, on peut mentionner la constitution progressive d'une base de données européenne des registres fonciers des pays membres nommée EULIS (European Land Information Service) financée par la Commission européenne (www.eulis.org) ou encore l'émission par le Parlement d'un appel d'offre relatif à la protection de l'acquéreur dans les acquisitions immobilières transfrontalières dans l'Union Européenne (« *Protection of purchasers in the case of cross-boarder purchases of real property in the European Union* »).

7. Droit des contrats

Le changement en droit des contrats

Denis Mazeaud
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. C'est un fait, depuis plus de dix ans désormais, la question du changement en droit des contrats, plus précisément de la réforme du titre III du livre III du Code civil, est une véritable rengaine sans arrêt entonnée par la doctrine française.

La cause de cet hymne au changement réside très probablement dans le mouvement d'harmonisation européenne du droit des contrats, qui, les années passant, a pris de plus en plus d'ampleur. Si les travaux académiques dirigés par les professeurs Lando et Gandolfi n'avaient pas suscité beaucoup d'intérêt ou d'émotion au sein de la communauté juridique française, il en alla tout autrement lorsque les institutions européennes s'emparèrent, implicitement du moins, du dossier et que le professeur Von Bar annonça, lors d'une conférence prononcée en anglais à la Cour de cassation française, que les codes nationaux allaient prochainement devoir laisser la place à un Code civil européen. Dès lors, l'idée, somme toute assez banale, selon laquelle un marché économique unique supposait nécessairement un droit des contrats unifié provoqua des réactions assez vives chez beaucoup d'auteurs français, notamment en vue de défendre l'identité contractuelle nationale qu'incarne le Code civil.

2. Ce mouvement de défense du Code civil, en général, et du droit français des contrats, en particulier, a inspiré l'idée de réformer ce dernier : rénové, modernisé, le droit français résisterait d'autant mieux à l'envahisseur européen et, dès lors, le modèle contractuel français, avec ses valeurs propres qui en constituent la spécificité dans le concert contractuel européen et international, et qui lui confèrent toute sa valeur, ne serait pas balayé comme un fétu de paille.

C'est en mars 2004, dans un discours prononcé par le président de la République de l'époque, Jacques Chirac, que l'appel à la résistance contractuelle fût officiellement lancé : « *Il faut réformer le droit français des obligations* », déclara solennellement le premier magistrat de France.

3. C'est peu de dire que son appel fut entendu, à tel point qu'on peut se demander avec le recul s'il était spontané...

Très rapidement, en effet, une armada d'universitaires, dirigée par Pierre Catala, se mit au travail et, dès 2005, un avant-projet de réforme du droit des obligations fut remis au ministre de la Justice. Il fut suivi dès 2008 par deux autres : l'un concocté par les services du ministère de la Justice, l'autre encore conçu sous l'autorité de François Terré. Enfin, en 2013, un dernier avant-projet préparé par la direction des affaires civiles et du sceau de la Chancellerie vint s'ajouter aux autres. À ceci près que le 27 novembre 2013, le ministre français de la Justice a présenté un projet de loi qui habilite le gouvernement à réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance et que l'Assemblée nationale a voté cette habilitation.

4. Dans un premier mouvement, cette effervescence d'avant-projets fait sourire, d'autant que cette débauche d'imagination et de réflexions n'a toujours pas accouché d'une réforme : de plus en plus de projets, de moins en moins de changement, en somme. Tant et si bien que certains pointent sans indulgence cet immense gaspillage de temps et d'intelligence, sur fond de rivalités contreproductives.

Même si ces reproches ne sont pas complètement erronés, ils sont manifestement excessifs. De façon plus constructive, on peut déceler dans cette succession de projets, la difficulté de réformer notre droit contemporain des contrats. Difficulté qui procède, notamment, de ce que depuis 1804, le modèle contractuel français, tel que façonné par les rédacteurs du Code civil, a très profondément évolué : il a parfois été balloté par des vents contraires, il a été plus ou moins profondément infléchi par des impératifs, sinon antagonistes, du moins difficilement conciliables ; il s'est d'ores et déjà « européanisé », internationalisé. On peut même se demander, à écouter les uns ou les autres, s'il n'a pas changé d'âme ou, c'est selon, perdu l'esprit qui l'animait jadis. En somme, depuis deux siècles, notre droit des contrats a subi, et c'était fatal, des changements sur tous les plans, qu'il s'agisse de ses sources, de sa substance, de sa philosophie.

On mesure mieux alors l'extraordinaire difficulté à laquelle se trouve fatalement confronté le maître d'œuvre du changement en droit des contrats, d'autant que depuis quelques décennies la doctrine se déchire sur le cap plus libéral ou plus social qu'il convient d'imprimer à notre droit des contrats.

5. Pour évoquer concrètement le changement en droit des contrats, il apparaît, à la réflexion, que deux voies sont possibles.

Une première voie, audacieuse mais tendancieuse, consiste à exploiter ce thème pour imposer ou tenter d'imposer une vision politique du droit des contrats et proposer que le changement s'en inspire. C'est peu ou prou la voie empruntée par les avant-projets évoqués. L'avant-projet Catala a délibérément opté pour un changement dans la continuité, pour un changement qui s'inscrit dans la tradition contractuelle française en conservant les principes et les notions emblématiques de notre droit positif, hérités du Code civil. Les avant-projets du gouvernement sont plus tournés à la fois vers un certain modernisme et vers l'extérieur ; en effet, ils renouvellent certains mécanismes contractuels traditionnels et s'approprient certaines règles et certains concepts venus d'ailleurs. L'avant-projet Terré, pour sa part, se présente comme un projet de rupture ; il fait table rase de certains principes et notions fondateurs de notre droit, et modifie l'esprit qui l'anime.

6. Une seconde voie, certes plus descriptive mais aussi plus objective, pour traiter du changement en droit des contrats, consiste, plus modestement, à dresser un bilan non exhaustif des réformes les plus significatives que celui-ci a connues ces dernières décennies, et est susceptible de subir dans un avenir proche à la lumière des différents avant-projets français et européens.

C'est cette seconde voie que nous emprunterons pour les besoins de notre cause en nous arrêtant successivement sur les changements accomplis (I) et annoncés (II) en droit des contrats.

I. Les changements accomplis

7. Pendant plus d'un siècle et demi, le droit des contrats reposait sur un postulat : les contractants, êtres désincarnés et abstraits, réputés les meilleurs juges de leurs intérêts, concluent et conçoivent un contrat nécessairement juste : la justice repose sur le contrat. Depuis le dernier tiers du XX^e^ siècle, même si elle n'a pas disparu, cette vision du droit des contrats a perdu de sa superbe. La liberté cède souvent le pas au pouvoir unilatéral, l'égalité entre les contractants n'est souvent qu'un leurre et l'injustice contractuelle, une réalité. Tant et si bien que l'idée selon laquelle le contrat doit aussi reposer sur la justice a fait son chemin au cours de ces dernières décennies...

Cette évolution de la réalité contractuelle, si elle n'a pas, et pour cause, trouvé d'écho dans le Code civil, a pourtant irrigué la métamorphose de notre droit des contrats. Car la complainte de l'absence de réforme doit être ramenée à sa juste proportion : en effet, l'absence de révision du Code civil, pendant toutes ces années, n'a pas rimé avec l'absence de réforme du droit. Si le Code est resté inchangé, notre droit, lui, a changé, profondément, durablement. Et ce changement est le fruit d'une coproduction des diffé-

rentes forces créatrices du droit (A) et procède d'un compromis politique (B).

A. La coproduction

8. Pendant plusieurs décennies, prenant à contre-pied Portalis, selon lequel il revient au législateur de fixer les grandes vues et à la jurisprudence de régler les cas particuliers, c'est essentiellement grâce à la plume des juges, précisément à celle des conseillers de la Cour, que notre droit des contrats a profondément évolué et qu'un changement substantiel s'est opéré, en dépit de l'immobilisme du Code civil.

Pour exposer, sans souci d'exhaustivité, l'œuvre de coproduction contractuelle accomplie depuis une cinquantaine d'années par la Cour de cassation, on précisera qu'elle a impacté toutes les phases du processus contractuel. Quant à la phase de formation du contrat, on rappellera simplement que c'est à la Cour que l'on doit toutes les règles qui la régissent, qu'il s'agisse de celles qui gouvernent le préjudice réparable en cas de rupture déloyale d'une négociation, l'obligation précontractuelle d'information, la sanction de la révocation abusive de l'offre, la sanction de la rétractation du promettant dans un avant-contrat, la date d'acceptation du contrat, etc. Autant de questions qui n'avaient pas eu les honneurs du Code et pour lesquelles, dans ce silence assourdissant quand on sait l'importance du contentieux qu'elles suscitent, la Cour de cassation a donc énoncé des règles.

Les règles de validité du contrat ont, elles aussi, été sensiblement complétées à l'aune des innovations jurisprudentielles. Si on s'arrête sur les plus remarquables d'entre elles, on évoquera l'admission de la réticence dolosive et de la violence économique, l'extension du domaine de la cause, etc., autant de solutions dont on ne trouve pas la trace dans le Code mais qui font pourtant partie de notre patrimoine contractuel.

La phase de l'efficacité du contrat a, elle aussi, été sensiblement enrichie par de multiples apports jurisprudentiels : opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers, cession conventionnelle de contrat, durée du contrat tacitement reconduit, droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, etc., autant de notions et de règles auxquelles on est tellement habitué qu'on éprouve quelques difficultés à croire qu'elles ne soient pas encore inscrites dans le marbre du Code.

Il en va de même de celles qui régissent l'exécution et l'inexécution du contrat, telles l'exception d'inexécution ou la théorie des risques, sans parler du principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, règle jurisprudentielle qui contredit purement et simplement l'article 1142 du Code civil, en vertu duquel les obligations de faire et de ne pas faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée en nature et ne peuvent se résoudre qu'en dommages-intérêts...

9. Si le changement de notre droit des contrats est pour une très large part l'œuvre de la Cour de cassation, il convient de ne pas sous-estimer la part jouée par le législateur.

Celui-ci a, d'une part, opéré un changement fondamental en ce qu'il touche à l'esprit même qui anime le Code civil dans son titre relatif au contrat. Parce que les contractants sont libres et égaux, la justice s'incarne dans le contrat et le déséquilibre contractuel est la rançon de la liberté... Cette vision éthérée du lien contractuel est amendée, depuis des décennies, quand le postulat de la liberté et de l'égalité contractuelles n'est pas avéré. Concrètement, coexiste désormais, dans notre droit positif, un second principe aux termes duquel quand le déséquilibre contractuel est excessif et qu'il est le produit de l'exploitation de la faiblesse, de la vulnérabilité ou de la dépendance d'un contractant par son cocontractant, le juge peut intervenir pour supprimer l'excès.

On relèvera que deux des manifestations les plus significatives de ce mouvement sont d'origine législative. Il s'agit, d'une part, du pouvoir accordé au juge de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. Pouvoir de révision judiciaire fondé sur l'équité et fort critiqué à l'époque. Pouvoir conféré par une loi du 9 juillet 1975 qui a été intégrée dans le Code civil ; il n'est pas indifférent de le relever, car c'est quasiment le seul changement que celui-ci a connu depuis 1804. À n'en point douter, si le législateur a ainsi pris ses distances avec le dogme du principe de l'intangibilité du contrat, c'est parce que ces peines disproportionnées, loin d'être le fruit de la liberté contractuelle, étaient imposées au débiteur par des créanciers en position de force, notamment, à l'époque, dans les contrats de crédit-bail et de location-vente.

Quelques années plus tard, c'est le législateur consumériste qui a entrepris, par des lois du 10 janvier 1978, puis du 4 août 2008, une réforme d'une plus grande ampleur encore dans

la traque contre l'abus : dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, le juge a été habilité à réputer non écrites les clauses qui engendrent un déséquilibre contractuel significatif entre les droits et les obligations respectifs des contractants. Nul doute que l'impossibilité de négocier le contenu de leurs contrats, dans laquelle se trouvent souvent placés les consommateurs, a incité le législateur à les protéger contre les clauses abusives qui, souvent, se caractérisent par un pouvoir unilatéral et exorbitant octroyé au professionnel sur le sort du contrat ou par une disproportion des pouvoirs contractuels, mais ne sauraient concerner l'équilibre des prestations. Nouvel épisode de cette lutte contre l'injustice contractuelle, la loi du 4 août 2008 précitée qui protège les professionnels contre les clauses abusives. Désormais le Code de commerce dispose que le professionnel qui soumet un de ses partenaires à une clause qui emporte un déséquilibre contractuel significatif engage sa responsabilité civile. Cette réforme législative témoigne de ce que l'inégalité contractuelle et le risque corrélatif d'injustice contractuelle ne sont pas l'apanage des rapports professionnels/consommateurs et, que dans certaines hypothèses, les professionnels, notamment dans la grande distribution, doivent être protégés comme le sont les consommateurs.

Le législateur contemporain a par ailleurs pris acte des évolutions technologiques qui ont nécessairement une influence considérable sur les relations économiques et sur le contrat qui en constitue le support juridique. C'est ainsi qu'ont été opportunément gravées dans le marbre du Code civil des dispositions sur les contrats sous forme électronique, issues d'une loi du 21 juin 2004, pour l'élaboration de laquelle le rôle joué par certains universitaires, Pierre Catala en tête, a été déterminant.

10. Précisément, le constat de la coproduction dans le changement dont le droit des contrats a été l'objet depuis quelques décennies ne saurait se limiter aux seuls apports jurisprudentiels et législatifs. Reflet du processus général de la création des règles de droit dans notre système juridique, d'autres forces créatrices, certes plus discrètes que les précédentes mais qu'il serait erroné de négliger, ont contribué à cette évolution.

La doctrine, d'une part, n'est pas étrangère à certains des changements. L'imagination et la réflexion des auteurs, consignés dans leurs thèses ou leurs ouvrages, a souvent constitué l'encre dans laquelle le juge a trempé sa plume pour suggérer des évolutions, qui se sont ensuite imposées jusqu'à compter parmi les règles de notre droit positif. À ce titre, chacun sait ce que doit à Japiot et à Gaudemet, la théorie dite « moderne » des nullités selon laquelle la nature de l'intérêt protégé par la règle de validité violée constitue le critère qui conduit le juge à prononcer une nullité relative, si cet intérêt est privé, ou absolue, si c'est de l'intérêt général dont il s'agit. Nul ne saurait ignorer que la théorie française qui est peut-être la plus fameuse hors de nos frontières, alors qu'elle est fortement critiquée à l'intérieur de celles-ci mais couramment appliquée par nos tribunaux, à savoir la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, est l'œuvre de Demogue. Enfin, plus proche de nous, la règle jurisprudentielle aux termes de laquelle la mauvaise foi du créancier contractuel, si elle peut paralyser l'exercice des prérogatives contractuelles, n'est susceptible d'exercer aucune influence sur la substance de ses droits et obligations[1], autrement dit le droit d'exiger son paiement, est directement inspirée de l'ouvrage de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck.

Il serait, par ailleurs, injuste de sous estimer l'apport significatif de la pratique contractuelle dans ce changement en droit des contrats. L'inventivité de la pratique des affaires et de la pratique notariale, même si elle est souvent moins spectaculaire que les interventions du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine est, en effet, fondamentale. À son crédit, on doit, en premier lieu, recenser toute une gamme de nouveaux contrats créés pour permettre le développement de relations d'affaires qui n'avaient pas été prises en compte par les codificateurs de 1804. À ce titre, on se contentera d'évoquer les contrats préparatoires, les contrats de distribution et les contrats de financement qui sont venus enrichir notre palette contractuelle. Outre les contrats nouveaux et innovants, la pratique est à l'origine d'une kyrielle de clauses qui composent aujourd'hui les contrats : clause de dédit, clause

[1] Civ. 1re, 10 juillet 2007 : *D.* 2007, 2839, note Ph. Stoffel-Munck et 2844, note P.-Y. Gautier ; *Defrénois*, 2007, 1454, obs. E. Savaux ; *RDC* 2007, 1107, obs. L. Aynès et D. Mazeaud.

résolutoire, clause d'agrément, clause de *harship*, etc.

Le changement qui s'est opéré en droit des contrats, depuis plusieurs décennies, n'est pas seulement le produit d'une remarquable coproduction entre les différentes forces créatrices du droit, il est aussi le fruit d'un intéressant compromis politique.

B. Le compromis

11. Deux visions sous-tendent les changements opérés par les coproducteurs du droit contemporain des contrats et cohabitent plus ou moins harmonieusement. Une perspective sociale, en premier lieu, qui se traduit par une quête prononcée pour une plus grande justice contractuelle au profit des contractants supposés faibles.

12. Dans cette veine, la Cour de cassation a, d'abord, exploité sans modération la notion de cause, notamment pour neutraliser les clauses limitatives de réparation stipulées dans les contrats d'adhésion conclus entre professionnels, lorsque celles-ci contredisent la portée de l'engagement essentiel souscrit par le débiteur[2]. Si, au nom de la cause, la clause limitative de réparation est considérée comme abusive et donc réputée non écrite, c'est parce qu'elle prive de caractère obligatoire, en fixant un plafond dérisoire de réparation, l'obligation du débiteur.

C'est, dans ce même esprit, qu'ensuite la Cour de cassation a enrichi la théorie des vices du consentement, en décidant que l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence le consentement et emporter la nullité du contrat[3]. Ce changement est d'autant plus remarquable que si la violence économique est officiellement un instrument de protection qui garantit la liberté du consentement, c'est bien un vice du contrat, un déséquilibre contractuel excessif qui est ici sanctionné.

13. L'idéologie sociale qui a impacté le droit des contrats depuis quatre décennies procède enfin de l'amplification significative du devoir de bonne foi réalisée par la Cour de cassation. Au regard de la lettre du Code civil, ce devoir avait un domaine circonscrit à la seule phase de l'exécution du contrat. Aussi, pendant plus d'un siècle et demi, la Cour de cassation ne l'a-t-elle doté que d'une portée réduite, en ce sens qu'il ne constituait, sur l'échiquier contractuel, qu'une simple pièce d'appoint. Depuis une quarantaine d'années, son domaine s'est considérablement amplifié : il est aujourd'hui imposé à tous les stades du processus contractuel. Lors de la négociation, le devoir de bonne foi sécurise les pourparlers en canalisant la liberté contractuelle qui règne traditionnellement lors de cette phase ; non seulement il oblige chaque négociateur à communiquer à son partenaire toutes les informations susceptibles de déterminer le consentement de son partenaire, lorsqu'elles ne sont pas autrement accessibles à ce dernier, mais encore il permet d'engager la responsabilité civile de celui qui rompt de manière aussi inattendue qu'intempestive une négociation qui était sur le point d'aboutir. Par ailleurs, si le contrat devient au cours de son exécution profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances, à tel point que son économie générale est bouleversée, le devoir de bonne foi contraint désormais, sous peine de mise en jeu de la responsabilité civile du contractant récalcitrant, à la renégociation du contrat dont l'exécution est devenue ruineuse, sans être impossible, pour un des contractants[4]. Lors de la rupture du contrat, enfin, le devoir de bonne foi interdit à un contractant d'adopter, dans un premier temps, un comportement susceptible d'engendrer dans l'esprit de son cocontractant une croyance légitime dans le maintien du contrat, avant, dans un second temps, de rompre la relation contractuelle.

Il n'est pas sans intérêt de relever que cette densification du devoir de bonne foi ne s'est néanmoins pas soldée, à rebours des craintes de certains, par une moralisation excessive du droit des contrats, non plus que par une judiciarisation du contrat. Ainsi, la Cour de cassation a refusé, contrairement à certaines propositions doctrinales, de considérer qu'au nom de ce devoir

[2] Com., 22 oct. 1996 : *D.* 1997, 121, note A. Sériaux ; somm. comm., 175, obs. P. Delebecque ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II, 22881, obs. D. Cohen ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. Mestre.

[3] Civ. 1re, 3 avril 2002 : *D.* 2002, somm. comm., 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois,* 2002, 1246, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

[4] Com., 3 novembre 1992 : *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1998 : *Defrénois* 1999, 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999, II, 12210, obs. Y. Picod ; *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier.

devait être imposée à l'acquéreur, fût-il professionnel, une obligation d'information ayant pour objet la valeur du bien vendu[5]. Par ailleurs, elle n'a pas jamais franchi le pas qui aurait conduit à fonder sur ce devoir la révision judiciaire pour imprévision, ce que l'on peut regretter tant l'attachement à l'immutabilité du contrat apparaît, dans un tel cas de figure, comme une injure à l'idée même de justice contractuelle que le recours à la bonne foi aurait permis de corriger. Mieux, ou pire c'est selon, la Cour de cassation, dans un arrêt déjà évoqué, a décidé que la mauvaise foi d'un contractant ne peut jamais lui être opposée pour faire échec au paiement de sa créance [6].

Autant de décisions qui révèlent que la vision sociale du droit des contrats que la jurisprudence a promu depuis quelques décennies n'a pas, pour autant, sonné le glas de l'impératif de sécurité juridique.

14. Outre une inspiration sociale, le changement profond qui a, d'ores et déjà sensiblement affecté notre droit des contrats, qui sera demain, a une inspiration libérale, laquelle gagne incontestablement du terrain et provoque des modifications profondes de notre modèle contractuel. Ces réformes d'origine jurisprudentielle puisent, en effet, à deux sources qui sont « étrangères » aux valeurs, aux principes et aux notions sur lesquels notre droit a été conçu. Elles reflètent, d'une part, la pénétration dans notre droit, depuis la fin du XX^e^ siècle, de l'impératif d'efficacité économique du droit qui tranche avec notre tradition contractuelle. En effet, alors que, dans notre modèle contractuel, des considérations d'ordre moral, social et humaniste sont convoquées pour apprécier la légitimité et la valeur d'une règle, l'analyse économique du droit s'attache essentiellement à son coût, à son impact économique. D'autre part, il faut relever que les règles que nous allons évoquer ont été importées dans notre droit par la Cour de cassation, qui s'est inspirée d'autres droits des pays de l'Union européenne et des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats.

15. Deux réformes jurisprudentielles illustrent à l'envi le succès de cette vision libérale et utilitariste du droit des contrats.

En premier lieu, c'est assurément cet impératif d'efficacité économique du droit qui a provoqué la petite révolution contractuelle qui a éclaté en 1995, à propos de la fixation du prix. Jusqu'en 1995, conformément à la philosophie qui imprégnait le Code civil de 1804, le prix, sauf exceptions légales ou jurisprudentielles, devait être le fuit d'un accord de volontés. En effet, si une clause du contrat accordait à un contractant le pouvoir de fixer unilatéralement le prix, elle jurait avec le principe de liberté contractuelle, elle trahissait une inégalité contractuelle et elle emportait un risque très fort d'injustice contractuelle, sous la forme d'un prix excessif. Cette vision morale de la détermination du prix, adoptée par le codificateur pour la vente, modèle du contrat-échange, outre qu'elle était assez isolée dans le concert contractuel européen, était inadaptée pour les contrats d'affaires qui s'inscrivent sur la durée et qui reposent parfois sur l'intérêt commun des contractants, précisément les contrats-cadres de distribution. Dans ces nouveaux types de rapports contractuels, il a donc été proposé d'adapter les règles sur la fixation du prix, en accordant à celui des contractants qui connaît et maîtrise les règles du marché dans lequel ce contrat s'inscrit, le pouvoir de fixer seul le prix en considération des prix qui se pratiquent sur le marché en cause.

L'argumentation a séduit la Cour de cassation qui l'a consacrée par plusieurs arrêts rendus en Assemblée plénière en 1995[7], dans lesquels elle a décidé que, sauf dispositions légales spéciales contraires, le prix pouvait être fixé par la volonté unilatérale d'un contractant : le contrat est donc en principe valable alors même que le prix n'est pas le fruit d'un accord de volontés, mais le produit de la main invisible du marché et du libre jeu de la concurrence. Pour autant, la Cour n'abandonne pas son cocontractant à l'arbitraire du maître du prix ; si l'existence d'un pouvoir unilatéral dans le contrat ne suscite plus de réaction du juge, celui-ci doit en contrôler l'exercice en exploitant la traditionnelle réserve d'abus : si le

[5] Civ. 3^e^, 17 janv. 2007 : *Contrats, conc., consomm.,* 2007, comm. n° 117, obs. L. Leveneur ; *D.* 2007, 1051, note D. Mazeaud et Ph. Stoffel-Munck ; *ibid*, panorama, 2969, obs. S. Amrani-Mekki ; *Defrénois* 2007, 443, obs. E. Savaux ; *JCP* 2007, II, 10042, obs. Ch. Jamin ; *RDC* 2007, 703, obs. Y.-M. Laithier ; *RTD civ.* 2007, 335, obs. J. Mestre et B. Fages.

[6] Civ. 1^re^, 10 juill. 2007, préc.

[7] Ass. plén., 1^er^ déc. 1995, *D.* 1996, 13, note L. Aynès ; *Defrénois* 1996, 747, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G*, 1996, II, 22565, obs. J. Ghestin.

prix est abusif, le contrat sera résilié et la responsabilité de celui qui l'a fixé pourra être engagée.

16. Autre illustration de l'immixtion de l'impératif d'efficacité économique du droit dans notre droit des contrats, le nouveau régime de la résolution des contrats inexécutés. En principe, dans le modèle contractuel français, la résolution est judiciaire. L'intervention du juge présente divers avantages. D'une part, elle garantit l'effectivité du principe du respect de la parole donnée : en effet, si chaque contractant pouvait décider du sort du contrat inexécuté, il est certain que l'impératif de stabilité contractuelle serait sensiblement fragilisé. D'autre part, le nécessaire recours au juge, pour être délié d'un contrat inexécuté, permet de faire régner un certain humanisme contractuel au profit du débiteur auquel celui-là peut accorder un délai de grâce.

Le revers de cette médaille judiciaire, c'est évidemment la lenteur, le coût et l'aléa inhérents à toute procédure judiciaire. Ce qui explique que beaucoup de systèmes juridiques, européens notamment, admettent la résolution unilatérale du contrat inexécuté. Économie de temps et de coût, aléa chassé, telles sont les vertus de la résolution sans juge, qui permet au contractant en proie au manquement contractuel de rompre le contrat, et de réallouer rapidement ses ressources dans un nouveau contrat avec un partenaire plus performant et plus dynamique que son cocontractant défaillant.

En 1998[8], la Cour de cassation a succombé pour la seconde fois à l'appel de l'impératif d'efficacité économique du droit qui sous-tend la résolution extra judiciaire. Elle a décidé qu'en cas de comportement grave du débiteur, son contractant pouvait à ses risques et périls résoudre unilatéralement le contrat inexécuté. En droit positif, la résolution du contrat ne relève donc plus exclusivement du pouvoir judiciaire. L'évolution est fondamentale : la résolution ne constitue plus un pouvoir exceptionnel du juge, elle est devenue une simple prérogative du créancier contractuel qui peut l'exercer, sous réserve d'abus, et donc reprendre sa parole contractuelle, en cas de manquement de son partenaire, en s'exposant simplement à des dommages-intérêts au cas où le juge estimerait qu'il a exercé abusivement sa prérogative...

Même si ce petit inventaire ne saurait évidemment prétendre à l'exhaustivité, il permet de constater qu'en dépit de l'immobilisme du Code civil, notre droit des contrats a d'ores et déjà profondément changé, grâce essentiellement au formidable travail d'adaptation et de rénovation accompli par la Cour de cassation. Mais aujourd'hui, l'heure est au changement législatif, à la réforme des droits nationaux et européens. Les projets en ce sens foisonnent. Après les changements accomplis, il importe donc de s'arrêter sur les changements annoncés.

II. Les changements annoncés

17. L'heure est, on l'a déjà dit, est au changement. La réforme du droit des contrats semble, au moment où on écrit ces lignes, être venue. Elle devrait se traduire par une restauration du Code civil (A) et, peut-être même par l'harmonisation européenne du droit des contrats (B).

A. La restauration du Code civil

18. Si on s'en tient au dernier projet[9] élaboré par le ministère de la Justice et qu'on examine l'exposé des motifs qui le précède, on pressent ce que pourrait être l'esprit du changement annoncé. En effet, les auteurs de ce texte annoncent qu'il ne s'agit pas de « *refondre totalement mais* [de] *moderniser le droit des contrats en conservant l'esprit du Code, favorable à un consensualisme propre aux échanges économiques, tout en assurant la protection des plus faibles* ».

On comprend donc que le changement du droit français des contrats, tel qu'il sera gravé dans le Code civil, passe par une double entreprise de codification (1), qui consistera à intégrer dans celui-ci les principaux changements déjà opérés, et de modification (2) de notre droit, qui se traduira par autant d'innovations.

1. La codification du droit positif

19. Au rang des dispositions du projet qui s'inscrivent dans une perspective de codification, on relèvera d'abord celles qui ont pour objectif la promotion des échanges économiques et qui sont donc, peu ou prou, des manifestations des principes fondamentaux de liberté, érigée en « principe général » du droit des contrats, et de sécurité contractuelles.

[8] Civ.1re, 13 oct. 1998, *D.* 1999, 197, note C. Jamin ; *Defrénois* 1999, 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999, 374, obs. J. Mestre.

[9] Projet qui donnera très probablement, comme cela a été précédemment écrit, à une réforme (v. *supra*, no 3).

Ainsi, le projet intégrera dans le Code toute une série de règles relatives à la négociation et à la formation du contrat qui en sont aujourd'hui absentes et qui ont été énoncées par la Cour de cassation. On retiendra, entre autres, qu'en cas de rupture fautive d'une négociation contractuelle, la réparation de la perte de chance de conclure le contrat et d'en retirer le profit escompté[10] est exclue, de même que la révocation abusive d'une offre n'est sanctionnée que par de simples dommages-intérêts. Il ne peut en aller autrement, sauf à méconnaître le principe de la liberté contractuelle et à ignorer qu'il n'est pas de l'office du juge de décider, fût-ce à titre de sanction, la formation d'un contrat contre la volonté d'un contractant. La liberté de s'engager dans les liens d'un contrat serait en effet sensiblement atténuée si le juge pouvait décider que le contrat est formé si le destinataire d'une offre révoquée abusivement l'avait acceptée dans le délai qui lui avait été imparti, ou que le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, peut percevoir des dommages-intérêts compensant la perte des profits contractuels escomptés. Dans le premier cas, le contrat serait formé contre la volonté de l'offrant ; dans le second, il serait indirectement exécuté sous forme de dommages-intérêts compensatoires.

20. Dans la même perspective de promotion des échanges économiques, on relèvera l'introduction dans le Code civil de règles générales sur la durée et sur la rupture des contrats qui en sont aujourd'hui absentes, et qui témoignent de l'impact des principes de liberté et de sécurité contractuelles dans le projet.

Le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, la prohibition des engagements contractuels perpétuels, la durée d'un contrat tacitement reconduit feront donc l'objet d'autant d'articles du titre III du livre III rénové, de même que sera régi le sort du contrat en cas de changement de circonstances, épineuse question s'il en est… C'est sans doute parce que les auteurs du projet considèrent que le principe de liberté contractuelle est le pilier fondateur du modèle contractuel français que l'avant-projet a opté pour le refus de la révision judiciaire du contrat pour imprévision et s'est donc rallié à la règle énoncée pour la première fois en 1876[11] par la Cour de cassation. Au fond, parce qu'ils sont réputés rationnels, les contractants, meilleurs juges donc de leurs propres intérêts, sont présumés parfaitement aptes à gérer le risque d'imprévision en stipulant des clauses appropriées. La liberté contractuelle est au fond le remède nécessaire et suffisant au risque d'imprévision. Reste que l'avant-projet n'entérine pas complètement la jurisprudence de la Cour de cassation, puisqu'il admet la résiliation judiciaire pour imprévision. Mais l'« honneur » est sauf, le principe de non-ingérence du juge dans le contrat n'est pas remis en cause puisque le juge est simplement habilité à mettre fin au contrat et pas à modifier les prévisions contractuelles.

Au rang des dispositions du projet qui illustrent le souci de favoriser le développement des échanges économiques en utilisant le levier de la sécurité juridique, on s'arrêtera brièvement sur l'article 129 qui codifie la jurisprudence de la Cour de cassation et édicte, comme l'avait fait celle-ci en dépit de la lettre de l'article 1142 du Code civil, le principe de l'exécution forcée en nature des obligations qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire. Principe qui garantit que le contrat répondra aux attentes légitimes des contractants et leur procurera l'utilité recherchée quand il avait été conclu et comme il avait été conçu.

21. On terminera ce bref survol des dispositions du projet qui emportent la codification des principales évolutions déjà accomplies en appréciant l'accueil réservé aux arrêts rendus à la fin du XX^e^ siècle qui portent l'empreinte de l'impératif d'efficacité économique du droit, et qui s'inscrivent donc, eux aussi, dans le souci des rédacteurs du texte de favoriser les échanges économiques.

Brevitatis causa, on retiendra que le projet acte ce changement fondamental de notre modèle contractuel, tout en modifiant plus ou moins sensiblement le domaine et le régime des règles jurisprudentielles.

Quant à la règle « révolutionnaire » créée par la Cour de cassation en 1995[12] en matière de fixation du prix, elle est maintenue, mais alors que la Cour de cassation l'avait érigée au rang de principe, le Projet la relègue à celui d'exception. L'article 71 dispose, en effet, que la fixation

[10] En ce sens, v. Com. 26 nov. 2003, *D.* 2004, 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *JCP G* 2004, I, 163, obs. G.Viney ; *RDC* 2004, 257, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004, 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

[11] Civ. 6 mars 1876, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2008, n° 165.

[12] Ass. plén., 1^er^ déc. 1995, *D.* 1996, 13, note L. Aynès ; *Defrénois* 1996, 747, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G*, 1996, II, 22565, obs. J. Ghestin.

unilatérale du prix n'est possible que « *dans les contrats-cadre et les contrats à exécution successive* ». Outre que son domaine est donc restreint, le régime de la fixation unilatérale du prix est modifié, en vue d'assurer une protection plus forte du débiteur du prix contractuel. D'une part, une obligation de motivation, contrepoids logique à l'existence d'un pouvoir unilatéral du « maître » du prix. On relèvera que tant en ce qui concerne la dégradation du pouvoir unilatéral de fixer le prix contractuel que l'ajout d'une obligation de motivation, la plume des auteurs du texte a probablement été guidée par la conception classique qui répugne à penser le contrat autrement qu'au pluriel et donc à admettre que le cœur de celui-ci, le prix, puisse être l'œuvre d'un seul. On sera alors d'autant plus surpris de constater que lorsque le prix unilatéralement fixé est abusif, le pouvoir du juge ne se limite plus, contrairement à ce qu'avait décidé la Cour de cassation, à la résiliation du contrat et/ou à la mise en jeu de la responsabilité du créancier du prix. Le débiteur peut, en effet, lui demander de réviser le prix abusif, « *en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties* ». Ce pouvoir de réfaction judiciaire du contrat, encore exceptionnel en droit positif, porte l'empreinte des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats[13] et suscitera sans doute bien des commentaires, car il tranche avec le principe de non-ingérence du juge dans le contrat qui règne dans le modèle contractuel français.

Le projet consacre aussi la résolution unilatérale du contrat inexécuté que la Cour de cassation a introduit, dans notre droit positif, en 1998. Mieux, il l'élève au rang de principe concurrent de la résolution judiciaire, mais lui apporte de substantielles modifications. D'abord, ce pouvoir de résolution unilatérale est, lui aussi, encadré par une obligation de motivation imposée au créancier, lorsqu'il notifie sa décision à son cocontractant. Ensuite, si le débiteur conteste la légitimité de la résolution prononcée par son cocontractant, la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution pèse sur ce dernier ; cette répartition de la charge de la preuve est opportune car elle préviendra le risque de résolution unilatérale abusive. Enfin, aux termes de l'article 136, si le caractère abusif de la résolution unilatérale est avéré, le juge peut ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, en accordant, si besoin, un délai de grâce au débiteur. Une telle sanction est susceptible d'éviter que la résolution unilatérale porte une trop grave atteinte au principe du respect de la parole donnée, dans la mesure où si la seule sanction de la résolution extrajudiciaire abusive consistait dans l'octroi de dommages-intérêts, une option serait alors implicitement offerte au créancier, entre, d'une part, son maintien dans le contrat inexécuté et, d'autre part, la rupture de celui-ci moyennant une certaine somme de dommages-intérêts.

22. La promotion des échanges économiques n'est pas le seul objectif poursuivi par le projet, ses concepteurs ont aussi souhaité assurer la protection des contractants les plus faibles et codifié, dans cette perspective, les règles de notre droit positif qui tendaient vers cet objectif.

Cet objectif qu'incarne l'impératif de justice contractuelle, traditionnellement présent dans notre droit des contrats, est notamment illustré par la codification d'une règle sur l'abus de faiblesse, reflet du vice de violence économique créé par la Cour de cassation au début de ce siècle. L'article 50 du projet dispose qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ». Cette règle inspire deux réflexions. D'une part, elle apporte un tempérament au principe cardinal de notre droit positif en vertu duquel le déséquilibre des prestations contractuelles est la rançon de la liberté contractuelle, dont l'application la plus classique est la règle selon laquelle les contrats lésionnaires sont valables et intangibles. En revanche, donc, avec la règle exposée, lorsqu'un contrat sera affecté d'un déséquilibre excessif et que celui-ci sera le produit de l'exploitation abusive, par un contractant, de la situation de faiblesse ou de dépendance de son cocontractant, il sera annulé. D'autre part, on remarquera qu'une règle semblable se trouve dans tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Simplement, alors que dans l'avant-projet, elle

[13] V. en ce sens, par ex., art. 73, 1° de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 8 octobre 2011.

est intégrée dans la subdivision sur les vices du consentement, et qu'elle est donc supposée protéger la liberté du consentement du contractant faible, dans les projets européens, elle est insérée dans une subdivision sur le contenu du contrat, laissant ainsi au juge le pouvoir de contrôler l'équilibre contractuel en lui accordant un pouvoir d'annulation ou de révision du contrat excessivement déséquilibré.

23. Dans cette même vision sociale du droit des contrats, l'avant-projet codifie les succès jurisprudentiels rencontrés par le devoir de bonne foi au cours de ce dernier demi-siècle. Cette densification de sa portée se traduit notamment par l'insertion dans le Code civil de ses applications les plus spectaculaires. C'est ainsi que l'obligation précontractuelle d'information fera officiellement son entrée dans le Code civil, que ce devoir tempérera le principe de liberté contractuelle qui domine lors de la négociation d'un contrat et que la renégociation d'un contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances, pourra être imposée par le juge.

Mais là n'est sans doute pas le plus important ! En effet, outre qu'il codifie l'extension de son domaine, l'avant-projet modifie très sensiblement son statut. Aujourd'hui, encore le devoir de bonne foi, même s'il irrigue tous les stades du processus contractuel, demeure dans l'esprit de la plupart des auteurs qui évoluent dans l'univers contractuel un principe en mode mineur, dont la fonction est d'encadrer et de tempérer les véritables principes du droit des contrats que sont la liberté et la stabilité contractuelles. Le projet change totalement la donne en termes de politique juridique. En effet, le devoir de bonne foi, rebaptisé « loyauté contractuelle » dans le texte est placé, juste après la « liberté contractuelle » en tête de toutes les dispositions qui composent le projet. De telle sorte qu'il n'est pas excessif de considérer que la liberté et la loyauté contractuelle constitueront, à l'avenir, les deux principes généraux ou directeurs de notre droit des contrats. Une fois de plus, on remarquera que, ce faisant, l'avant-projet s'est mis au diapason des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Par ailleurs, il ne faut pas être grand clerc pour deviner que cette remarquable promotion dont le devoir de bonne foi bénéficie ne remportera pas tous les suffrages et ravivera le débat entre ceux qui se méfient de ce standard qui constitue une porte ouverte à la judiciarisation du contrat et ceux qui pensent qu'en contrat, comme ailleurs, la loyauté est une vertu qu'il convient de promouvoir.

Si pour une part essentielle, l'avant-projet se livre à une codification des évolutions déjà accomplies dans notre droit des contrats, certaines de ses modifications emportent des modifications spectaculaires.

2. Modifications

24. La première des modifications sur laquelle il convient de s'arrêter insufflera une dose de sécurité supplémentaire dans les échanges économiques. Elle se traduit par l'« abrogation » de la jurisprudence inaugurée, en 1993, par la Cour de cassation en matière de promesse unilatérale de contrat. Depuis cette date, en effet, lorsque le promettant rétracte son engagement pendant la durée de l'option qu'il a consenti au bénéficiaire de la promesse, celui-ci ne peut pas obtenir la formation du contrat promis. La Cour de cassation décide que la sanction de cette rétractation fautive ne peut consister qu'en des dommages intérêts accordés au bénéficiaire, au motif qu'une telle rétractation s'oppose à la formation du contrat promis, puisqu'elle empêche la rencontre des volontés du promettant et du bénéficiaire[14]. L'article 24 de l'avant-projet met fin à cette jurisprudence qui fragilisait sensiblement les promesses unilatérales de contrat. À l'avenir, le bénéficiaire de la promesse pourra, dans une telle hypothèse, obtenir la vente forcée de la vente promise. Ainsi, la rétractation de son engagement par le promettant pendant le délai d'option n'exercera plus aucune influence sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat. Le contrat de promesse redevient un instrument efficace et favorable au développement des échanges économiques, dans la mesure où la formation du contrat promis ne dépend désormais exclusivement que du consentement du bénéficiaire, et plus, comme sous l'empire de la jurisprudence du maintien par le promettant de son consentement.

25. La question aujourd'hui la plus discutée, à l'aube de la réforme du droit français des contrats, est celle du sort qu'il convient de réserver à la

[14] Civ. 3e, 15 déc. 1993 : *Bull. Cridon,* 1995, nº 21, II, 215, note J.-M. Olivier ; *D.* 1995, somm. comm., 230, obs. L. Aynès ; *Defrénois,* 1994, 795, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1995, II, 22366, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*1994, 588, obs. J. Mestre.

cause. Si beaucoup restent attachés à cette notion emblématique de notre modèle contractuel, qui protège l'intérêt privé d'un contractant contre les déséquilibres structurels et l'intérêt général contre les contrats contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, des voix de plus en plus fortes et de plus en plus nombreuses réclament sa disparition. La cause, loin d'assurer la rationalité de l'engagement contractuel et la paix sociale, serait devenue non seulement un facteur d'insécurité, tant elle est exploitée sans modération par la Cour de cassation, mais aussi une injure à la liberté contractuelle qu'elle briderait excessivement. Choisissant la voie du compromis, les rédacteurs du projet ont opté pour la « disparition de la notion de cause », mais ont tenté de rassurer les supporters de la cause en compensant grâce à la « précision et au maintien de ses différentes fonctions correctrices et régulatrices ». En somme, si on comprend bien le choix opéré, la notion de cause est supprimée, mais pas ses fonctions... En examinant les dispositions de l'avant-projet, on comprend que l'idée-force de ses rédacteurs est de cantonner la cause dans ses fonctions traditionnelles et d'intégrer l'innovation la plus spectaculaire réalisée par la Cour de cassation au nom de la cause. Ainsi, en vertu de l'article 75, lorsqu'un contractant qui a conclu un contrat synallagmatique à titre onéreux, a souscrit un engagement sans contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire, le contrat est nul. De plus, l'article 69 énonce que « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Enfin, s'inspirant de la fameuse jurisprudence *Chronopost*, l'article 76 dispose que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

Mais en raison de la disparition de la notion, il est clair que la cause ne pourra plus être exploitée par le juge pour remettre en cause des contrats en se fondant sur celle-ci. La cause gagne donc en précision ce qu'elle perd en intensité. Il n'est pas illégitime de s'interroger sur l'opportunité d'abandonner une notion flexible qui avait fait ses preuves en terme de protection de contractants engagés dans les liens privés de toute rentabilité économique dès sa conclusion ou au cours de son exécution.

26. Un autre changement important qu'emporterait l'avant-projet de réforme tient dans la création d'une règle qui constituerait un tempérament au principe traditionnel selon lequel le déséquilibre contractuel est la rançon de la liberté, et qui consacrerait l'idée déjà répandue en droit positif selon laquelle quand le déséquilibre contractuel est excessif et qu'il est le produit de l'exploitation de la faiblesse ou de la dépendance d'un contractant, le juge peut intervenir pour annuler le contrat. Tant en jurisprudence, qu'en législation, on a vu fleurir un nombre significatif de règles et de décisions qui consacrent cette sorte d'exception de disproportion : révision judiciaire des clauses pénales manifestement excessives, création du vice de violence économique, l'article L. 442-6, 1° du Code de commerce, et bien évidemment la lutte menée par le législateur contre les clauses abusives, entendues comme celles qui sont imposées au contractant faible, consommateur ou professionnel, et qui emportent un déséquilibre contractuel significatif.

Le projet acte cette évolution qu'il consacre expressément en retenant deux règles phares.

En premier lieu, il incorpore dans le Code civil une règle générale de protection contre les clauses abusives : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Ce faisant, le projet importe donc, presque mot pour mot, la règle édictée par l'article L. 132-1, 1°, du Code de la consommation et l'idée qui a aussi présidé à la mise en œuvre d'une protection des professionnels contre de telles clauses[15], à savoir l'impossibilité dans laquelle se trouvent les consommateurs et les professionnels dominés de négocier le contenu de leurs contrats. Présente dans les Codes de commerce et de la consommation, la protection contre les clauses, qui sont le produit d'un abus de la faiblesse du contractant auquel elles sont imposées, se déploierait donc dans le Code civil.

Sans doute cette innovation n'emportera pas l'adhésion de tous. D'aucuns se demanderont s'il est opportun et légitime d'importer dans le droit commun des contrats, dont le Code civil est l'écrin, une règle issue du droit spécial de la

[15] Article L. 442-6, 2°.

consommation, reprise ensuite dans le Code de commerce afin de moraliser les mœurs contractuelles dans la grande distribution. Alors que, comme on l'a déjà dit, le Code civil appréhende le contrat comme le fruit d'une libre négociation entre des individus libres et égaux, comme une relation individuelle entre des personnes abstraites et désincarnées, comme un tête-à-tête contractuel, le Code de la consommation et le Code de commerce l'envisagent plutôt, pour leur part, comme un produit de masse, standardisé, conclu à grande échelle, et comme le produit d'un rapport de forces entre deux personnes dont le statut économique est différent, ce qui emporte une dépendance de l'un à l'égard de l'autre lors de la conclusion du contrat. Est-il alors opportun et légitime d'importer dans le droit commun une règle qui reflète l'esprit d'un autre Code, lequel repose sur une philosophie radicalement différente et sur une vision de politique juridique aux antipodes de celle qui anime le Code civil ?

De manière plus pragmatique, d'autres répliqueront que le champ d'application de la règle nouvelle ne sera probablement pas très étendu. En effet, elle ne régira ni les clauses abusives stipulées dans les contrats de consommation, ni celles imposées dans des contrats conclus entre professionnels. La règle du Code civil n'aura donc vocation à s'appliquer qu'aux seules clauses stipulées dans les contrats conclus entre consommateurs, dont on peut douter qu'ils soient les plus fertiles en clauses abusives.

D'autres enfin se féliciteront de cette innovation en remarquant qu'elle permettra, dans une certaine mesure au moins, de pallier la disparition de la notion de cause et de remplir une des fonctions que la Cour de cassation avait assignée à celle-ci au cours de ces dernières années, précisément la lutte contre les clauses qui n'entraient pas dans le champ d'application d'une loi spéciale de protection.

27. On terminera ce bref tour d'horizon des innovations apportées par l'avant-projet de réforme à notre droit des contrats avec deux règles qui portent l'empreinte de l'impératif d'efficacité économique du droit.

D'une part, en vertu de l'article 136, « *Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix* ». Imparfaitement exécuté, le contrat n'est donc plus unilatéralement intangible et le créancier peut, à titre de nouveau remède de l'inexécution, modifier unilatéralement sa prestation contractuelle.

On connaissait déjà la réfaction judiciaire du contrat inexécuté, que la Cour de cassation cantonne à la seule vente commerciale[16]. On sait que la réfaction unilatérale est admise, en droit français, que ce soit dans la vente internationale de marchandises[17] ou même dans le Code de la consommation[18], de même que dans les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats[19].

Mais ce qui doit être relevé ici, c'est que ce remède de l'inexécution contractuelle est énoncé sous forme de règle générale, au même titre que l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la résolution et la responsabilité contractuelle.

Seconde innovation qui doit, dans le même registre de l'impératif d'efficacité économique du droit, retenir l'attention, l'exception apportée au principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. Ce principe est, en effet, écarté, et le débiteur pourra se libérer en payant des dommages-intérêts si l'exécution en nature, que le créancier réclame, a un « *coût* [...] *manifestement déraisonnable* ». Nul doute que cette exception n'emportera pas une adhésion unanime à cause de l'empreinte de l'analyse économique du droit qui l'innerve. Il est vrai que, au moins dans un premier mouvement, cette exception tranche sensiblement avec l'esprit du modèle contractuel français, dans lequel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix, en ce sens qu'elle n'est pas exclusivement de nature économique et qu'elle est porteuse d'autres valeurs, morale et sociale, telles qu'elle échappe à l'emprise de

[16] Civ. 3e, 29 janv. 2003, *Defrénois* 2003, 844, obs. É. Savaux.

[17] Art. 50 de la Convention internationale de Vienne : « *l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eu à ce moment* ».

[18] L'article L. 211-10 du Code de la consommation dispose, en cas de défaut de conformité, que lorsque la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, le consommateur peut alors, soit, rendre le bien et récupérer le prix, soit « *garder le bien et se faire rendre une partie du prix* ».

[19] Art. 120, 1° de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : « *L'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix.*
La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu, et la valeur de ce qui aurait été reçu si l'exécution avait été conforme ».

celui qui l'a émise. À l'image, cependant, de Madame Viney, selon laquelle lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur », on peut se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part du créancier de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit »[20], il n'est pourtant pas interdit d'analyser cette exception d'ordre économique comme une nouvelle mais finalement traditionnelle illustration de la réserve d'abus.

Après ce rapide tour d'horizon, forcément superficiel et incomplet, du changement annoncé, à travers la restauration du Code civil, on peut prédire que le changement en question emportera une révolution tranquille du droit français des contrats et ne provoquera pas une rupture fatale avec le modèle contractuel français. Pour les justiciables, pour qui le droit est fait, pour les contractants, auxquels ce droit s'appliquera, pour les praticiens, qui auront à composer avec, la modification du titre III du livre III ne constituera pas un tremblement de terre contractuel.

Mais le changement annoncé du droit des contrats ne procèdera peut-être pas exclusivement de la restauration du Code civil, il n'est pas impossible qu'il résulte aussi de l'harmonisation européenne du droit des contrats.

B. L'harmonisation européenne du droit des contrats

28. Depuis plusieurs années déjà, dans l'esprit de certains universitaires qui pensent que l'existence d'un marché économique unique suppose nécessairement un instrument juridique adapté au sein de l'Union européenne, l'idée d'une harmonisation européenne du droit des contrats fait son chemin, et est désormais explicitement approuvée par les instances européennes.

Pour exposer ce que pourrait être ce droit européen des contrats, dont on peut raisonnablement penser qu'il coexisterait avec le droit interne plutôt qu'il ne s'y substituerait, on évoquera la récente proposition de règlement relatif à un « droit commun européen de la vente »[21], du 11 octobre 2011. Contrairement aux apparences, en effet, cette proposition ne comporte pas exclusivement des dispositions destinées à régir le contrat de vente. En effet, plusieurs de ses règles concernent, ni plus ni moins, le droit commun des contrats et sont destinées, de l'aveu même de ceux qui les ont conçues, à constituer un *corpus* susceptible d'être « réédité » dans chaque texte européen ayant pour objet la réglementation d'un contrat spécial. On ajoutera que les règles en question ont une parenté assez étroite avec les précédents projets académiques d'harmonisation du droit européen du contrat, tels les Principes « Lando » ou le Cadre commun de référence rédigé sous l'égide de Christian Von Bar, tant et si bien qu'on peut légitimement penser que si un droit européen harmonisé du contrat devait finalement voir le jour, il ressemblerait probablement de très près à celui qui est esquissé par la proposition en question.

À l'examen desdites règles, étant entendu qu'on ne prêtera ici attention qu'à celles qui tranchent et contrastent avec notre droit contractuel positif, on constate que certaines s'inscrivent dans une perspective de liberté et de sécurité contractuelles (1), tandis que d'autres reflètent l'exigence de justice contractuelle (2).

À cet égard, on relèvera, avant toute chose, que comme dans le projet gouvernemental abordé ci-dessus, l'opus contractuel européen s'ouvre sur des « Principes généraux » de liberté, de bonne foi, de loyauté et de coopération contractuelle, autant de règles qui révèlent que le modèle contractuel européen est, comme le projet français de réforme, articulé autour d'impératifs économique et éthique.

1. Liberté et sécurité contractuelles

29. Au titre des règles par lesquelles le législateur européen révèle son souci de favoriser les échanges économiques, on évoquera, d'abord, les règles sur la détermination du prix qui présentent un certain degré de parenté avec le droit français contemporain, ou avec les dispositions du projet de réforme. On retrouve dans la proposition de règlement le pouvoir unilatéral de fixer le prix contractuel accordé à un contractant, sans que la validité du contrat dans lequel la clause est stipulée en soit affectée. Ceci étant, le régime du prix unilatéral est sensiblement distinct en droit positif français et dans la proposition de règle-

[20] *Eod. loc.*

[21] Sur lequel v. B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, chron. p. 34.

ment. En effet, si le prix unilatéralement fixé est d'un montant excessif, le juge n'en est pas réduit à prononcer, comme en droit français, des sanctions, telles la résiliation et la responsabilité, pour réprimer l'exercice abusif du pouvoir unilatéral. Il se voit doté du pouvoir de substituer un nouveau prix, par référence au prix habituellement pratiqué sur le marché, au prix unilatéralement et abusivement fixé. Autant dire que dans la proposition de règlement, le juge se voit, dans un tel cas de figure, doté d'un véritable pouvoir de réfaction du contrat. On relèvera, sur ce point précis, la parenté avec le projet français, mais on ajoutera, signe du rang très important de l'empreinte de l'unilatéralisme dans le contrat version européenne, que ce pouvoir unilatéral n'a pas uniquement vocation à s'exercer sur le prix. Il est habilité à déterminer tous les éléments du contrat, principaux ou accessoires.

30. Ressemblance mais pas identité, ensuite, avec le régime de la résolution du contrat inexécuté. Ressemblance logique puisque la Cour de cassation française a, comme en matière de prix d'ailleurs, manifestement puisé aux sources du droit européen pour admettre la résolution unilatérale, en 1998 ; la résolution unilatérale se retrouve sans surprise dans la proposition de règlement. Pas identité cependant entre les deux corps de règles puisque, d'une part, la résolution unilatérale anticipée pour simple risque d'inexécution est admise en droit européen, alors qu'elle ne l'est pas en droit positif français, pas plus d'ailleurs que dans le projet français[22], et que, d'autre part et surtout, seule la résolution unilatérale du contrat inexécuté est envisagée, à l'exclusion de la résolution judiciaire, laquelle n'a pas droit de cité dans le *corpus* européen.

31. Signe du succès de l'unilatéralisme et de l'attrait exercé par l'impératif d'efficacité économique du droit, dans le modèle contractuel européen, l'admission de la nullité unilatérale. Alors que, mise à part l'hypothèse de la nullité conventionnelle, la nullité est nécessairement judiciaire en droit français, des considérations teintées de pragmatisme et d'utilitarisme ont conduit les auteurs de la proposition de règlement à consacrer la nullité sans juge. Nullité qui séduit en raison du gain de temps et des économies qu'elle permet, mais qui inquiète car on peut redouter qu'elle soit imposée par le contractant dominant à son partenaire, qui n'aura d'autre issue s'il veut en contester la légitimité que de saisir... un juge... Sans compter que les difficultés inhérentes au contentieux de la nullité, restitutions et droits des tiers notamment, laissent sceptiques sur l'opportunité de cette nullité extra judiciaire.

32. On évoquera pour en finir avec cette première rubrique, l'idée de faveur pour le contrat qui irrigue certaines dispositions du modèle contractuel européen, faveur qui va de pair avec l'office du juge dans ce modèle qui est à cent lieues de celui qui lui est assigné en droit français. On en prendra deux exemples : d'une part, dans l'hypothèse du contrat sans prix, alors qu'un tel contrat est voué à la nullité en droit interne, le juge, en droit européen, peut compléter l'œuvre contractuelle inachevée des contractants et fixer le prix, en s'inspirant, une fois encore, de ceux qui sont pratiqués habituellement sur le marché. D'autre part, lorsque le tiers désigné par les parties pour fixer le prix ne peut ou ne veut remplir la mission qui lui a été confiée, en droit français, il n'est pas reconnu au juge le pouvoir de nommer un tiers, ni *a fortiori*, de se substituer au tiers défaillant en fixant lui-même le prix. Une telle initiative judiciaire « *non prévue dans la convention se trouverait ainsi imposée pour la perfection du contrat, là où la loi n'a voulu que l'action libre et exclusive des parties* »[23]. Le droit européen a retenu une appréhension autrement plus dynamique de l'office du juge, puisque, dans l'hypothèse envisagée, le juge se voit reconnaître le pouvoir de substituer un tiers de son choix à celui qui avait été choisi par les parties.

La proposition de règlement, même si elle a été pensée dans la perspective de la consolidation du marché économique unique créé au sein de l'Union européenne, l'Europe « des marchands »..., n'est pourtant pas, contrairement à l'idée véhiculée ici et là, dépourvue de préoccupations qui relèvent de l'impératif de justice contractuelle.

2. Justice contractuelle

33. La cause est sans aucun doute un des points sur lesquels la séparation entre les modèles contractuels français et européen est (était ?) la plus accusée.

[22] Alors qu'elle l'était dans l'avant-projet Terré.

[23] Civ. 25 avr. 1952, *RTD civ.* 1952, 515, obs. J. Carbonnier.

Comme cela était prévisible, on ne trouve pas trace de la cause, pas plus la cause objective que la cause subjective, dans la proposition de règlement. L'hostilité de la plupart des pays d'Europe du nord à cette notion et son absence dans tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats a donc eu raison de cette notion dont on sait le rôle qu'elle tient dans notre droit positif.

Ceci ne signifie pas évidemment que les contrats contraires à l'ordre public, aux droits et aux garanties fondamentaux et aux bonnes mœurs peuvent impunément être conclus dans le champ d'application de la proposition de règlement, simplement ils seront sanctionnés sur le fondement de règles relatives à la licéité du contrat, sans détour par la notion de cause.

Quant à la protection des contractants dont l'engagement souffre d'irrationalité, parce qu'il a été souscrit sans contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire, elle est partiellement au moins assurée par la règle de la lésion qualifiée. Règle en vertu de laquelle le juge peut réviser ou annuler le contrat qui est affecté d'un déséquilibre excessif, lorsque celui-ci procède de l'exploitation abusive de la situation de dépendance, de faiblesse ou de vulnérabilité d'un contractant par son partenaire. Comme on l'a déjà entrevu, à travers l'étude de la règle de l'abus de faiblesse que contient le projet français de réforme, la lésion qualifiée se pose en concurrent de la cause dans la protection du contractant faible contre les déséquilibres contractuels : sa simplicité en termes d'intelligibilité et de prévisibilité sont un sérieux atout, même si la cause, par sa flexibilité, présente l'incomparable avantage de pouvoir être exploitée pour lutter contre des formes de déséquilibre contractuel que la lésion qualifiée est totalement impuissante à appréhender.

34. Par ailleurs, la proposition de règlement comporte des dispositions relatives aux clauses abusives, entendues comme les clauses qui n'ont pas été individuellement négociées, condition qui n'est pas exigée en droit positif, étant précisé que c'est toujours au professionnel d'apporter la preuve que la clause litigieuse, dont il se prévaut contre un consommateur, a bien été librement négociée. Lorsque la clause a été stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, elle est abusive si elle engendre un déséquilibre contractuel significatif en violation du principe de loyauté et de bonne foi. Quand elle a été insérée dans un contrat conclu entre deux professionnels, la clause est abusive si elle est « *de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales* ». Contrairement au droit français, la définition de la clause abusive comporte une référence à la bonne foi et diffère selon que le contractant qui demande la protection est consommateur ou professionnel.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut émettre quelques comparaisons entre les systèmes français et européen de protection. D'abord, la proposition de règlement embrasse dans la protection contre les clauses abusives tous les contractants auxquels une telle clause a été imposée ; peu importe qu'ils soient professionnels ou consommateurs. En outre, comme en droit interne, la protection des consommateurs contre les clauses abusives ne peut pas consister en un contrôle judiciaire de l'équivalence économique des prestations contractuelles. Précisément, la clause qui créée une disproportion entre le prix du bien vendu et la valeur de ce bien ou entre le prix du service rendu et la valeur de celui-ci ne peut pas être en principe jugée abusive. Enfin, comme en droit interne, la protection des consommateurs mise en place dans la proposition de règlement repose sur un système de listes. Les clauses abusives sont ainsi réparties en deux types de listes : liste noire qui contient les clauses qui sont irréfragablement présumées abusives ; liste grise dans laquelle sont intégrées les clauses simplement présumées abusives. Évidemment, les listes européenne et française ne sont pas composées de la même manière. Par exemple, on relèvera que les clauses de responsabilité favorables au professionnel n'ont plus droit de cité dans les contrats de consommation soumis au droit français, alors que seules les clauses qui excluent ou limitent la responsabilité du professionnel en cas de préjudice corporel subi par le consommateur, ou en cas de faute délibérée ou grave de celui-là, sont *blacklistées* dans la proposition de règlement. Quant aux clauses relatives à l'action en justice du consommateur, notamment la clause compromissoire et la clause attributive de compétence territoriale imposée au consommateur par son cocontractant professionnel, elles sont intégrées dans la liste noire européenne, tandis que le législateur français a choisi de les faire figurer, en

dépit du danger qu'elles font peser sur le consommateur, dans la liste grise.

35. L'ultime question sur laquelle on s'arrêtera pour évoquer cette réforme du droit des contrats *via* une éventuelle harmonisation européenne porte sur le traitement de l'imprévision.

On se contentera de relever qu'à l'image de la totalité des projets académiques d'harmonisation, le changement de circonstances est traité sur un mode « trinaire ». D'abord, le texte rappelle que le contrat doit, en principe, être exécuté en dépit du changement de circonstances affectant l'équilibre du contrat au cours de son exécution. Puis, si le changement en question est d'une importance telle qu'il emporte un bouleversement de l'économie du contrat et qu'il rend son exécution ruineuse pour un des contractants, le texte impose alors une obligation de renégocier le contrat. Si la renégociation n'aboutit pas, alors, et alors seulement, le juge est habilité soit à résilier le contrat, soit à le réviser.

Ce traitement de l'imprévision paraît raisonnable, dans la mesure où le contrat n'échappe au pouvoir de la volonté des contractants que si, et seulement si, ceux-ci ont été incapables de parvenir à un accord en vue de résilier ou de réviser eux-mêmes le contrat frappé par la crise. Autant dire que, non seulement, l'éventuelle intervention du juge devrait constituer un puissant *stimulus* pour la liberté contractuelle, mais encore que tout incite les contractants à adapter eux-mêmes le support juridique de leur relation économique, afin que la pérennité de celui-ci permette la continuité de celle-là.

On sait que le droit français, au nom de la liberté contractuelle refuse obstinément depuis près d'un siècle et demi de s'engager dans cette voie, et persiste dans son refus intransigeant de la révision judiciaire pour imprévision. Il n'est pas interdit de le regretter car tout signe de rigidité constitue un aveu de faiblesse du modèle contractuel français que, fort inopportunément, le projet français de réforme maintient.

8. Droit de la responsabilité civile

Le changement du droit de la responsabilité

Philippe le Tourneau[1]
Professeur émérite de la faculté de droit de Toulouse 1 Capitole

Mon bon ami Denis Mazeaud m'a prié de disserter, pour la *Revue de droit d'Assas*, sur « Le changement du droit de la responsabilité », sans d'autre consigne qu'une totale liberté de ton et de forme, ce qui me convenait.

Je ne vais pas revenir sur les évolutions considérables de la matière depuis la promulgation du code civil, préférant exposer en vrac quelques propositions de réformes, des changements de toutes sortes par rapport au droit positif actuel. Des suggestions de changements, vous allez le constater, j'en ai une pleine besace (même en me limitant au droit civil), dont certaines témoignent d'un brin de folie (et d'un rejet assumé de la pensée unique).

I. Quelque vénérable que soit la responsabilité subjective, elle mérite sans doute certaines modifications.

Il devrait être entendu que la faute est une notion protéiforme, de la simple négligence à la faute intentionnelle. L'uniformité de traitement entre les unes et les autres, de droit positif, est critiquable. Seule une *faute caractérisée* devrait être retenue et non la faute ordinaire ni, *a fortiori*, la simple erreur, cette *poussière de faute* pourtant souvent retenue par les juridictions (sans l'avouer). La morale trouverait son compte à ne retenir que les fautes caractérisées. Car les imprudents, maladroits et malchanceux, vous et nous, méritent l'indulgence. Généralement, l'auteur de l'acte est en même temps la victime : son inadvertance ou son mauvais réflexe ne doivent pas l'accabler en le privant d'indemnisation ; André Tunc insistait beaucoup sur ces idées. Il serait également souhaitable de revenir sur la jurisprudence considérant que les *infantes* sont capables de commettre des fautes. En corollaire, les présomptions largement fictives de faute et, *a fortiori*, de responsabilité devraient être supprimées. Elles sont une source de complication sans nombre, surtout celle qui est née sur l'article 1384, alinéa 1er *in fine*, et ne présentent plus guère d'avantages, dès lors du moins que les dommages corporels seraient régis par des textes spéciaux (alors que la responsabilité générale du fait des choses est un régime pratiquement unique au monde). Le droit commun se compo-

[1] http ://perso.orange.fr/philippe-le-tourneau. Auteur, dans cette matière, notamment de : *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz Action, 10e éd., 2014 – *La Responsabilité civile,* PUF, « Que sais-je ? », 2003 – *La responsabilité civile professionnelle,* Dalloz, coll. « Référence » (trad. en espagnol par J. Tamayo Jamarillo et en arabe par Laid Saadna), 2e éd., 2005 ; 3e éd. en livre électronique (*e.book*), actualisée régulièrement sur le site http ://juriscampus.fr/JurisCampus-Editions – *Introducción al derecho francés de la responsabilidad civil,* trad. J. Gabriel-Rivera, Legis (Pérou), 2014 – Et, dans la *Revue de droit d'Assas* (2011, no 3, p. 41 s.), « La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal ? ».

serait donc des articles 1382 et 1383 (ou seulement du premier, la spécificité du second ayant disparu en droit positif), ainsi que de la responsabilité générale du fait d'autrui (article 1384, al. 1er *in medio*, du code civil) et de la responsabilité des commettants (article 1384, al. 5, du même code).

Poursuivant dans la voie des retranchements, je souhaite la suppression du principe de précaution[2]. Celui-ci a une visée beaucoup plus large que le devoir traditionnel de prévention. Alors que ce dernier reposait sur une démarche rationnelle fondée sur un risque, clairement connu, pouvant être évalué et prévenu, celui-là repose sur des risques hypothétiques et invérifiables (dans les domaines de la santé, de la bioéthique et de l'environnement). Il tend à instaurer « *une responsabilité au bénéfice du doute à la charge de tous ceux qui n'auront pas adopté une conduite appropriée dans la perspective d'anticiper, de prévenir* [...] *les simples risques susceptibles de dommages qui menacent l'avenir de notre civilisation* »[3]. Toutefois, il ne vise pas toutes les situations créatrices d'un danger éventuel, mais celles qui sont marquées par *un contexte d'incertitude scientifique associé à l'éventualité de dommages graves et irréversibles (atteignant certains intérêts collectifs).* À tout prendre, il ne s'agit que de la redécouverte, sous un nouveau nom, de la vertu morale et juridique de *prudence*, au sens aristotélicien. Mais la prudence entendue largement, y compris envers les générations à venir (et dont les mesures d'application relèvent alors pour l'essentiel de choix politiques). Il ne devrait donc pas susciter de méfiance de ma part (alors que j'ai publié un ouvrage sur l'éthique[4]). Toutefois, il est actuellement l'objet d'un engouement excessif[5], risquant de générer des effets pervers, notamment l'attentisme devant les progrès techniques et l'excès de prudence[6] (si bien que j'aurai tendance à privilégier, tout à rebours, ce que je nomme le *principe d'audace*[7]). Il tend à devenir une idéologie politique, de peur irraisonnée et de passion déréglée, collant au monde des images, où prédomine l'émotion et avec elle la paralysie, donnant une image sympathique et généreuse à des idées plus que discutables, une écologie culpabilisante de la peur[8], associée au mythe totalitaire de la « croissance zéro », voire un plaidoyer pour la décroissance et l'anticapitalisme primaire. Or, « *ce ne sont ni la peur ni la décroissance qui vont nous aider à préparer l'avenir, mais bel et bien les progrès de l'intelligence* »[9], et des applications des découvertes effectuées et mises au point grâce à celle-ci par les chercheurs. Il serait sans doute préférable de considérer l'appel à la précaution comme une *exception à la liberté,* plutôt que comme un principe[10]. Il en découlerait les conséquences suivantes : cette exception est d'interprétation stricte[11], la preuve est à la charge de celui qui l'invoque[12], enfin elle est soumise à l'exigence de proportionnalité[13].

Depuis 1972, je plaide pour la reconnaissance d'un *pouvoir général d'appréciation* ou *de discernement*, *accordé aux juges civils*, se dédoublant en un pouvoir modérateur et en un pouvoir « aggravateur » corrélatif. Quant au premier aspect, le code civil accorde déjà aux magistrats le pouvoir d'exercer une telle *relaxatio legis* dans divers textes épars d'une application peu fréquente (notamment article 1374, al. 2 [à propos du gérant d'affaires] et article 1966, al. 2 [relatif aux jeux] du code civil) ; et surtout, de façon explicite depuis 1975, à l'article 1152, alinéa 2 ; il met en valeur un principe général du droit. En revanche une loi serait nécessaire pour

[2] À l'instigation de la Communauté européenne (Traité CE, art. 174, 2), le législateur français a érigé directement le principe de précaution au rang de règle directrice du droit de l'environnement (C. env., art. L. 110-1 ; surtout la loi constitutionnelle nº 2005-205 du 1er mars 2005, relative à la charte de l'environnement, art. 5).

[3] D. Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », dans *La responsabilité civile à l'aube du xxie siècle, RCA* juin 2001, nos 19 s., spéc. nº 3.

[4] *L'Éthique des affaires et du management au xxie siècle. Essai,* Dalloz Dunod, 2000 ; 2e éd., 2012, en livre électronique (*e.book*), consultable gratuitement sur le site http ://perso.orange.fr/philippe-le-tourneau.

[5] Même si, avec sagesse, la Cour de cassation a refusé en 2011 d'admettre que le principe de précaution puisse donner naissance à un régime autonome de réparation. Il n'est donc pas créateur d'obligations particulières en faveur des personnes privées (notamment en cas d'incertitude scientifique), de sorte qu'il s'impose aux seules autorités publiques : Civ. 3e, 18 mai 2011, nº 10-17.645 – Mais la Cour de cassation saura-t-elle maintenir sa position ? Et, même si c'est le cas, les juridictions inférieures seront de plus en plus encombrées d'actions intentées par des plaideurs invoquant ledit principe.

[6] J. de Kervasdoué, *La peur est au-dessus de nos moyens. Pour en finir avec le principe de précaution,* Plon, 2011.

[7] De même que je remplacerai volontiers le devoir de mémoire par le *devoir d'inventivité* !

[8] P. Bruckner, *Le fanatisme de l'Apocalypse,* Grasset, 2011, prônant une écologie de l'admiration plutôt qu'une écologie de la désolation affichant une « *séduction de la peur* » – V. aussi, pour une vision raisonnable et positive de l'écologie : M. Fontenoy, *Ras-le-bol des écolos. Pour que l'écologie rime avec économie*, Plon, 2013.

[9] L. Ferry, *Le Figaro* 15 oct. 2009, p. 15 – À l'opposé de l'écologie de la peur et de la décroissance, une saine écologie concilie la préservation de l'environnement, la satisfaction des intérêts des consommateurs, des producteurs et des citoyens, tout en favorisant la recherche-développement et en y investissant massivement.

[10] Suggestion d'H. Barbier, *La liberté de prendre des risques,* préf. J. Mestre, PUAM, 2011, nos 323 s.

[11] H. Barbier, thèse préc., nos 327 s.

[12] H. Barbier, thèse préc., nos 331 s.

[13] H. Barbier, thèse préc., nos 335 s.

autoriser et régir le pouvoir « aggravateur ». **Premier aspect : pouvoir modérateur**[14]**.** Puisqu'il y a des degrés de culpabilité, il convient d'en tirer des conséquences. En présence d'une faute légère (dans la mesure où elle continue d'engager la responsabilité de son auteur, y compris envers lui-même), l'indemnisation ne devrait pas être intégrale, contrairement à la règle actuelle. De même, il serait souhaitable que les juges puissent tenir compte, dans l'évaluation de l'indemnité qu'ils accordent à la victime, des ressources du débiteur lorsqu'il n'était pas assuré, pour ne pas le ruiner, surtout lorsque le dommage en cause était un de ces dommages peu fréquents, pour lesquels il n'est pas d'usage courant de s'assurer. Certes, il arrive déjà que les tribunaux fassent fléchir la rigueur des principes, en *catimini*, lorsque la disproportion entre la faute minime et le dommage est si considérable qu'ils répugnent à allouer une indemnité complète. Reconnaissons-leur officiellement cette faculté. **Second aspect : un pouvoir « aggravateur » corrélatif (les dommages et intérêts punitifs).** En pratique, les tribunaux n'hésitent pas à condamner à des dommages et intérêts considérables certains auteurs de dommages, en fait à des dommages et intérêts majorés, parce qu'ils savent que, finalement, le poids en sera supporté par l'assureur, donc dilué. Cette pratique n'est pas saine. Si je souhaite l'instauration d'un pouvoir « aggravateur », c'est d'une autre manière qu'il faut l'entendre. Les dommages et intérêts majorés ne doivent pas être alloués en contemplation de l'intérêt que présente la victime, et en pensant que l'assureur paiera, mais afin de *punir* d'une façon particulière l'auteur du dommage, lorsque sa faute paraît extrêmement grave. Les États-Unis et le Canada connaissent un tel mécanisme, sous le nom de *dommages et intérêts punitifs.* Toutefois, pour ne pas tomber dans les excès qui ont existé en Amérique du Nord, ces dommages et intérêts supplémentaires (dits parfois *exemplaires*) doivent respecter le principe de proportionnalité, rester dans des bornes raisonnables quant à leur montant, et dépendre de la capacité financière du fautif ainsi que, le cas échéant, des profits qu'il aurait pu en retirer. Ensuite, à mon sens, ils ne devraient pas être versés à la victime (à laquelle ils procureraient un enrichissement sans cause, tout en étant anticoncurrentiels), mais au *Fonds général d'indemnisation* que j'appelle de mes vœux (v. *infra*) ; sinon, à un des Fonds spéciaux de garantie (les dommages et intérêts punitifs revêtiraient alors le caractère d'une amende civile). Les dommages et intérêts punitifs impliquent d'évidence qu'un préjudice ait été préalablement retenu par le juge. D'autre part, ils n'ont de sens que s'ils ne peuvent pas être couverts par une assurance (afin de leur conserver leur rôle moral de rétribution). Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain quant à l'appréciation du préjudice et la Cour de cassation reconnaît qu'ils justifient suffisamment l'évaluation d'un préjudice par le seul énoncé du chiffre retenu, sans être tenu d'en préciser les divers éléments. Dès lors, ils peuvent déjà parfaitement condamner, sans l'appui d'un texte spécifique, l'auteur d'actes illicites à des dommages et intérêts punitifs, afin d'éviter qu'ils restent lucratifs malgré une condamnation, et il arrive qu'ils le fassent, mais évidemment sans le préciser.

Il me semble encore opportun de permettre aux tribunaux de tenir compte du *comportement* de la victime du dommage. En effet, il incombe à celle-ci de s'efforcer de *minimiser le préjudice*, dans la mesure du possible par des dispositions raisonnables, sauf en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne. D'abord, en matière contractuelle[15]. L'obligation de minimiser le dommage[16], reconnue comme un principe de la *lex mercatoria internationalis* et appliquée par les arbitres internationaux, est imposée par la *convention de Vienne* du 10 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (article 77). Elle est également prévue par les *Principes d'Unidroit 2010* (article 7. 4. 8, 1) et, de façon édulcorée, par les *Principes du droit européen du contrat* (article 9.505, 1). Ensuite, dans la responsabilité délictuelle comme un devoir général de comportement (à l'aune du bon père de famille, dont l'irrespect constitue une faute, commise après le fait dommageable). Et si ce

[14] V., d'une façon générale, l'étude originale de J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. le Tourneau, PUAM, 2004.

[15] V., semblant adopter cette position, Civ. 2e, 24 nov. 2011, no 10-25.635 : cassation de l'arrêt n'ayant pas caractérisé « *la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel* ».

[16] L'expression « *obligation de minimiser le dommage* », traduction de l'anglais *duty to mitigate*, est imparfaite, car il ne s'agit pas d'une obligation *stricto sensu*, la victime n'encourant aucune responsabilité envers l'auteur du dommage lorsqu'elle ne modère pas celui-ci.

n'est pas le cas, le juge devrait avoir la possibilité de modérer l'indemnité qu'il lui accorde. Mais la Cour de cassation considère, notamment à propos d'un dommage corporel, que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »[17]. J'ai écrit que le créancier devrait « *minimiser le préjudice* », et non pas le réduire, car celui qui cause un dommage à autrui dans des conditions qui engagent sa responsabilité est tenu de le réparer intégralement[18].

Suggestion complémentaire : prendre en compte les fautes « lucratives ». Est dite faute « lucrative » celle qui laisse à son auteur une marge suffisante, une fois le paiement des dommages et intérêts, pour qu'il n'ait aucune raison économique de ne pas la commettre, même s'il aurait des raisons morales. Elle se rencontre dans la responsabilité délictuelle (en matière de contrefaçon), mais la défaillance contractuelle peut également être motivée par de telles considérations. Ainsi, certaines entreprises estiment moins coûteux d'être condamnées à des indemnités, à la demande de partenaires différents mais pour des faits semblables, que de changer leur comportement ou de modifier leur contrat d'adhésion. La faute « lucrative » résulte donc généralement d'une évaluation préalable de l'agent. Les juges prennent déjà en compte cette donnée en assouplissant les conditions de recevabilité des actions en concurrence déloyale ou en parasitisme ; en qualifiant facilement les fautes de lourdes, de dolosives ou d'inexcusables (avec les conséquences qui s'attachent à elles) ; en calculant parfois largement l'indemnisation qu'ils allouent souverainement, ou en prenant en compte le bénéfice réalisé par le fautif. Ces solutions ne sont pas pleinement satisfaisantes pour les victimes, étant incertaines et favorisant les procès. Il a été proposé que le droit prenne directement en compte les fautes « lucratives »[19]. D'une part, en favorisant tant les actions en cessation qu'en indemnisation de telles fautes. D'autre part, en renforçant la sanction, par la condamnation à des dommages et intérêts punitifs (v. *supra*, mais la notion est distincte) et en recherchant une sanction complémentaire. J'avais approuvé ces vues, qui ont été reprises par le groupe de travail Terré *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* (article 54). Sans doute serait-il souhaitable d'aller encore plus loin, en consacrant un principe de restitution intégrale des profits illicites[20], qui serait alloué au Fonds général d'indemnisation (v. sur celui-ci *infra*).

II. Depuis plus de quarante ans, je ne cesse de suggérer une réforme plus radicale[21], révolutionnaire même, à propos des dommages portant atteinte à l'intégrité corporelle, alors que « *chacun a droit au respect de son corps* » (article 16-1, al. 1er du code civil). Le dommage corporel est en quelque sorte « co-substantiel » au droit de la responsabilité, mais il convient de dépasser l'état actuel de cette combinaison. Substituant au droit *de* l'indemnisation un droit *à* l'indemnisation, je propose que *tous les dommages corporels et psychiques* (mais eux seuls), *quelle qu'en soit l'origine* (domestiques, professionnels, de transport, de la route, médicaux, des infractions, du terrorisme, *etc.*), contractuels comme extracontractuels, soient indemnisés, *forfaitairement et automatiquement* par la Sécurité sociale[22] (généralisant le procédé de la loi du 30 octobre 1946, qui intégra la réparation des accidents du travail, mais d'eux seuls, dans le régime général de la Sécurité sociale). Son idée centrale, qui me semble relever du droit

[17] Civ. 2e, 19 juin 2003, nos 00-22.302 et 01-13.289 (2 arrêts) ; Civ. 2e, 22 janv. 2009, nos 07-20.878 ; Civ. 3e, 19 mai 2009, no 08-16.002 ; Civ. 2e, 25 oct. 2012, no 11-25.511, à propos d'un accident de la circulation relevant de la loi du 5 juill. 1985 ; Civ. 3e, 5 févr. 2013, no 12-12.124, à propos du retard d'exécution de travaux sur les parties communes d'une copropriété ; Civ. 1re, 2 juill. 2014, no 13-17.599, à propos d'un dommage causé par un notaire – Et, en matière contractuelle, Civ. 3e, 10 juill. 2013, no 12-13.851 ; Civ. 3e, 2 oct. 2013, no 12-19.887.

[18] En ce sens : J.-L. Aubert, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 55 s., spéc. p. 57.

[19] D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », dans (collectif), *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? LPA* 20 nov. 2002 (D. Fasquelle, agrégé des facultés de droit, est actuellement député).

[20] En ce sens : R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de réparation intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, chron. 2754.

[21] Qualifiée par Ph. Brun de « purge » : « Les mots du droit de la responsabilité. Esquisse d'un abécédaire », dans *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 118.

[22] V. depuis, dans le même sens, not. : L. Bloch, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse Bordeaux, 2003, nos 315 s. ; J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, préf. F. Leduc, LGDJ, 2010, nos 352 s., dans la même veine, mais voulant maintenir la réparation intégrale ; C. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », *RCA* 2009, dossier 5, dans un sens voisin de nos suggestions, mais préférant la création d'un établissement public distinct alimenté par l'impôt, traduisant mieux à son sens la solidarité nationale que la Sécurité sociale financée partiellement par les cotisations assises sur les salaires ; comp. V. Laurent, *La responsabilité médicale sans faute et les systèmes d'indemnisation*, thèse Toulouse I, 2008, nos 570 s., adoptant nos propositions, mais en les limitant aux « dommages médicaux ».

naturel, est que l'indemnisation des dommages corporels, surtout ceux qui sont causés par des choses dangereuses et par l'aléa thérapeutique, doit être fondée sur la solidarité (d'autant plus que de nombreuses victimes d'accidents en sont elles-mêmes les auteurs), car ils constituent *des risques de société*, *a fortiori* lorsqu'il s'agit des dommages sériels, qui sont apparus à l'époque contemporaine et se multiplient. « *La véritable révolution consiste à repenser l'indemnisation des victimes en termes de droit à indemnisation, et non plus de devoir de réparation* »[23]. L'économie pour la collectivité serait considérable[24], et la simplification formidable[25]. Le contentieux éventuel serait canalisé devant le seul tribunal de grande instance (ou le tribunal des affaires de Sécurité sociale[26]) : un seul ordre de juridiction. L'indemnisation forfaitaire pourrait évidemment être complétée par une assurance personnelle, comportant une garantie des accidents, une protection juridique et qui serait associée à l'assurance auto ou à la multirisque habitation. La faute de la victime serait sans incidence sur son indemnisation (à l'exception peut-être de sa volonté prouvée de mutilation ou de tentative de suicide). Évidemment, l'organisme payeur pourrait exercer une action récursoire contre l'auteur fautif du dommage.

Dans une autre option, plus conforme au libéralisme ambiant, l'assurance individuelle contre tous les accidents corporels deviendrait obligatoire[27], ce qui aurait pour avantage de répartir encore plus la charge d'indemnisation et donc de la réduire pour chacun. Il ne faut toutefois pas se dissimuler la difficulté d'imposer une assurance à tous les citoyens. En pratique, nombre d'entre eux s'assurent déjà (mais seulement à titre complémentaire) pour tous les dommages corporels qu'ils pourraient subir, eux et leur famille. Mais un tel procédé n'est pas neutre : le transfert des dommages non pris en charge par la collectivité à une mutualité élargie, qui s'opère insidieusement, pourrait se traduire par une situation dans laquelle chacun ne serait plus couvert que pour certains risques et en fonction de ses moyens[28]. Une partie des dangers dénoncés pourraient cependant être évincés par les procédés suivants. D'abord, ici aussi l'indemnisation devrait être forfaitaire et automatique (sans examen des fautes éventuelles), ce qui en limiterait le coût (et éviterait que les intéressés se heurtassent à un refus des assureurs d'assurer les risques lourds). D'autre part, en dessous d'un certain revenu fiscal, les primes seraient indexées sur celui-ci ; enfin, pour les personnes ne bénéficiant que du RSA ou du minimum vieillesse, l'assurance obligatoire serait prise en charge par le Fonds général d'indemnisation (v. sur celui-ci *infra*). Afin d'éviter l'irresponsabilité, l'organisme payeur pourrait exercer un recours contre l'auteur du dommage coupable d'une faute. Toutefois, mes propositions risquent d'être en partie paralysées par le droit communautaire, du moins pour les accidents causés par les produits défectueux. Il serait sans doute nécessaire de conserver celui-ci, mais en excluant dans son domaine tout autre régime d'indemnisation (ce qui n'est pas le cas actuellement[29]). La simplification de notre système demeurerait, tout en étant atténuée. Cela démontre, s'il en était besoin, qu'il serait préférable qu'une réforme de l'ampleur de celle que je suggère fût menée par l'Union européenne (alors que je récuse toute idée d'un code civil européen). Au fond, peu importe la voie retenue, seul le résultat compte (le débat n'est pas académique), à savoir l'indemnisation automatique des dommages corporels. Un pas (timide) en ce sens fut franchi en 2002, puisque le législateur a reconnu que les dommages résultant de l'aléa thérapeutique (non imputables à une faute médicale) relèvent de la « *solidarité nationale* », du moins au-delà d'un certain seuil (L. n° 2002-203 du 4 mars 2002 ; article L. 1142-1, II, al. 1er du

[23] C. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », art. préc., n° 13.

[24] Puisque la réparation serait forfaitaire, à des taux très inférieurs à ceux qui sont pratiqués actuellement (sauf pour les accidents du travail).

[25] Puisque l'indemnisation serait automatique, et que ce régime serait unique.

[26] Pour C. Radé, « Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture », art. préc., n° 24, il est également nécessaire que les organes chargés de statuer sur le droit à indemnisation aient un statut juridictionnel, et non simplement administratif comme les commissions régionales d'indemnisation des accidents médicaux.

[27] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3e éd., 2008, nos 61 s. ; Ph. Pierre, *Vers un droit des accidents. Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse Rennes, 1992, nos 1 s. ; M. Lehot, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, thèse Le Mans, 2001, nos 111 s. ; L. Grynbaum, « Responsabilité et contrat : l'union libre. Variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrats », dans *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 409 s., spéc. p. 428 s.

[28] Toute la démonstration de C. Russo (*De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe. Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, préf. G.-J. Martin, Dalloz, 2001), sous forme de mise en garde, est en ce sens, qui préfère le mécanisme des assurances de responsabilité aux assurances directes, y compris pour les accidents corporels.

[29] Ph. le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants,* Dalloz, coll. « Référence », 4e éd., 2012, n° 22.54.

code de la santé publique) ; voilà une réforme heureuse, respectant le droit de la responsabilité.

Puisque l'idée centrale de mon système me semble relever du droit naturel, il en découle, dans la logique des droits fondamentaux, que l'indemnisation devrait respecter le principe primordial d'égalité, ce qui est loin d'être le cas actuellement, selon que la victime relève du droit commun ou de l'un des régimes spéciaux et, pis encore, quant à son évaluation. Cette rupture d'égalité disparaîtrait pour le premier aspect par le régime unique de ce droit des dommages corporels. Et, quant au second aspect, dans la mesure où l'indemnisation s'effectuerait en vertu de barèmes nationaux (révisables régulièrement), en fonction de la nature du dommage, comportant des variables pour tenir compte des spécificités propres à la victime (avec une franchise de base non indemnisable). Le droit ne serait pas *mis en barèmes*, mais des barèmes permettraient d'améliorer le droit. Le *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*[30] proposa, dans le même esprit, bien qu'avec une terminologie absconse, un « *Référentiel indicatif national, statistique et évolutif* ». Toutefois, ce référentiel n'est qu'indicatif, donc qu'un outil d'information des victimes et des intervenants dans la cause, au fond une base de données. Dans mon système, les barèmes nationaux seraient impératifs, et par conséquent un instrument d'harmonisation des indemnisations (afin de garantir l'égalité de traitement des victimes), quelle que soit encore une fois l'origine du dommage, et sans divergence en cas de contestation entre les juridictions civiles ou administratives (comme c'est le cas actuellement), puisque le contentieux éventuel serait canalisé devant le seul tribunal de grande instance ou le tribunal des affaires de Sécurité sociale (v. *supra*). Ultérieurement, la nomenclature Dintilhac[31] fut rapidement adoptée par la pratique judiciaire (et semble en passe de l'être par le Conseil d'État[32]), ce qui est heureux, et la Cour de cassation la contrôle, directement ou indirectement. Une grosse difficulté concrète subsiste dans notre système, résultant de l'aléa des expertises médicales (même s'il pourrait être atténué par la création de barèmes nationaux *d'évaluation médicale*, distincts des barèmes d'indemnisation cités plus haut). En avril 2008, la Fédération française des sociétés d'assurance et le Groupement des entreprises mutuelles d'assurance publièrent un *livre blanc* sur l'indemnisation du dommage corporel, s'achevant par treize propositions, dont la création d'une nomenclature officielle des postes de préjudices ; d'un barème officiel médical unique ; des références indemnitaires officielles pour les préjudices non économiques ; des méthodes officielles de calcul des préjudices économiques ; enfin, d'un barème de capitalisation officiel, révisable périodiquement. Les barèmes présentent évidemment des inconvénients, notamment l'abstraction et la rigidité[33], sans compter qu'ils sont impossibles à imaginer pour la perte de la qualité de vie ou les troubles des conditions d'existence : ils ne sont utilisables que pour l'indemnisation du dommage corporel.

En parallèle, il me semble opportun de créer un *Fonds général d'indemnisation*, donc lui aussi unique (ce que je répète depuis 1972 ; plusieurs auteurs ont repris cette idée). Cela, alors que se sont multipliés les fonds spéciaux[34]. Des propositions de création de nouveaux fonds continuent d'être lancées (par ex. pour les dommages écologiques ; ou afin de remédier aux inconvénients, pour les victimes, de l'exonération pour « risque de développement » dans la loi du 19 mai 1998[35]). Les dommages et intérêts punitifs (v. *supra*), comme la restitution intégrale du profit des fautes lucratives (v. *supra*), auxquels je suis favorable, devraient être alloués à cet organisme et non à la victime qui, dans une vue humaniste, ne doit pas s'enrichir « grâce » à un accident, et afin d'éviter qu'ils aient un effet anticoncurrentiel. Au demeurant, en dehors même de la création du droit des dommages corporels que je souhaite (œuvre d'envergure, soulevant par conséquent des objections de tous côtés), la fusion de l'ensemble des fonds spécialisés en un seul *Fonds unique et général d'indemnisation*

[30] Élaboré par un comité d'experts dirigé par Y. Lambert-Faivre en juin 2003.

[31] Rapport établi sous la dir. de J.-P. Dintilhac, remis le 28 oct. 2005, publié par la *Documentation française ;* il fut adressé par la Chancellerie à tous les magistrats.

[32] En ce sens : A. Guégan-Lécuyer, « Vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions », *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2014, n^{os} 246-247, p. 6, se fondant sur plusieurs arrêts.

[33] J.-B. Prévost, « L'homme moyen ou l'étalon vide. Réflexions sur la dérive gestionnaire des barèmes », *Gaz. Pal.* 9 nov. 2012, p. 7 s.

[34] Pour un tableau synoptique et exhaustif des fonds d'indemnisation existant en droit français : J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation. Analyse en droits français et allemand*, préf. Y. Lequette et C. Katzenmeir, LGDJ, 2013, p. 503 s.

[35] P. Oudot, *Le risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation*, préf. J.-P. Pizzio, éd. Univ. Dijon, 2005, n^{os} 427 s.

serait déjà un grand progrès ; et elle permettrait, par contrecoup, une amélioration fondamentale de la responsabilité civile, à vrai dire une restauration (tandis que mon Fonds général, comme les multiples fonds actuels affaiblissent, le principe selon lequel le responsable doit « réparer » les conséquences de ses actes dommageables, puisque tous constituent une socialisation de l'indemnisation). À défaut de ce Fonds général d'indemnisation, et en attendant son hypothétique création, ce serait tout de même un progrès que de créer le regroupement administratif, dans un « guichet unique », de tous les fonds existants, permettant une mutualisation des moyens et surtout une procédure d'indemnisation plus simple pour les victimes[36].

Je suis très attaché à la notion de faute, pour des considérations extra-juridiques[37]. C'est cet attachement qui m'incite à souhaiter l'instauration d'un régime autonome d'indemnisation automatique, totalement détaché de la faute. Le paradoxe n'est qu'apparent. En effet, il permettrait par ailleurs de sauvegarder, ou même de rétablir la faute dans sa pureté originelle, en dehors du domaine du régime spécifique aux dommages corporels, qui est nécessaire pour protéger les victimes. Car la faute en droit positif n'est plus qu'une caricature de ce que cette notion signifie en morale, en droit naturel et dans le simple bon sens, ayant été désintégrée et désincarnée par l'abandon de l'imputabilité, dans le louable dessein d'aider les victimes, précisément en raison de l'absence d'un droit des dommages corporels. La faute appréciée objectivement camoufle en réalité une obligation de garantie des dommages corporels causés à autrui : reconnaissons hardiment une telle obligation d'indemnisation et remettons la faute à l'endroit ! À côté d'un régime indemnitaire objectif des dommages corporels, maintenons la responsabilité subjective classique et rétablissons sa cohérence (v. *supra* les mesures proposées en ce sens).

Pour les dommages corporels, la faute de la victime ne devrait plus conduire à une exonération partielle de responsabilité (sauf en cas d'acte suicidaire ou, éventuellement, de faute inexcusable). En effet, le système actuel est aberrant, car il conduit à considérer que l'on puisse être responsable à l'égard de soi-même. De plus, il est totalement irrationnel dans la responsabilité du fait des choses. La faute de la victime ne devrait jamais intervenir dans un système de responsabilité objective. Placer ainsi sur le même plan une faute prouvée et une présomption, c'est-à-dire une certitude et une hypothèse, revient à mêler des éléments hétérogènes.

L'admission d'un authentique droit des accidents corporels permettrait d'abandonner maintes pratiques actuelles du droit des obligations, principalement mais non exclusivement, de la responsabilité civile extracontractuelle, qui sont autant de détestables dérives. Les dommages corporels sortiraient enfin du domaine de la défaillance contractuelle, où ils sont entrés par effraction avec l'obligation de sécurité[38], alors qu'ils sont étrangers à ce domaine, sauf si l'obligation contractuelle porte directement sur le corps humain, comme celle qui pèse sur un chirurgien. En dehors de ce cas (et encore n'est-ce pas une nécessité ontologique[39]), toute atteinte au corps ne peut mettre en branle que la responsabilité délictuelle (ou un régime d'indemnisation forfaitaire et automatique). Ainsi, le droit du contrat retrouverait son domaine naturel, celui des obligations créées par la volonté des parties.

Le préjudice moral ne devrait plus être indemnisé. D'une part, car la monnaie ne sert qu'à évaluer des biens et des services, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (et comment apprécier des sentiments ?) ; d'autre part, car le but d'une indemnisation est de compenser un préjudice et que l'argent, dans ce domaine, ne peut rien compenser[40], de sorte que la « réparation » est en réalité une peine privée subreptice (des dommages et intérêts punitifs sans le nom ; s'il s'agit d'une peine privée ou de dommages et intérêts punitifs, la condamnation ne devrait intervenir qu'en présence d'une responsabilité subjective, et non dans un cas de responsabilité sans faute ; et le montant devrait en être accordé au Fonds général de garantie). Si, malgré tout, l'opinion publique répugnait trop à cette rigueur

[36] J. Knetsch, thèse préc., n^os^ 638 s.
[37] *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n° 21.
[38] L'obligation de sécurité *de moyens* est une absurdité, puisqu'elle se retourne souvent contre son bénéficiaire ; il est donc impératif de la supprimer. Mais, même si l'obligation de sécurité de résultat ne présente pas cet inconvénient, elle n'en reste pas moins une excroissance artificielle et illogique du contrat, qu'il serait donc opportun de supprimer. V. sur ces points, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n° 3304.
[39] *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n° 4199.
[40] *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n^os^ 1553 s.

(qui est un choix de société), car son indemnisation a ou aurait une fonction d'assouvissement et une vertu de *catharsis,* elle pourrait être maintenue mais à une somme forfaitaire, faible et globale. Ce dernier trait ferait cesser l'atomisation entre toutes sortes de préjudices, toujours plus nombreux, aux noms fantaisistes et parfois paradoxaux (le préjudice d'agrément n'est-il pas plutôt un préjudice de *désagrément ?*) ; les *préjudices d'angoisse* et *d'anxiété* en sont des déclinaisons récentes (très contestables pour ces deux derniers dans leur principe même lorsqu'ils sont purement psychiques[41]). La multiplication des variétés de préjudices constitue une aberration lorsqu'ils portent sur l'être humain[42], puisqu'elle dépèce l'homme qui, par nature, est une unité. Peut-être faudrait-il que le législateur énumérât une liste limitative des intérêts protégés dont la violation constitue un préjudice réparable[43]. Ce qui est affreusement appelé « l'état végétatif » ne devrait pas donner lieu à une indemnisation systématique du préjudice moral qui en résulterait[44] (la compensation du préjudice patrimonial doit évidemment être accordée selon la méthode la meilleure). Elle n'est le plus souvent que l'occasion d'un enrichissement sans cause des proches. Parfois, ils en viennent même à se réjouir du sort de la victime qui assure leur fortune (autrefois, la famille répondait des fautes commises par l'un de ses membres ; aujourd'hui, il lui arrive de profiter des préjudices causés à l'un d'entre eux... il n'est pas certain que cela soit un progrès !). Enfin, la vie, le fait d'être né, ne devrait jamais être considéré comme un préjudice (article L. 114-5, al. 1er du code de l'action sociale et des familles)[45]. C'est au titre de la solidarité que les handicapés doivent être pris en charge par la Nation, ce qui a été reconnu par la loi no 2002-303 du 4 mars 2002 (article 1er, II ; article L. 114-5, al. 3, *in fine*, du code de l'action sociale et des familles), venant briser la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Perruche*[46]. Néanmoins, la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer (article L. 114-5, al. 2 du code de l'action sociale et des familles). Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée envers les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une « faute caractérisée », les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice (article L. 114-5, al. 3 du code de l'action sociale et des familles).

La réparation du préjudice moral des personnes morales, admise par la jurisprudence[47], soulève également des difficultés, ces personnes ne pouvant pas souffrir. Cependant, très souvent, et même presque toujours, ledit préjudice moral constitue en réalité une atteinte à l'image de l'entreprise et une atteinte à ses qualités[48]. Or, l'image d'une entreprise et ses qualités ont une valeur économique (et sont éventuellement génératrices de profits), de sorte que leur atteinte mérite réparation. Pour autant, il est stupide d'invoquer l'angoisse d'une personne morale[49].

III. La méthode qui a été adoptée en France jusqu'à présent du domaine dont je traite, de réformes multiples à la petite semaine, insérant dans notre arsenal juridique un nouveau régime spécifique pour telle ou telle cause de dommage, au coup par coup lorsque l'opinion publique s'émeut par trop (l'histoire du sang contaminé étant emblématique à cet égard), ou sur l'initiative des organes de l'Union européenne (comme la loi du 19 mai 1998, sur la responsabilité du fait des produits défectueux), me paraît désordonnée et fâcheuse. Elle rend le droit de plus en plus compliqué et injuste (les conditions de l'indemnisation et le montant de celle-ci étant différents d'un régime à l'autre), crée des querelles de frontières et des litiges innombrables sur les termes propres que chacune de ces lois utilisent, interprétées avec une subtilité qui confine souvent au byzantinisme (les normes trop subtiles sont

41 Chacun doit faire face à ses difficultés psychologiques, même si cela est parfois difficile. Et le droit n'a pas pour vocation de remplacer les psychiatres.

42 *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nos 1583 s.

43 En ce sens, M. Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », *D.* 2010, chron. 2376.

44 *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nos 1559 s.

45 *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nos 1439 s.

46 *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nos 1439 s.

47 V., admettant catégoriquement la possibilité de l'indemnisation du préjudice moral d'une société, à propos de la violation d'une clause de non-concurrence : Com. 15 mai 2012, no 11-10.278. La jurisprudence est assez abondante en matière de concurrence déloyale ou du parasitisme ; v. sur ce dernier, Ph. le Tourneau, *Le parasitisme,* Litec, 1998, 2e éd., en livre électronique (*e.book*), actualisé régulièrement, sur le site http ://juriscampus.fr/JurisCampus-Editions.

48 Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice moral des personnes morales », dans *Libre Droit. Mélanges Ph le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959 s.

49 *Contra* : Civ. 3e, 8 juin 2011, no 10-15.500

souvent périlleuses[50]). Ainsi, qu'est-ce qu'un *accident de trajet* pour la loi sur les accidents du travail ; la *mise en circulation* dans celle du 19 mai 1998 ; dans celle du 5 juillet 1985, l'implication, un accident de la circulation, un véhicule, un conducteur ? Le droit de la responsabilité civile devient de plus en plus une mosaïque disparate de cas particuliers. Vive les maximes générales ! Les clauses générales, comme celles des articles 1382 et 1384 (al. 1er) sont plus conformes au « génie » latin, et singulièrement à celui de notre pays, alors qu'il est dans l'esprit des peuples germaniques et « anglo-saxons », plus marqués par le pragmatisme, de se complaire dans les « cas », les « *torts* » ; il est vrai que c'était aussi le cas en France avant la Révolution. Au demeurant, je reconnais que cette méthode n'a pas que des inconvénients : « *Un système de délits spéciaux, concrets, fragmentaires, comme en a connu le droit romain, comme en connaît encore le droit anglais, permet de traiter plus exactement les divers types sociologiques et psychologiques de fautes civiles et se trouve ainsi, malgré son archaïsme, plus proche des préoccupations scientifiques modernes* » (Carbonnier[51]) ; alors que le système français actuel des clauses générales « *présente trois défauts liés : 1) il méconnaît la hiérarchie des intérêts à protéger ; 2) il n'offre aucune résistance aux demandes de réparation ; 3) il tend à envahir le champ des intérêts purement contractuels* »[52]. Cependant, un droit codifié (en règles générales) est plus souple qu'un droit plus ou moins coutumier comme celui de la *Common law* car, le juge n'ayant pas à se fonder sur un précédent obligatoire (*stare decisis*), possède paradoxalement une plus grande liberté d'interprétation, pour ne pas dire d'invention (celle de l'article 1384, al. 1er, dans ses deux éléments, *in fine* puis *in medio*, est particulièrement topique). Les lacunes, intentionnelles ou non, sont riches de droit latent (l'exemple emblématique étant encore celui du 1er al. de l'article 1384 du code civil). S'il existe une *crise* de la responsabilité civile, elle résulte largement de l'inflation de régimes conduisant à un *droit en miettes*[53], et de l'interférence entre la responsabilité civile et les procédés de « collectivisation » des risques[54]. Aussi il est temps de refondre les **articles du code civil portant sur la responsabilité, qui sont obsolètes**[55]. Outre les éléments déjà indiqués ci-dessus, cette refonte pourrait légaliser (« consolider ») dans des textes clairs et concis les apports heureux de la jurisprudence (telles la responsabilité générale du fait d'autrui [en précisant ses conditions] ou la concurrence déloyale[56]), mais en abolissant celles qui sont fâcheuses, dont voici un échantillon : la distinction des obligations de moyens et de résultat, celle de la garde de la structure et de la garde de comportement ; et, plus radicalement, la pseudo « responsabilité contractuelle »[57] (que je désigne par l'expression de *défaillance contractuelle)*, ainsi que la responsabilité générale du fait des choses, comme je le suggère depuis 1976[58], cette singularité française, dont les inconvénients sont nombreux[59], étant devenue inutile, depuis la multiplication des délits spéciaux avec des régimes particuliers protecteurs, notamment pour les accidents de la circulation, les accidents thérapeutiques, les accidents de la consommation (quant aux produits défectueux) ou pour les risques techniques[60]. Ce serait aussi l'occasion

[50] Comp. : M. Vivant, « Considérations au fil de la plume sur la norme subtile », dans *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059 s.

[51] J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chron. 119.

[52] Ph. Rémy, « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », dans F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, 15 s., spéc. 37 s.

[53] *Le droit en miettes* est le titre d'un article d'A. Tunc, *APD*, t. XXII, 1977, p. 31.

[54] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, nos 33 s.

[55] Comp. G. Viney, « Modernité ou obsolescence du code civil ? L'exemple de la responsabilité », *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1041 s.

[56] Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 359 s.

[57] Je ne peux pas ici aborder ce thème. Je relève seulement que les deux régimes de la responsabilité délictuelle et de la défaillance contractuelle ont des fondements et des finalités distincts. L'obligation née d'un délit civil vise à réparer le dommage injustement causé, et donc à placer la victime dans l'état où elle se trouverait si le dommage n'était pas intervenu (compensation de *l'intérêt négatif*). Le concept de responsabilité contractuelle assimile faussement l'inexécution à une faute et ses suites à un préjudice ; autrement dit, le débiteur serait un coupable et le créancier une victime. Cette vision moralisatrice ne correspond pas à la finalité du régime de la défaillance contractuelle. Celle-ci obéit à des modalités particulières, distinctes de celles qui ont cours dans la responsabilité délictuelle. Elles sont destinées à *permettre le respect dans le temps de la volonté initiale des parties*, *et à maintenir l'équilibre de leurs prestations réciproques.* Le contrat est destiné à assurer la création et la circulation des richesses, à échanger des biens et des services ; *il n'a pas pour finalité de réparer des dommages.* S'il existe une différence entre l'attente légitime de l'une des parties et ce qu'elle a reçu, c'est cette différence qu'elle demande, l'équivalent de l'avantage escompté du contrat (éventuellement sous une autre forme : une somme d'argent, compensation de *l'intérêt positif*). Le contrat n'est pas générateur d'une norme de comportement. Il est créateur d'obligations ; il est un instrument de prévision et non d'indemnisation. V., pour des développements, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nos 1804 s.

[58] Comp. J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1 s.

[59] J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », art. préc.

[60] L. no 2003-699 du 30 juill. 2003 relative à la prévention des risques « technologiques » et naturels et à la réparation de leur dommage.

d'évincer la prise en compte de la faute de la victime dans les régimes objectifs de responsabilité, de remettre d'aplomb un certain nombre de notions malmenées (la faute, le préjudice, *etc.*), de définir avec précisions certaines autres qui donnent lieu à des hésitations (comme la force majeure, la faute inexcusable, l'abus de fonction, la cohabitation de l'article 1384, al. 4 [à moins de la supprimer, puisqu'elle a perdu une grande partie de sa réalité[61]], le rôle actif de la chose [traduction de la nécessité du lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice dans la responsabilité du fait des choses, qui tempère la rigueur de ce cas d'ouverture]), de retrancher plusieurs régimes particuliers : ceux de la responsabilité des artisans (rentrant dans le giron des commettants) et des « instituteurs » (le régime de la responsabilité des éducateurs fonctionnaires devrait être le même que celui des autres fonctionnaires ; quant aux rares éducateurs privés, ils seraient soumis à la responsabilité générale du fait d'autrui) ; voire celle des parents, qui seraient traités au même titre que les commettants[62] ; le régime spécifique aux incendies dans la responsabilité du fait des choses (article 1384, al. 2 et 3 du code civil), les responsabilités du fait des animaux et du fait des bâtiments (articles 1385 et 1386 du même code), la responsabilité spéciale de l'exploitant d'aéronef pour les dommages causés par l'appareil à la surface (article L. 6131-2 du code des transports) : ils relèveraient tous de la responsabilité générale du fait des choses si celle-ci était maintenue. Mais, surtout, cette refonte devrait comporter des innovations majeures, la principale étant la création d'un *droit des dommages corporels*, simple et efficace, dont j'ai longuement parlé plus haut.

De belles initiatives furent lancées afin de provoquer la refonte des **articles du code civil portant sur la responsabilité**. En premier lieu, le regretté professeur Catala prit l'initiative de lancer, sous l'égide de l'Association Capitant des amis de la culture juridique française[63], une commission officieuse de réforme de l'ensemble du code civil[64], divisée en plusieurs groupes particuliers. L'un d'entre eux a été chargé de la responsabilité civile sous la direction de Geneviève Viney. Son texte (quelque peu prolixe : 91 articles), propose une assez bonne « consolidation » du droit positif actuel, avec cependant plusieurs heureuses innovations (rejoignant généralement mes vœux). Mais, même s'il renforce l'indemnisation des victimes de dommages corporels, il n'a pas eu l'audace de suggérer un véritable droit des dommages corporels. De plus, je regrette qu'il ait conservé la distinction des obligations de moyens et de résultat, l'obligation de sécurité, la responsabilité générale du fait des choses, et surtout la fausse « responsabilité contractuelle », poussée même à son paroxysme[65]. En effet, la défaillance contractuelle y est entièrement traitée dans le sous-titre de la responsabilité civile, l'inexécution n'étant considérée que comme une variété de fait illicite (projet, article 1340), ce qui n'est pas anodin[66]. D'abord, il ne permet pas d'avoir, dans la partie des contrats, une vue complète des règles pouvant être invoquées par le débiteur en cas d'inexécution ; celles-ci sont fractionnées entre le sous-titre relatif au contrat (dans les articles 1157 et suivants) et dans le sous-titre portant sur la responsabilité. En outre, et peut-être surtout, ce choix a conduit à atténuer largement, mais à la dérobée, la spécificité de cette pseudo responsabilité. Les articles 1340 et 1363 la présentent comme ayant uniquement pour objet la réparation d'un dommage ; or, la défaillance contractuelle a essentiellement un rôle de paiement (les dommages et intérêts sont principalement destinés à compenser la privation de l'avantage attendu par le créancier, à l'enrichir de ce que le contrat devait lui apporter). Du reste, non contents d'avoir consacré la responsabilité contractuelle, et de l'avoir insérée à la place que nous savons, les rédacteurs de cet avant-projet, dans leur passion pour cette notion, décidèrent d'aller encore au-delà du droit positif actuel. Ainsi, le principe de non-option, rappelée par l'article 1341, alinéa 1er, du texte, est battu en brèche par deux exceptions importantes. Elles

[61] *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n° 7428-1.

[62] En ce sens : C. Radé, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *L'autorité parentale en question*, Septentrion, 2003, p. 81 s., n° 23.

[63] Dirigée actuellement par le professeur D. Mazeaud.

[64] P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La Documentation française, 2006.

[65] Ph. le Tourneau, « Brefs propos sur la ''responsabilité contractuelle'' dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007, 2180 (c'est Jean Foyer qui m'avait demandé de rédiger et de publier ce texte) et d'une façon plus large, « Le projet français de révision de la responsabilité civile. Une voie critique », dans B. Winiger (dir.), *La responsabilité civile de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, Bruylant et Schutlhess, 2008, p. 181 s.

[66] M. Faure-Abbad, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, chron. 165.

sont d'une telle ampleur que le principe est largement vidé de son contenu, au point qu'il subsiste plus à titre de trace historique et conceptuelle que réelle. La première exception est relative aux dommages corporels, afin de remédier au défaut de l'obligation de sécurité (puisqu'actuellement les victimes de dommages identiques sont traitées différemment, en fonction de la nature contractuelle ou extracontractuelle de leur rapport avec l'auteur du dommage). La voici : lorsqu'un dommage corporel est causé par la mauvaise exécution d'un contrat, la victime peut « *opter en faveur des règles qui lui sont le plus favorables* » (article 1341, al. 2). Je comprends la finalité de cette disposition, même si j'en conteste la modalité. Il aurait été plus judicieux, à défaut d'un vrai régime spécifique des dommages corporels, de supprimer l'obligation contractuelle de sécurité, car un contrat ne peut nullement renforcer ou atténuer la sécurité de quiconque, notamment du cocontractant. *Les dommages corporels ne constituent pas des défaillances contractuelles*. Ils relèvent de la responsabilité délictuelle, puisque le devoir de veiller à ne pas causer de dommage corporel à autrui pèse sur tous. La seconde exception au principe de non-option est relative aux rapports entre les contractants et les tiers. Elle résulte de l'article 1342, alinéa 1er, de l'avant-projet, selon lequel « *lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers*, *celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1363 à 1366* [une section sur les rares règles propres à la ''responsabilité contractuelle'']. *Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage* »[67]. Voici qu'un tiers à un contrat pourrait invoquer les obligations contractuelles, auxquelles il est étranger par définition, et que les dispositions de celui-ci pourront s'imposer à son encontre ! La disposition est la plus large possible, pouvant bénéficier à quelque tiers que ce soit, y compris à celui qui n'a aucune espèce de lien avec le débiteur ou avec le créancier de l'obligation inexécutée (alors même, par conséquent, qu'il n'est pas partie à un autre contrat d'un ensemble contractuel). La finalité de la seconde exception est de mettre un terme au byzantinisme des solutions actuelles de la Cour de cassation quant aux actions dites directes dans les chaînes de contrats. Cependant, les dispositions de l'avant-projet, certes plus simples, heurtent la raison, dont le droit ne peut s'abstraire. La vraie cause des difficultés actuelles de la jurisprudence réside, encore une fois, dans le fait de plaquer artificiellement un régime de responsabilité à des situations contractuelles. Le remède proposé, loin de l'atténuer, l'exaspère en le portant à son paroxysme[68].

Ultérieurement, le professeur François Terré, encouragé par le ministère de la justice, après avoir constitué un groupe de travail ayant émis des réflexions et des propositions pour une réforme du droit des contrats[69], comprenant la défaillance contractuelle, a lancé un nouveau groupe de travail, dont les travaux remarquables aboutirent à une proposition de textes *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, transmise à la Chancellerie le 9 juillet 2010[70]. La réforme proposée, peut-être moins radicale que celle du projet Catala-Viney, car plus fidèle à l'esprit du code civil de 1804, n'en est pas moins considérable, une véritable recodification[71]. Elle ne traite pas des dommages et intérêts en matière contractuelle, qui sont maintenus dans un § 3, *De l'inexécution*, de la section traitant des *Effets du contrat entre les parties*[72]. Le texte conserve la clause générale de responsabilité pour faute, associée à deux corollaires : la confirmation du principe de non-option (afin d'empêcher qu'elle perturbe le régime de l'inexécution du contrat), et l'articulation de cette responsabilité avec les principaux délits civils[73]. Une section (articles 19 à 43) traite de cinq délits spéciaux, qui sont, soit d'application très fréquente, soit particulièrement typiques. Cependant, la liste n'est pas figée *ne varietur*, l'article 1er, alinéa 3, du projet réservant au législateur la faculté de créer de nouveaux cas de responsabilité sans faute.

[67] Faut-il qu'il ait eu connaissance de ces clauses auparavant ? L'art. 1172-2 le laisse entendre, mais dans les seuls cas des ensembles contractuels.

[68] V. cep., pour une appréciation plus bienveillante de l'art. 1342 de l'avant-projet Catala-Viney, D. Mazeaud, « Contrat, responsabilité et tiers… (Du nouveau à l'horizon…) », dans *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 745 s.

[69] F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

[70] F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011.

[71] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », dans F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 62 s., spéc. nos 3 s.

[72] C'est, qu'en effet, les dommages et intérêts ont pour effet, dans le domaine contractuel, de placer autant que faire se peut le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.

[73] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », art. préc., nos 5 s.

Toutefois, cet article vise à retirer au juge le pouvoir créateur qu'il s'était adjugé en la matière, en présence de l'inertie du Parlement. Rejoignant la position que je défends depuis longtemps, le projet donne compétence exclusive au droit des délits pour la réparation des préjudices causés par les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne[74]. La responsabilité du fait des choses est maintenue, mais réduite à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne (article 20), de sorte qu'elle ne constituerait plus une clause générale. Un des apports majeurs du projet Terré est la différenciation des intérêts protégés[75], notamment en vue d'une meilleure protection de la personne. « *Les règles de réparation ont été articulées à partir des divers préjudices résultant d'atteintes à des catégories d'intérêts typiques* – l'atteinte à la personne, l'atteinte aux biens, l'atteinte aux intérêts moraux. D'autre part, moins visiblement mais plus fondamentalement, le traitement de l'illicéité comme *élément constitutif du dommage réparable* aussi bien que comme *élément de la faute* manifeste aussi que le droit des délits sanctionne et hiérarchise les intérêts dont il assure la protection »[76]. Les règles de réparation sont heureusement diversifiées en fonction des différentes catégories de préjudice[77].

De son côté, le ministère de la Justice a présenté au Sénat, le 27 novembre 2013, un projet de loi « *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* », autorisant le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour parvenir aux objectifs fixés. Parmi eux figurent la modernisation des règles applicables au droit des contrats et des obligations. Le texte que le gouvernement retiendra sera sans doute proche du « document de travail », intitulé *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, du ministère de la Justice, daté du 23 octobre 2013, lui-même issu d'un texte du 9 mai 2013. Il n'opère pas un réel bouleversement de la matière, mais une « consolidation » ; il est très inspiré par le projet Catala. Toutefois, fort curieusement, il ne comprend pas la réforme de la responsabilité civile. Le Sénat s'est opposé à une réforme du droit des contrats et des obligations par ordonnance. Il a supprimé donc l'habilitation demandée par le gouvernement du projet de loi adopté par lui en première lecture le 23 janvier 2014, laquelle a été ensuite rétablie par l'Assemblée nationale le 16 avril 2014. Le projet de réforme reste en suspens, la commission mixte paritaire réunie le mardi 13 mai 2014 ayant constaté le désaccord des deux chambres.

J'achèverai la litanie de mes propositions de « changements » du droit de la responsabilité par quelques mots sur la responsabilité administrative. Une *unité d'inspiration* la relie à la responsabilité civile et une *interaction* existe entre elles. *Chacune est influencée par l'autre* dans un étonnant pas de deux. Cette direction est la bonne. Oserai-je dire que je souhaiterais même qu'elle fût adoptée dans ses plus extrêmes conséquences, c'est-à-dire leur fusion, tout en sachant que c'est un rêve difficilement réalisable ? Néanmoins, un pas a été franchi en ce sens par la loi précitée du 4 mars 2002 dans le domaine de la responsabilité médicale. Une vue plus réaliste, mais heurtant également bien des habitudes, serait de maintenir la spécificité de la responsabilité administrative, tout en en transférant tout le contentieux à une chambre spéciale de la Cour de cassation.

Certes, le droit de la responsabilité civile a su concilier les besoins de sécurité et d'adaptation, d'ordre et de progrès, mais au prix de subtilités excessives, d'une incohérence certaine[78], d'une « processualité » fâcheuse et d'incessants revirements de jurisprudence. Cela m'incite à souhaiter une refonte radicale du code civil en la matière. Par conséquent, à approuver le projet Catala-Viney, malgré mes réserves importantes (notamment quant à sa sublimation de la fausse « responsabilité contractuelle ») et plus encore le projet Terré.

20 septembre 2014

[74] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », art. préc., n° 8.

[75] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », art. préc., nos 9 s. ; J.-S. Borghetti, « Des principaux délits spéciaux », dans F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 163 s.

[76] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », art. préc., n° 9 *in fine*.

[77] Ph. Rémy et J.-S. Borghetti, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », art. préc., nos 13 s. ; P. Rémy-Corlay, « De la réparation », dans F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 191 s.

[78] C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle L'influence de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005, démontre cela dans sa première partie, tandis que la seconde s'attache à proposer une solution pour résorber l'incohérence.

9. Régime général de l'obligation

Le changement et le régime général de l'obligation : l'avant-projet de réforme

Philippe Simler
Professeur émérite de l'Université de Strasbourg

Ce qu'il est convenu d'appeler **régime général** des obligations forme le troisième volet des projets de réforme du droit des obligations, dont les deux autres ont pour objet le contrat et la responsabilité. Tous les ouvrages de droit des obligations répondent à ce schéma. Manquent cependant à l'appel, dans cette trilogie, les mystérieux **quasi-contrats,** troisième source – mineure – d'obligations, après le contrat et la responsabilité. Pour les besoins de la cause, cette question a été rattachée, non sans artifice, au projet relatif au régime général, sous le titre « **Autres sources d'obligations** ». Il fallait bien qu'il en fût traité quelque part. Il en sera donc brièvement question dans les développements qui suivent. Paraît plus légitime le rattachement au régime général du droit de la **preuve des obligations,** qui fait cependant l'objet, dans les projets, d'un titre distinct, ce que l'importance de la question justifie.

Tel est le périmètre du troisième bloc de textes rédigé par la commission présidée par François Terré et remis au Garde des Sceaux en janvier 2013[1]. Pour ce que l'on en sait, la Chancellerie a retenu, ce schéma. Elle paraît aussi vouloir suivre très largement les propositions de ce projet, qui est lui-même, bien évidemment, inspiré des travaux antérieurs, notamment de l'avant-projet rédigé sous la direction de Pierre Catala[2].

Chacun connaît les vicissitudes de ce projet et de celui traitant du contrat. Dans un souci d'efficacité et de rapidité, le Gouvernement a souhaité pouvoir légiférer en cette matière (à l'exclusion du droit de la responsabilité) par voie d'ordonnance. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a répondu favorablement à ce souhait. Mais on sait que celle du Sénat s'y est vivement opposée. Nul ne disconviendra de ce que ce « domaine sensible et important du droit », selon les termes du Président de la Commission des lois du Sénat, relève de la compétence naturelle du pouvoir législatif et qu'il serait souhaitable que la voie législative puisse être suivie. Des voix universitaires se sont également exprimées en ce sens, avec une argumentation on ne peut plus légitime. On peut toutefois nourrir quelques doutes, non seulement sur l'aboutisse-

[1] *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz 2013.

[2] P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

ment du projet par cette voie dans un avenir prévisible, mais aussi sur le résultat d'un débat parlementaire sur des questions d'une grande technicité, soumise à des impératifs particuliers de cohérence. On peut citer comme contre-exemple celui du cautionnement, exclu pour les mêmes raisons de l'ordonnance du 23 mars 2006 et dont la réforme paraît reléguée aux calendes grecques, alors que le dispositif législatif qui le régit est dispersé dans cinq codes et que les textes législatifs les plus récents le concernant sont truffés d'autant de malfaçons flagrantes que de doublons regrettables.

Dans un souci de clarté et de simplicité, les trois questions formant le dernier volet des projets en la matière – quasi-contrats, régime général *stricto sensu* et droit de la preuve – constitueront, dans l'ordre logique, les trois parties de cette présentation. Les commentaires porteront exclusivement sur les textes proposés par la commission susvisée. Seront toutefois signalées les modifications envisagées par la Chancellerie, mais dans une version des textes qui n'est en aucune façon définitive, puisque, même si l'habilitation permettant de les faire aboutir par voie d'ordonnance était obtenue, une nouvelle et large consultation aurait lieu.

I. Les autres sources d'obligation (quasi contrats)

L'abandon, dans l'intitulé de cette rubrique, de la notion de quasi contrat, n'est évidemment pas sans signification. Il ne s'agit pas, en effet, d'un simple changement d'intitulé. Tel est le cas de la plupart des codes récents, notamment les codes québécois et néerlandais, mais aussi italien et portugais, qui ont retenu l'intitulé qui est proposé « **Des autres sources d'obligations** ». Ce constat n'est assurément pas une justification suffisante.

Une **première raison** de ce changement est purement formelle. Elle tient à l'impropriété de la référence au concept de contrat, même affublé du correctif « quasi ». Le contre-sens historique de la dénomination « quasi contrat », dont les origines remontent à Gaïus, avait été dénoncé dès le lendemain du Code civil. Les situations en questions correspondent à des **faits juridiques licites** auxquels la loi attache des effets. Seule la gestion d'affaires peut être créditée d'une certaine parenté avec un contrat : le mandat, ce qui explique que certains des codes étrangers cités en traitent, justement, au voisinage du mandat[3]. Il est proposé de maintenir la gestion d'affaires dans la rubrique des « autres sources », dans un chapitre distinct, par fidélité à la tradition et en raison des difficultés pratiques d'un déplacement des dispositions correspondantes vers le droit du mandat.

La **seconde raison**, plus substantielle, réside dans la volonté de couper court aux dérives jurisprudentielles consistant dans l'invention – au sens étymologique du terme – de nouvelles variétés de quasi-contrats. La jurisprudence bien connue sur les loteries (Ch. mixte, 6 sept. 2002) n'en est qu'un exemple.

Sous l'intitulé « Des autres sources d'obligations », le projet propose une catégorie fermée. Un premier chapitre, objet principal de la rubrique, est intitulé « **De l'avantage indûment reçu d'autrui** ». Il réunit le **paiement de l'indu** et l'**enrichissement sans cause**, pour l'heure absent du code. Le second chapitre traite de la **gestion d'affaires**.

On lira avec intérêt le plaidoyer très argumenté de Philippe Rémy au sujet de la suppression du concept de quasi contrat et de la structure de ce sous-titre III traitant des « autres sources »[4]. Il ne paraît pas avoir, pour l'heure, emporté la conviction de la Chancellerie, qui reprend certes l'intitulé « Autres sources d'obligation », mais aussi le concept de quasi contrats, qui resterait une catégorie ouverte, moyennant une définition empruntée en substance au projet Catala, très proche de celle figurant dans l'article 1371 du Code civil.

Quant au fond, abandon du concept de quasi contrat mis à part, le droit positif n'est pas, concernant le contenu de la rubrique, réellement bouleversé par le projet. Afin d'en souligner la parenté et de les différencier très clairement de la gestion d'affaires, qui est d'une autre nature, le paiement de l'indu et de l'enrichissement sans cause sont réunis dans un même chapitre. Constitue toutefois une innovation le rattache-

[3] On remarquera que cette solution est présente dans plusieurs dispositions particulières du Code civil. Ainsi, les articles 1431 et 1432 relatifs à la gestion des biens en régime de communauté traitent-ils successivement du mandat entre époux et de la gestion d'affaires. Il en est de même de l'article 219 pour le régime primaire, de l'article 436 pour la sauvegarde de justice, de l'article 815-3 pour l'indivision.

[4] *Pour une réforme...,* préc., p. 31 s.

ment au paiement de l'indu de la question des **restitutions.** Celle-ci ne concerne certes pas exclusivement le paiement de l'indu. C'est pourquoi il est précisé dans un article qu'il y a également lieu à restitution « lorsque la dette justifiant le paiement disparaît par suite d'une annulation, d'une résolution ou d'une autre cause ». Le projet de la Chancellerie relègue cette question dans un dernier chapitre du titre consacré au régime général.

II. Le régime général des obligations (stricto sensu)

Cette matière constitue l'objet principal du projet. L'existence d'un corps de règles communes à toutes les sortes d'obligations, y compris celles légales dont ne traite pas le titre consacré aux sources, est admise depuis fort longtemps en doctrine. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les manuels et traités de droit des obligations, qui, au moins depuis le début du siècle dernier, consacrent une rubrique à ce régime général, à la suite de celles traitant des trois sources : contrat, responsabilité et quasi contrat. Chacun sait que cette rubrique n'existe pas, pour l'heure, dans notre Code civil, la matière correspondante figurant parmi les longs développements traitant « Des contrats et des obligations conventionnelles en général ». Il est indéniable que les obligations contractuelles sont très majoritairement celles qui sollicitent les dispositions du régime général. Mais il reste que leur champ d'application est plus large et donc qu'une rubrique particulière doit logiquement leur être réservée.

Telle est la particularité, au plan formel, du projet commenté : un titre II (précédé de celui traitant des trois sources d'obligations et suivi d'un troisième réservé à la question de la preuve) regroupe les dispositions formant le régime général des obligations. En cela, le projet se singularise par rapport au projet Catala, ainsi que par rapport aux autres codes évoqués plus haut, dans lesquels on trouve généralement une succession de titres ou de chapitres, parmi lesquels quelques-uns traitent de règles communes, mais sans qu'un ensemble cohérent soit ainsi identifié par une unique rubrique. La solution retenue implique une renumérotation complète des textes et un positionnement différent de celui, actuel, du code.

Quant au fond, ledit régime général regroupe un ensemble de techniques et d'institutions intemporelles et universelles, qui ne requièrent, au mieux, qu'une actualisation et/ou une adaptation à l'évolution des pratiques et des techniques, parfois aussi une simplification, sans exclure ici ou là quelques innovations.

Le titre « Du régime général des obligations » comporte 136 articles – seulement 136 articles, donc nettement moins que ceux en vigueur – répartis en quatre chapitres. L'une des particularités du projet est en effet, à l'inverse, trop souvent, de la législation moderne, sa grande concision.

Chapitre 1. Des droits du créancier

Le projet propose de mentionner dans ce bref premier chapitre, constitutif d'une innovation, le principe du **droit du créancier à l'exécution de l'obligation** et celui, corrélatif, du **droit de gage général**, ainsi que les **actions** dont il dispose pour préserver ce droit contre des tiers : action **oblique**, action **paulienne** – plus précisément : action en inopposabilité – et, « dans les cas déterminés par la loi », action **directe**. Il a paru pertinent que les droits fondamentaux de tout créancier et ses corollaires figurassent en tête du régime général des obligations. L'innovation se limite cependant à une migration des dispositions correspondantes actuelles du code. La Chancellerie y paraît toutefois réticente. Peut-être répugne-t-elle à un déplacement de dispositions modifiées à une époque récente, telles que celles sur le droit de gage général, rattachées au droit des sûretés en 2006. La même attitude concerne les textes sur la prescription extinctive (v. ci-après).

Trois précisions méritent qu'on s'y arrête un instant. S'agissant de l'**action oblique,** le projet Catala et les premiers projets de la Chancellerie comportaient une innovation importante et séduisante, en ce qu'ils prévoyaient que le créancier ayant victorieusement exercé une telle action serait payé « par prélèvement » sur les actifs qu'elle aurait permis de réintégrer dans le patrimoine du débiteur. C'était conférer à ce créancier un véritable privilège, à première vue justifiable par son assimilation à un conservateur, puisque le produit de l'action oblique profite à tous les créanciers du même débiteur. Mais la mise en œuvre de ce privilège risquait de créer de sérieuses difficultés, notamment en matière

immobilière, en raison de son caractère occulte. Or l'action oblique ne présente précisément d'intérêt que pour les créances autres que de sommes d'argent, car, pour celles-ci, le créancier a intérêt à recourir plutôt à la saisie-attribution s'il a un titre exécutoire et à la saisie conservatoire, attributive de rang, dans le cas contraire, qui lui permettent d'échapper au concours avec d'autres créanciers du même débiteur. Pour les créances d'une autre nature, on ne voit pas bien comment un paiement par prélèvement pourrait s'opérer. À la réflexion, ce nouveau privilège ne disant pas son nom apparaissait à la fois inutile pour les créances de sommes d'argent, injustifié quant au fond (en vertu de quoi l'action oblique en partage exercée par un créancier lui conférerait-elle un privilège ?), difficilement praticable et perturbateur pour les créances autres que de somme d'argent, en raison de son caractère occulte, spécialement en matière immobilière. Aussi, cette proposition a-t-elle été abandonnée.

La seconde précision concerne la **sanction de l'action paulienne** : c'est l'**inopposabilité,** et non la révocation, comme il est souvent dit en jurisprudence et en doctrine, encore moins la nullité. Telle est d'ailleurs l'appellation proposée : action en inopposabilité. Mais sans doute la littérature juridique ne cessera-t-elle pas de l'appeler « paulienne ».

Quant aux **actions directes,** on notera – c'est la troisième précision – qu'elles ne peuvent exister que « *dans certains cas déterminés* ***par la loi*** », alors que, dans le passé, des actions directes ont vu le jour par voie prétorienne, et que le texte ne vise que les actions directes **en paiement.** Nulle mention d'actions directes en garantie ou en responsabilité, laissées à la matière de l'effet relatif du contrat, mais sans y être régies par un dispositif législatif particulier.

Chapitre 2. Des diverses espèces d'obligations

Ce chapitre, dont l'intitulé a été préféré à celui, traditionnel mais passablement ambigu, des « modalités » de l'obligation, traite successivement de l'**obligation conditionnelle,** de l'**obligation à terme**, de la **pluralité d'objets et** de la **pluralité de sujets**.

1. L'obligation conditionnelle

L'**obligation conditionnelle** fait l'objet de sept articles (contre dix-sept actuellement). Plusieurs dispositions du Code civil ont tout simplement paru inutiles, en ce qu'elles expriment les effets inhérents au concept de condition (actuels articles 1175, 1176, 1177, 1179). Tout lien avec la résolution du contrat disparaît (la fameuse « condition résolutoire » sous-entendue de l'article 1184). On y trouve une définition de la condition, au reste classique, l'exigence de licéité et la nullité corrélative de l'obligation elle-même, la distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire, la possibilité d'y renoncer, la règle importante relative à l'imputabilité de la défaillance de la condition (article 1178)... Le projet comporte toutefois deux innovations de fond importantes.

La première consiste dans le **caractère non rétroactif de la condition suspensive**, sauf clause contraire, alors que la condition résolutoire conserve son effet rétroactif. Il ne s'agit pas pour autant d'une révolution. Les actes notariés excluent systématiquement la rétroactivité de la condition suspensive. En outre celle-ci se trouve également écartée en ce qui concerne les risques de la chose et les actes d'administration. Contrairement à la rétroactivité de la condition résolutoire, qui emporte d'importantes conséquences, la rétroactivité de la condition suspensive paraît plus gênante qu'utile. Le pragmatisme l'a emporté sur la symétrie séduisante pour l'esprit de l'artifice de la rétroactivité.

La seconde, qui peut paraître plus surprenante, réside dans la disparition de toute réglementation de la **condition potestative**, qui a fait couler tant d'encre et suscité tant de débats (et à laquelle la Chancellerie ne paraît pas vouloir renoncer). Nul ne doute que la condition qui **dépend exclusivement** de la volonté du débiteur soit nulle. C'est en réalité le consentement lui-même qui fait alors défaut. Toute autre condition, ne dépendant pas exclusivement de la volonté du débiteur ou dépendant de la volonté du créancier, est valable. Telle est bien le résultat auquel est parvenue la jurisprudence, au prix de moult contorsions, distinctions et sous-distinctions – notamment entre le simplement et le purement potestatif[5].

[5] V. en particulier W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701.

2. L'obligation à terme

Les dispositions du projet relatives au **terme** ne comportent aucune originalité particulière, sauf qu'elles ne traitent que du **terme suspensif** et non du terme extinctif, qui se rapporte à la question de l'étendue de l'obligation, donc à la définition de son objet, et qui, au surplus, n'est pas toujours véritablement extinctif, spécialement lorsqu'il s'agit d'obligations successives, qui ne cessent d'avoir effet que pour l'avenir.

Une précision nouvelle, mais qui entérine des solutions jurisprudentielles, consiste dans le pouvoir expressément reconnu au juge de fixer un terme, lorsqu'il est de la nature de l'obligation sans qu'il ait été fixé par les parties, ou encore lorsque sa détermination suppose un nouvel accord des volontés ou la décision de l'une des parties.

3. La pluralité d'objets

Sous cette rubrique on retrouve la notion classique d'obligation **alternative**, mais aussi deux autres catégories sur lesquelles le Code civil est muet : l'obligation **cumulative** (le débiteur doit plusieurs prestations à la fois) et l'obligation **facultative** (le débiteur doit principalement une prestation, mais a la faculté de lui en substituer une autre).

La différence majeure entre l'obligation alternative et celle qui est facultative, c'est que le débiteur doit, dans le premier cas, l'une ou l'autre et que, si l'une ne peut être exécutée, l'autre reste due, alors que, dans le second, si l'exécution de l'obligation principale s'avère impossible, l'obligation facultative subsidiaire est éteinte.

La Chancellerie ne paraît vouloir retenir que ce qui était classique, en omettant les nouveautés.

On notera aussi l'absence de toute référence à la distinction entre obligations de faire, de ne pas faire et de donner, qu'on pourrait s'attendre à trouver sous la rubrique de l'objet de l'obligation. Elle n'apparaît pas davantage – et à juste raison – dans la partie du projet traitant du contrat. La première est si diverse qu'elle ne peut être considérée comme une catégorie juridique pertinente. Les débats auxquels a donné lieu la signification du fameux article 1142 en témoignent. La seconde ne soulève aucune difficulté particulière. Quant à l'obligation de donner, elle est consubstantiellement liée, si l'on retient sa définition stricte d'obligation de transférer la propriété, à la question du transfert de la propriété. C'est sous cet angle qu'elle mérite d'être traitée, sans qu'il soit utile de l'identifier par une catégorie particulière d'obligations, dont l'existence même est très controversée.

4. La pluralité de sujets

Cette question est de celles qui, dans le projet, sont les plus novatrices, mais beaucoup plus au plan terminologique qu'à celui du fond. La commission a voulu évacuer l'ambiguïté du « conjoint » et du « solidaire » qui caractérise le droit positif. Nul ne contestera qu'appeler « conjointe » l'obligation qui précisément se divise entre les coobligés est quelque peu paradoxal. La confusion atteint son comble lorsque, comme on le voit trop souvent, des obligations sont stipulées à la fois « conjointes et solidaires », ce qui est, en droit positif, contradictoire. Pour incorrecte qu'elle soit, la formule exprime néanmoins confusément une réalité : celle de la pluralité d'obligés.

C'est cette réalité que retient le projet, en considérant, dans un sens différent de celui du droit positif, que **toutes les obligations ayant plusieurs sujets sont par nature conjointes**, activement ou passivement, et qu'en principe elles se divisent. Toutefois, ces obligations conjointes du seul fait de la pluralité de sujets peuvent être en outre, par exception et selon les cas, **solidaires, indivisibles** ou **collectives.** Si la première et la dernière de ces trois qualités se rapportent bien à l'obligation, la deuxième s'applique davantage à la prestation qui en constitue l'objet. On pourrait dès lors s'étonner de trouver les obligations correspondantes sous la rubrique de la pluralité de sujets. La raison en est que les seules particularités du régime de l'indivisibilité de la prestation, inhérente à sa nature ou voulue par les parties, apparaissent dans l'hypothèse de la pluralité (actuelle ou hypothétique : cas du décès du débiteur) de débiteurs, ce dont atteste la fréquence des clauses stipulant tout à la fois solidarité et indivisibilité.

Après une disposition introductive de la rubrique énonçant le **principe de division** (mais sans nommer l'obligation correspondante), deux paragraphes sont consacrés à l'**obligation conjointe solidaire** et à l'**obligation conjointe à prestation indivisible.** S'y ajoute, parce que l'hypothèse répond à une réalité, une catégorie pour l'heure ignorée par le législateur : celle de

l'**obligation conjointe à prestation collective,** qui est celle qui ne peut être exécutée que collectivement par les débiteurs, par exemple celle d'une troupe de donner un spectacle.

Quant au fond, brièveté mise à part (quinze articles au lieu de vingt-neuf actuellement) et à quelques détails rédactionnels près, les textes proposés ne révolutionnent nullement la matière, mais ils sont plus clairs et plus cohérents que ceux actuels. Avec les effets de la solidarité, on se retrouve en terrain connu : obligation au tout de chaque débiteur solidaire ou envers chaque créancier solidaire, effets secondaires, opposabilité des exceptions inhérentes à la dette, effets de la compensation et de la remise de dette, recours en contribution entre coobligés, hypothèse de la solidarité sans intéressement à la dette (sans toutefois, la référence à la situation de la caution)...

Tout en reprenant la rédaction simplifiée des articles du projet, la Chancellerie ne paraît pas disposée, pour ce que l'on connaît de son projet, à se rallier à la nouvelle terminologie qui est proposée.

Chapitre 3. De la libération du débiteur

Ce troisième chapitre du projet traite du **paiement** (y compris la subrogation), de la **compensation**, de la **confusion**, de la **remise de dette**, de l'**impossibilité d'exécution** et de la **prescription extinctive**. Il s'agit en somme des classiques **causes d'extinction** de l'obligation, mais **sans la novation et la délégation**, qui sont usuellement considérées comme telles et qui figurent plus justement dans le chapitre suivant, sous le titre « Des opérations sur obligations ». Leur finalité principale réside en effet davantage dans leur effet créateur que dans leur effet extinctif. L'absence de la référence à l'effet extinctif dans l'intitulé proposé s'explique par ailleurs par le fait que le paiement par un tiers, qui emporte subrogation, libère bien le débiteur, mais n'éteint pas la créance. Les rédacteurs du projet ont en effet retenu l'option du maintien du lien entre paiement et subrogation, alors que certains auteurs préfèrent traiter de la subrogation parmi les opérations translatives, au voisinage de la cession de créance.

Ce chapitre est particulièrement important. Il compte soixante-seize articles, soit près de la moitié de l'ensemble du titre. Il s'agit d'une réécriture de dispositifs bien connus, dont seules les nouveautés méritent d'être soulignées.

1. Le paiement

Le paiement, c'est l'exécution de l'obligation : de **toute espèce d'obligation**. La nouveauté du projet réside dans la distinction claire entre des **règles générales** et des règles propres au **paiement d'une somme d'argent.** S'agissant du contenu même du dispositif, on retrouve bien entendu des règles bien connues, sur le paiement fait par un incapable, sur le paiement fait de bonne foi au créancier apparent (et non plus au possesseur de la créance), sur le paiement partiel et sur son imputation, sur sa preuve (par tous moyens, mais sans prise de position sur sa qualité d'acte ou de fait juridique)... S'agissant du paiement d'une somme d'argent, le projet réaffirme le principe du nominalisme (qui n'apparaît aujourd'hui que dans le seul article 1895 relatif au prêt), le régime des intérêts, notamment de l'anatocisme, le cours forcé de la monnaie, l'indexation, ou encore le dispositif relatif aux délais de grâce, qui ne concerne que les créances de cette nature.

Quelques innovations méritent tout de même d'être signalées :

– si le paiement reste en principe quérable, celui de somme d'argent devient portable, ce qui, du reste correspond à la réalité, compte tenu des moyens usuels de paiement que sont le chèque et le virement, sans même évoquer les moyens électroniques de paiement ;

– un article du projet reprend les dispositions relatives à la **remise du titre,** qui figurent dans le code sous la rubrique de la remise de dette ; or, si la remise du titre libère le débiteur, elle peut répondre à diverses opérations, parmi lesquelles la remise de dette n'est sans doute pas la plus fréquente ; est en outre supprimée la distinction entre la remise du titre sous seing privé et celle du titre authentique : dans l'un et l'autre cas, elle ne constitue qu'une présomption simple de libération (alors qu'aujourd'hui la présomption est absolue dans le cas de la remise du titre sous seing privé) ;

– la rubrique du paiement est en outre apparue comme la localisation appropriée des dispositions relatives à la **mise en demeure ;** la nouveauté importante, à cet égard, est la consécration, à côté de la classique mise en demeure du débiteur, qui ne fait l'objet, actuellement, que de dispositions éparses dans le code, d'une **mise en demeure du créancier** d'accepter l'exécution, substituée à la lourde procédure

des offres réelles et de la consignation ; cette nouvelle mise en demeure s'opère de la même manière (par sommation ou par un acte portant interpellation suffisante) et produit immédiatement les mêmes effets (arrêt du cours des intérêts, interruption de la prescription et, le cas échéant, inversion de la charge des risques) ; elle emporte en outre interdiction d'agir en résolution pour inexécution ; si l'obstruction du créancier n'a pas pris fin après un délai de deux mois, le débiteur peut consigner l'objet de la prestation auprès d'un gardien responsable ou, si la consignation est difficile ou trop onéreuse, se faire autoriser par le juge à vendre amiablement ou aux enchères la chose due, moyennant consignation du prix, diminué des frais ; dans les deux cas, la consignation libère le débiteur de son obligation ; si l'objet de l'obligation n'est pas susceptible de consignation – obligation de faire – le débiteur est libéré de son obligation à l'expiration du même délai de deux mois ; l'urgence, enfin, peut même justifier l'éviction de ce formalisme déjà très allégé.

S'agissant de la **subrogation,** elle continue, comme par le passé, d'être traitée comme un effet du paiement. Mais c'est néanmoins une révolution que propose le projet. Nul ne s'étonnera de la disparition de la liste des cas de subrogation légale. Le 3° de l'article 1251 a bénéficié d'une interprétation si extensive qu'il a absorbée – et même au-delà – le contenu des autres cas visés. Le premier article de la rubrique reprend la définition large de la subrogation proposée par la jurisprudence : elle « a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur lequel doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». Elle emporte transmission de la créance (effet naguère vivement discuté) et de ses accessoires, spécialement des sûretés. Afin qu'elle ne puisse nuire au débiteur, elle ne lui est opposable que si elle lui a été notifiée ou s'il l'a acceptée, mais il peut s'en prévaloir dès lors qu'il en a connaissance. Ce que ne dit pas expressément le projet, c'est que cette définition très large de la subrogation légale permet de se passer d'une subrogation conventionnelle complémentaire. Sans doute la pratique des quittances subrogatives ne disparaîtrait-elle pas pour autant, mais son utilité sera seulement celle de la pré-constitution d'une preuve du paiement et d'une utile information du *solvens*.

On pourrait craindre que cette ouverture très large du bénéfice de la subrogation porte en elle un risque d'ingérence de tiers malveillants. La parade réside dans la disposition selon laquelle le créancier peut refuser le paiement par un tiers qui n'y serait pas tenu s'il a un motif légitime de le faire. Quant au débiteur, il ne perd pas le droit d'opposer au subrogé les exceptions qu'il eût pu opposer au créancier initial.

N'a pas été abandonnée, par ailleurs, la possibilité d'une subrogation **par le débiteur**, plus marginale, mais non dépourvue d'utilité pratique, notamment pour des emprunts en cours, en période de baisse des taux d'intérêt. À cet égard, une difficulté rencontrée par la pratique au sujet de la garantie des intérêts a été résolue. Selon la jurisprudence, la subrogation n'a lieu que dans la stricte limite du paiement, de sorte que le subrogé ne peut prétendre qu'à l'intérêt légal à compter de la mise en demeure, à moins qu'un nouveau taux d'intérêt ne soit convenu. Mais ces intérêts postérieurs à la subrogation ne sont pas, pour l'heure, couverts par les sûretés de la créance transmise, ce qui oblige les intéressés à constituer à cette fin des sûretés complémentaires. Le projet précise, au contraire, que « ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance ».

2. Impossibilité d'exécution, remise de dette, compensation, confusion

Les dispositions relatives à l'**impossibilité d'exécution**, à la **remise de dette** ou encore à la **confusion** n'appellent pas de commentaires particuliers. Les propositions du projet ne sont qu'une réécriture plus concise et plus claire des solutions acquises.

La **compensation** mérite davantage de retenir l'attention. On sait que la formule du Code civil selon laquelle « *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* », alors pourtant qu'elle ne peut produire cet effet que si l'un des débiteurs le demande, a suscité bien des débats. Le projet énonce plus simplement que « la compensation éteint les obligations à due concurrence à la date où ses conditions se trouvent réunies », sous réserve qu'elle ne peut plus être invoquée par le débiteur qui a accepté la cession de la créance et qu'elle ne peut préjudicier aux droits acquis par des tiers. Sous ces réserves, demeure donc l'effet instantané et rétroactif. Sont par ailleurs distin-

guées clairement, après la définition des conditions et des effets de la compensation, les trois variétés dérogatoires que sont la **compensation des créances connexes,** la **compensation judiciaire**, et la **compensation conventionnelle**.

3. La prescription

Les auteurs du projet ont estimé que, dès lors que la loi du 17 juin 2008 a pris le parti de dissocier prescription **acquisitive** et prescription **extinctive**, cette dernière devait logiquement trouver place parmi les causes **de libération du débiteur** (pour la même raison que la première devrait rejoindre la rubrique du **droit des biens**, comme le propose le projet élaboré par la commission présidée par H. Périnet-Marquet). C'est bien là que la prescription extinctive se trouve traitée dans tous les ouvrages de droit des obligations. De plus, le texte de 2008 a suscité des critiques et compte quelques lacunes. La Chancellerie ne paraît pas vouloir faire sienne cette proposition, peut-être parce que la réforme de 2008 est trop récente. Il serait pourtant regrettable que le titre consacré au régime général des obligations restât muet sur leur prescription, cause majeure de libération du créancier, et qu'il faille en rechercher les règles vers la fin du code, dans une rubrique coincée entre les contrats spéciaux et les sûretés.

Quant au fond, le projet ne prend pas parti dans le débat sur l'effet extinctif du droit ou seulement de l'action. Il se contente d'énoncer que « l'inaction du créancier pendant un certain laps de temps (en règle générale, cinq ans) libère le débiteur... ». Il précise aussi qu'en tant que de besoin les délais de forclusion sont régis par la présente section. Il est en outre proposé un autre point de départ de la prescription : « le jour où le créancier est en droit d'agir » et non pas celui, incertain, « où il a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir ». Le cas, certes plausible, de l'ignorance du droit est renvoyé à l'hypothèse de l'impossibilité d'agir.

Si le projet reprend sans modifications significatives le dispositif relatif à l'interruption de la prescription, il propose en revanche l'abandon de celui de la suspension et son remplacement par une notion nouvelle de « **relevé de la prescription** ». L'effet automatique et absolu de la suspension est de nature à prolonger de manière excessive la période de latence de la prescription. D'ailleurs, l'opportunité du maintien de la suspension a, pour certains cas, notamment entre époux, donné lieu à un vif débat. Nul ne doit, évidemment, être privé du droit d'agir avant même d'avoir pu exercer son droit. Mais lorsque le bénéficiaire de la mesure protectrice a recouvré ce droit, il doit l'exercer dans un délai raisonnable. Aussi est-il proposé que les mêmes personnes, bénéficiaires d'un régime particulier de protection ou s'étant trouvées dans l'impossibilité d'agir dans le délai légal (*contra non valentem*...), puissent solliciter un relevé de la prescription, afin de leur permettre d'agir en dépit de l'expiration du délai, à condition qu'elles agissent « pendant la durée du régime protecteur **ou dans les deux ans de sa fin** », avec un délai butoir de vingt ans (afin d'inclure l'hypothèse de la minorité : 18+2). Échapperaient toutefois à ce régime les créances payables périodiquement. Un tel relevé de prescription serait également ouvert au créancier après échec d'une négociation avec son débiteur ou d'une procédure de règlement amiable, hypothèses qui ont soulevé de grandes difficultés, faute d'encadrement législatif.

Chapitre 4. Des opérations sur obligations

Cet intitulé permet au projet de réunir dans un même chapitre les opérations translatives que sont la **cession de créance**, la **cession de dette** et la **cession de contrat**, mais aussi la **novation** et la **délégation**, précédemment évoquées. Ces dernières ont certes un effet extinctif, ce qui explique qu'elles soient le plus souvent traitées parmi les causes **d'extinction** des obligations. Mais leur dimension la plus significative consiste dans la substitution d'une obligation à une autre ou, dans le cas de la délégation simple, dans l'adjonction d'un débiteur. Elles ne sont pas pour autant translatives, comme la cession. C'est pourquoi l'expression « **opérations sur obligations** » a paru pertinente. La Chancellerie propose d'intituler le même chapitre « La **modification du rapport d'obligation** », qui s'applique difficilement aux opérations translatives et qui est surtout ambivalent, dans la mesure où de très nombreuses modifications du rapport d'obligation qui ne sont ni des cessions, ni des novations, ni des délégations. L'une des difficultés du concept de novation est précisément de faire le départ entre les modifications qui sont novatoires et celles qui ne le sont pas.

1. Cession de créance, de dette ou de contrat

Si la cessibilité des créances a cessé de faire débat depuis bien longtemps, celle des dettes et du contrat reste un objet de controverses. Le projet se propose d'y mettre un point final, de manière que certains jugeront audacieuse, mais qui a le mérite d'être à la fois simple et claire.

S'agissant de la **cession de créance**, dont la diversité des fonctions justifie le rattachement au régime général des obligations plutôt qu'au droit de la vente, la nouveauté attendue est évidemment la suppression de la fameuse signification (ou acceptation) par un acte authentique prévue à l'article 1690 du Code civil. Attendue, parce que ce pas a déjà été franchi en 1981 pour les créances professionnelles et en 2006 pour le nantissement de créance. Il était incongru que la cession fût soumise à un formalisme différent de celui du nantissement.

Aux termes du projet, comme par le passé, la cession de créance ne requiert pas l'accord du créancier, sauf circonstances particulières ; mais elle produit effet entre les parties et est opposable aux tiers dès la date de l'acte de cession (à moins qu'il s'agisse d'une créance future). En revanche, l'opposabilité au débiteur requiert inévitablement une condition supplémentaire, mais qui n'est plus la signification, mais une simple **notification** ou une **acceptation,** sans formalisme particulier. Le débiteur peut toutefois s'en prévaloir dès qu'il en a connaissance. Les effets de la cession – opposabilité des exceptions, garantie d'existence de la créance, mais non de la solvabilité du débiteur – sont ceux du droit en vigueur.

Après longue et mûre réflexion, les rédacteurs du projet ont proposé d'appliquer le même régime très libéral à la **cession de dette** : dispense d'accord du créancier, effet instantané entre les parties, opposabilité aux tiers. La différence incontournable est cependant la nécessité, cette fois, d'une **acceptation du créancier**, celui-ci pouvant toutefois s'en prévaloir dès qu'il en a connaissance. Mais la libération du cédant requiert l'accord du créancier, faute de quoi il reste tenu et les garanties qu'il a fournies demeurent.

Par rapport à la position traditionnelle, qui reste celle d'une minorité, pour laquelle la cession de dette est conceptuellement impossible et qui n'admet que les « ersatz » imparfaits de cession que peuvent être la délégation, la novation ou l'indication de paiement, le dispositif proposé constituerait un virage à 180°. La Chancellerie ne paraît d'ailleurs pas vouloir franchir ce pas, en ce que, selon elle, la validité de la cession (et non pas seulement son opposabilité) serait subordonnée à un accord du créancier. La proposition très libérale du projet est pourtant sans dangers pour le créancier. Il va de soi que le transfert de la dette ne peut en aucun cas lui être imposé par le seul accord de volonté du débiteur et du cessionnaire. Même dans l'hypothèse où il se prévaudrait de la cession dont il a eu connaissance vis-à-vis du cessionnaire, le cédant ne serait pas libéré sans qu'il y ait consenti. Ces réserves n'empêcheraient pas la cession d'avoir pleinement produit son effet obligatoire dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire.

Ce raisonnement a logiquement conduit à admettre les mêmes solutions pour la **cession de contrat.** Elle a lieu, selon le projet, « sans l'accord de l'autre partie », mais doit au moins lui être notifiée pour acceptation. Comme le créancier cédé dans le cas de la cession de dette, le contractant cédé peut invoquer la cession dès qu'il en a connaissance, mais la libération du cédant n'a lieu qu'avec l'accord du cédé. Le dispositif s'achève sur la proposition suivante : « Les règles de la cession de créance et de la cession de dette sont applicables en tant que de besoin ». C'est la reconnaissance de ce que la cession de contrat, quoiqu'il ait pu être dit et écrit à ce sujet, est bien à la fois cession de créance et cession de dette. Cette étroite parenté justifie aussi que la cession de contrat trouve place à cet endroit du code, alors qu'on aurait pu penser que, à l'instar d'autres codes, sa place aurait été plutôt dans le sous-titre consacré au contrat de vente.

2. Novation et délégation

Au sujet de la **novation** et de la **délégation**, la première observation qu'on peut faire est que ces deux opérations sont difficiles à classer en raison de leur double nature : elles sont extinctives, mais pas seulement. L'erreur majeure, pourtant fréquente pour la délégation, est d'y voir une opération translative. L'intitulé « opérations sur créances » donné au chapitre permet opportunément de les rattacher à la même rubrique que les opérations translatives plutôt qu'à celles qui sont purement extinctives, sans pour autant créer la confusion. L'essentiel est évidemment la présence

de ces deux techniques contractuelles au sein du projet et leur claire distinction, alors que la délégation ne figure aujourd'hui qu'incidemment dans le code, parmi les dispositions relatives à la novation.

La spécificité de la technique de la **novation** se trouve par là-même confortée, alors qu'une fraction de la doctrine suggère qu'elle serait inutile. Cette opinion est démentie par l'abondance de la jurisprudence, car, même si la novation est fréquemment invoquée à tort, cela démontre du moins qu'elle représente un enjeu significatif. Cet enjeu réside, d'une part, précisément dans la différence entre la simple modification d'une obligation et son remplacement par une obligation nouvelle, ces deux opérations ayant nécessairement des effets différents, et, d'autre part, dans le lien entre l'effet extinctif et l'effet créateur, dont l'un ne s'opère pas si l'autre fait défaut et qui, surtout, implique que tant l'obligation éteinte et l'obligation nouvelle soient toutes deux valables.

Quant au fond, la novation ne fait l'objet – si l'on peut dire – d'aucune novation. Certes, l'admission de la cession de dette, dont la novation par changement de débiteur joue en droit positif le rôle de substitut, se traduira probablement par une raréfaction de son emploi, comme la cession de créance a réduit à la marginalité la novation par changement de créancier. C'est loin d'être sûr, cependant, car si la novation par changement de débiteur est une opération entre le créancier et le nouveau débiteur, « sans le concours du premier débiteur », la cession de dette est une opération entre les deux débiteurs successifs. Les deux opérations ne répondent donc pas aux mêmes besoins. Subsiste en toute hypothèse tout l'intérêt de la novation par changement de l'obligation entre les mêmes parties.

S'agissant de la **délégation,** son identification, dans ses variantes, est directement tributaire des termes employés. On distingue, traditionnellement une délégation dite parfaite et une autre imparfaite, expressions particulièrement inappropriées, puisque celle dite imparfaite constitue la norme et ne comporte aucune espèce d'imperfection, alors que celle dite parfaite est autre chose et plus qu'une simple délégation, puisqu'elle se double d'une novation. La relative obscurité de ces appellations serait secondaire si elle ne conduisait pas les sujets de droit et parfois les juges à de véritables erreurs de raisonnements et contre-sens. De plus en plus largement est retenue une distinction plus juste et plus claire entre la délégation simple et la délégation novatoire. Le projet, lui, ne propose aucune dénomination et se contente de les décrire, sans modification substantielle par rapport au dispositif connu.

Se pose cependant inévitablement, au vu de quelques arrêts récents et des débats auxquels ils ont donné lieu, la question de la reconnaissance d'un troisième type, ignoré du Code civil, que la doctrine appelle « délégation incertaine » (par opposition à celle, simple ou novatoire, ci-dessus décrite, qui serait « certaine »), appellations non moins obscures, dont la première désigne l'hypothèse dans laquelle le délégué ne souscrit pas une obligation nouvelle, caractérisée par l'inopposabilité des exceptions, mais s'oblige à payer au délégataire, soit ce que devait à ce dernier le délégant, soit ce que lui-même devait au délégant. La première hypothèse n'est cependant autre que celle du cautionnement : engagement d'un tiers de payer la dette d'un débiteur. La seconde, en revanche, ne correspond à aucune figure connue sous une autre qualification. Dans les deux cas, c'est l'inopposabilité des exceptions qui est écartée, ce qui est assurément licite, mais modifie l'essence même de la vraie délégation, génératrice d'une obligation nouvelle et autonome. Le projet ne mentionne pas explicitement cette troisième sorte de délégation, tout en l'admettant incidemment et discrètement. Il est simplement précisé dans le premier article traitant de la délégation et après sa définition, que « le délégué ne peut, **sauf stipulation contraire**, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ».

Un dernier article de cette rubrique évoque la simple **indication de paiement**, si souvent confondue avec la novation ou la délégation. Il est en effet très fréquent en pratique qu'un débiteur indique au créancier une personne qui paiera à sa place. Plus rarement, sans doute, un créancier indiquera au débiteur une personne habilitée à recevoir le paiement. Il s'agit de deux variantes d'un cas de figure particulier, mais qui méritaient d'être clairement identifiées. Leur spécificité réside cependant simplement en ce qu'elles n'opèrent ni novation, ni délégation, ce qui peut justifier qu'elles n'apparaissent, dans une formulation négative, qu'en appendice aux dispositions

traitant de la novation et de la délégation. Si la solution n'est pas pleinement satisfaisante, elle constitue un progrès par rapport au droit en vigueur, où la disposition correspondante est noyée au milieu de celles traitant de la novation (article 1277).

III. De la preuve des obligations

L'évidente importance pratique de la question de la preuve des obligations justifie indéniablement qu'un titre distinct du Code civil lui soit réservé, à la suite de ceux traitant des **sources** des obligations et de leur **régime**, même si le rattachement au régime général, sous la forme d'un chapitre supplémentaire, eût également été satisfaisant.

Cette matière est sans doute celle qui, dans le projet, est le plus profondément restructurée, rationalisée, simplifiée, expurgée, tout en restant fidèle aux principes séculaires. Ainsi cette rubrique ne compte-t-elle que trente-sept articles, pour une soixantaine dans le Code civil. Mais il est vrai que quelques-unes des dispositions actuelles du code, telles que celles relatives à la confirmation des actes nuls, à la simulation ou à l'autorité de la chose jugée, n'y étaient pas à leur bonne place.

Les rédacteurs des projets antérieurs ne paraissent pas avoir manifesté beaucoup d'intérêt pour cette partie du code. Ils ont procédé au mieux à un sommaire toilettage. La plupart des articles du code, y compris certains qui sont dépourvus de toute application, s'y retrouvent *in extenso,* dans le même ordre. Il eût pourtant été regrettable que, dans le cadre d'une réécriture du droit des obligations, l'occasion ne soit pas saisie de moderniser aussi cette matière, même si le dispositif existant peut être considéré, quant au fond, comme globalement satisfaisant. Aussi bien les modifications proposées portent-elles davantage sur la structure de la matière et sur une rédaction plus claire et plus simple des textes que sur le fond. Un certain nombre de dispositions archaïques, désuètes, inutiles et parfois même pernicieuses sont purement et simplement supprimées.

1. Sur la structure du titre

Le chapitre du Code civil sur la preuve comporte un article introductif, relatif à la **charge de la preuve,** suivi de cinq sections traitant des différents **modes de preuve.** Y a été ajouté en 2004 un chapitre supplémentaire et nouveau consacré aux **contrats sous forme électronique.** La principale critique du dispositif actuel porte sur l'incohérence de l'ordre dans lequel les questions sont traitées. Ainsi, les dispositions fondamentales sur la preuve des actes juridiques figurent non dans la section consacrée à la preuve littérale, mais dans celle relative au témoignage.

La matière de la preuve soulève **trois questions,** qui sont celles de la **charge de la preuve**, de l'**admissibilité** des modes de preuve et du **régime** de chacun de ces modes de preuve. Ces trois questions méritent d'être clairement identifiées, alors que dans le code tout est mélangé. Mais on pouvait hésiter sur l'**ordre** de leur présentation : charge-admissibilité-régime, ou admissibilité-régime-charge, ou encore charge, régime, admissibilité. À la réflexion, aucun ordre logique ne s'impose. Le projet a retenu le premier, en consacrant trois chapitres successifs à la **charge** de la preuve, à **l'admissibilité** des modes de preuve et au **régime** de chacun des modes de preuve.

2. Sur le contenu du dispositif

Le chapitre traitant de la **charge de la preuve** ne comporte que deux articles, dont le premier restitue le contenu de l'actuel article 1315 du Code civil : « **Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui invoque sa libération doit en justifier** ». Le second constituerait une innovation, en ce qu'il est proposé de rattacher à la question de la charge de la preuve – mais de manière parfaitement logique – les **présomptions légales**, qui affectent, en effet, la **charge** de la preuve et qui se trouveraient ainsi dissociées des dispositions traitant des présomptions de l'homme, qui constituent un **mode** de preuve. Même si l'on peut, comme le fait l'article 1349 du Code civil, les inscrire dans une définition unique, il reste que les présomptions que la loi instaure et celles que le juge « tire d'un fait connu à un fait inconnu » sont de nature et ont des fonctions très différentes.

La question de l'**autorité de la chose jugée** que le code traite à cette place aurait plutôt sa place, selon le projet, dans le Code de procédure civile.

La principale caractéristique du chapitre traitant de l'**admissibilité des modes de preuve** est sa sobriété par rapport aux dispositions touffues du code actuel. Il ne comporte pas d'innova-

tion majeure. Il s'ouvre sur la formulation d'un principe de liberté de la preuve, « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Tel est précisément le cas, aux termes de l'article suivant, pour les actes juridiques, qui doivent être prouvés par un écrit sous seing privé ou authentique, lorsqu'ils portent « sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret ». Inversement, il ne peut être prouvé contre un écrit, même si la somme ou la valeur est moindre, que par un autre écrit, sauf, est-il cependant ajouté, par un aveu judiciaire, par un serment décisoire ou par un commencement de preuve par écrit corroboré par d'autres moyens de preuve. On aura reconnu les règles figurant actuellement aux articles 1341 et 1347 du Code civil.

À la suite de l'article 1341 figurent aujourd'hui dans le Code civil pas moins de cinq articles explicitant la portée de la règle du seuil, aujourd'hui fixé à 1 500 €, en deçà duquel la preuve d'un acte juridique peut être faite par tous moyens :

– pour la détermination du seuil, il faut faire masse du capital et des intérêts (article 1342) ;

– le demandeur ne peut réduire sa demande pour pouvoir prouver par témoins (article 1343) ;

– la preuve par écrit est requise, même si la demande est inférieure au seuil, si elle porte sur le solde d'une créance plus forte (article 1344) ;

– si la demande a pour objet plusieurs créances distinctes, toutes inférieures au seuil, mais dont le total excède celui-ci, la preuve par écrit est requise (article 1345) ;

– dans ce même cas, toutes les demandes doivent être faites par le même exploit, toute autre demande étant irrecevable à défaut de preuve par écrit (article 1346).

Une recherche de jurisprudence révèle que le contentieux relatif à ce dispositif, y compris sur le principe même du seuil, a été, au cours de deux siècles, très peu nourri, sinon quasiment inexistant. Un tel luxe de détails peut par conséquent paraître superflu, s'il n'est pas virtuellement pernicieux. Pourquoi celui qui a une créance de 1.200 € et qui peut en principe prouver par tout moyen serait-il soumis à l'exigence de la preuve écrite au motif que l'accumulation des intérêts due aux atermoiements du débiteur a fait passer le montant de sa créance au-dessus du seuil ? Pourquoi celui qui a plusieurs petites créances successives pour lesquelles il ne s'est pas réservé de preuve écrite serait-il astreint à prouver par écrit dès lors que leur total excède le seuil ? Quelques rares décisions, dont la solution peut paraître inique, ont statué en ce sens. Le projet ne conserve que deux des précisions anciennes : celle relative à la **restriction volontaire** de la demande et celle relative à la demande portant sur **le solde d'une créance**.

S'agissant de l'importante question du **commencement de preuve par écrit**, le projet consacre totalement les solutions existantes, mais ajoute une hypothèse nouvelle : vaudrait aussi commencement de preuve par écrit, en dépit de ce qu'il n'émane pas nécessairement de celui à qui on l'oppose, la **mention sur un registre public** d'un écrit authentique ou sous seing privé. Un dernier article est consacré à l'**impossibilité matérielle ou morale de la preuve** écrite qui fait également exception à l'exigence de la preuve écrite.

Le troisième et dernier chapitre, le plus long (vingt-neuf des trente-sept articles du titre), égraine, un par un, les divers **modes de preuve** et leurs caractéristiques. Cette méthode paraît plus satisfaisante que celle du Code, où le régime de chaque preuve et son admissibilité se trouvent entremêlés.

Un point qui mérite d'être souligné est l'intégration de **l'écrit et de la signature électroniques** dans le droit commun. Cela résulte de la définition même de l'écrit : « suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel qu'en soit leur support ». Cet écrit électronique, est-il précisé, « a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Nul besoin, par conséquent, de dispositions particulières.

Les trois articles traitant de l'**écrit authentique** correspondent, quoique dans un ordre différent, aux articles 1317 à 1319 du Code. Y est ajoutée, dans un second alinéa du premier, la dispense de toute mention manuscrite, dont la loi du 28 mars 2011 avait fait un article 1317-1 du Code civil (en même temps qu'elle a fait bénéficier de la même dispense l'acte d'avocat). Est délimité de manière plus précise que dans le code, mais conformément aux solutions admises en jurisprudence, ce qui précisément fait foi jusqu'à inscription de faux : « ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté ». Une suspension facultative pour le juge de l'exécution en cas d'inscription de faux a paru plus pertinente que celle automatique prévue par l'article 1319 actuel du Code.

Le paragraphe consacré à l'**acte sous seing privé** est de la même veine : consécration des solutions bien connues, mais dans un style plus sobre et plus clair. Est bien sûr réaffirmé le principe de sa force probante, assorti de son nécessaire correctif relatif à la dénégation de signature et/ou d'écriture. Une place est faite sous cette rubrique à l'**acte d'avocat**, ce dont il résulte clairement qu'il reste un acte sous seing privé, mais doté de certains attributs empruntés à l'acte authentique : force probante jusqu'à inscription de faux de l'écriture et de la signature des parties et dispense de toute mention manuscrite. Cette dernière précision trouve ici une implantation plus appropriée et plus accessible aux justiciables que dans l'article 66-3-3 de la loi du 31 décembre 1971 où elle a été inscrite par la loi précitée du 28 mars 2011. Quant à la force probante jusqu'à inscription de faux, qui a ému le monde notarial, il restera à en mesurer la portée. Elle ne peut pareillement valoir que pour ce que l'avocat a personnellement accompli ou constaté, et, en outre, dès lors qu'il s'agit d'écriture privée et non d'écriture publique, il ne peut s'agir, semble-t-il, que d'une présomption renforcée d'exactitude, ne pouvant pas être contredite par une simple dénégation d'écriture et de signature. Ainsi comprise, elle ne porterait pas ombrage à la force probante de l'acte authentique.

On retrouve également les équivalents des articles 1325 et 1326 relatifs à la formalité du double, s'agissant des contrats synallagmatiques, et à la mention « écrite par lui-même », requise lorsque l'auteur s'est engagé à payer une somme d'argent ou à livrer une quantité de choses fongibles, ainsi que les conditions auxquelles un acte sous seing privé acquiert **date certaine**.

La place importante que tiennent dans le projet les règles relatives à la preuve écrite est amplement justifiée par leur importance pratique. C'est pour les autres modes de preuve que le dispositif a été considérablement allégé : dix-neuf articles, contre une quarantaine. Dans cette masse d'articles du code actuel figurent, il est vrai, de nombreuses dispositions en réalité étrangères à la preuve écrite (1341 à 1348), d'autres totalement obsolètes (1333 à 1336 : tailles et copies d'actes), d'autres encore étrangères au droit de la preuve (1338 à 1340, relatifs à la confirmation des actes nuls). Restent celles relatives aux **registres et papiers domestiques,** aux **actes récognitifs,** à la **preuve par témoins**, dont le régime est précisé par le Code de procédure civile, aux **présomptions de fait**, détachées, comme il a été dit plus haut, des présomptions légales, enfin à **l'aveu** et au **serment.**

La question des **copies** retient davantage l'attention. Les textes en vigueur se rapportent à l'époque de la plume d'oie. Les copies manuscrites devaient évidemment être entourées de certaines précautions, même s'agissant d'actes authentiques. Ce temps est révolu. La problématique des télécopies et photocopies est d'une autre nature. Le projet fait preuve d'audace à cet égard. Il formule en effet le principe que « la copie fiable a la même force probante que l'original », moyennant la précision que « la fiabilité est laissée à l'appréciation du juge ». Ce dernier se voit donc reconnaître un pouvoir considérable, au surplus discrétionnaire. On peut éprouver une certaine inquiétude devant le risque d'appréciations divergentes. Il n'en est ainsi cependant que pour les copies d'actes sous seing privé, car il est ajouté : « Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un acte authentique ». On ne pouvait en attendre moins. Un second alinéa précise encore que « Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée ». Mais comment saura-t-on si l'original subsiste, notamment s'il est censé être détenu par celui qui se prévaut de la copie ?

Au total, le volet preuve est indéniablement moins novateur quant au fond que celui du régime général des obligations. Mais dans la forme il en résulte une présentation plus ordonnée, plus simple et plus actuelle d'un dispositif poussiéreux et inutilement encombré.

Conclusion

Chacun sait à quel point un immeuble ancien et quelque peu décrépi peut retrouver toute sa splendeur moyennant un sérieux ravalement externe et une restructuration interne conforme aux normes du temps. Tel est aussi le sort de notre bon vieux Code civil. Même réécrit comme il l'a déjà largement été, il reste le code de 1804. C'est cette salutaire œuvre de rénovation que ce projet – et quelques autres – permettrait de parachever, afin de lui donner une nouvelle jeunesse et un lustre lui permettant de redevenir, sinon, comme par le passé, l'unique modèle universel, du moins l'un des codes civils représentatifs de la modernité et de la vitalité du droit civil continental.

10. Droit des sûretés

Le changement en droit des sûretés

Philippe Théry
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le droit des sûretés a changé. C'est d'abord un fait : une ordonnance du 23 mars 2006 a profondément modifié le droit des sûretés réelles et divers textes, de 2007 à 2009 ont institué la fiducie et fixé les règles de son utilisation comme sûreté, dans une promotion assez générale des droits exclusifs[1]. La Cour de cassation, de manière parfois erratique, a, elle aussi, promu une diversification des sûretés personnelles et renouvelé une partie du droit du cautionnement, laissé de côté par la loi habilitant le Gouvernement à réformer les sûretés par voie d'ordonnance.

Si l'on veut mesurer ce changement par le menu, il faudra se reporter aux ouvrages de droit des sûretés car on s'en tiendra ici à ses grandes lignes. Dans des développements aussi brefs, il faut se limiter à en évoquer l'origine et la signification. L'origine peut être trouvée dans un rééquilibrage entre créanciers et débiteurs qui s'est manifesté à l'échelle mondiale mais qui était sans doute rendu plus nécessaire en France en raison du déséquilibre qu'avait introduit la loi du 25 janvier 1985 dans un ensemble de règles déjà assez favorables aux débiteurs. La signification du changement impose de le rapporter d'abord au droit des procédures collectives qui constitue tout à la fois la raison d'être des sûretés et leur pierre d'achoppement mais aussi à la théorie du patrimoine avec laquelle il vient s'articuler[2].

I. L'évolution du droit des sûretés réelles est connue : elle passe essentiellement par une remise en cause de la conception rigoureuse du principe de spécialité qui s'appliquait à toutes les sûretés conventionnelles depuis 1804[3]. Le principe se traduisait essentiellement par la nécessité d'identifier le bien grevé et de déterminer la créance garantie par la sûreté de telle sorte qu'une fois la créance éteinte, la sûreté qui en était l'accessoire disparaissait et que le bien, affranchi de la dette, redevenait le « gage commun des créanciers », selon les termes de l'article 2093 du Code civil[4]. Grâce à la spécialité, les atteintes au principe d'égalité des créanciers[5] demeuraient limitées, dans l'étendue et dans le temps.

Ainsi entendu, le principe de spécialité présentait des inconvénients pratiques : une nouvelle sûreté devait être constituée pour chaque créance, à moins de recourir à une convention de compte courant. Dans ce cas, le principe de spécialité était sauf puisque la créance garantie

[1] Bien que l'expression soit assez généralement admise, on rappellera qu'elle désigne la garantie qui permet au créancier de n'être en concours avec aucun autre (droit de rétention ou propriété).
[2] Les contestations théoriques de la notion de patrimoine n'empêchent pas que les solutions positives que l'on en déduit soient généralement admises.
[3] A l'exception du gage commercial dont la constitution n'exigeait aucun écrit, ce qui n'imposait pas l'identification de la créance garantie.
[4] Aujourd'hui article 2285.
[5] Même texte.

était le solde du compte à la clôture ; si assouplissement il y avait, il résultait de la théorie du compte courant qui permettait de ramener un flux de remises et d'avances à une créance unique. Cette combinaison assurait aux professionnels, principalement aux banquiers[6], d'obtenir immédiatement une garantie pour des créances qui naîtraient dans l'avenir. Le développement du crédit fit davantage sentir la nécessité de garanties appropriées et il fut généralement admis – droit comparé aidant – qu'il fallait permettre qu'une sûreté garantît un ensemble de crédits, présents et surtout futurs, ce qui en simplifiait la constitution et réduisait le coût du crédit.

L'ordonnance du 23 mars 2006 devrait avoir donné, sur ce point, satisfaction aux créanciers professionnels. Alors que les sûretés réelles étaient, jusque-là, limitées aux biens dont le constituant était propriétaire, ils peuvent désormais obtenir par anticipation des sûretés sur les biens dont le constituant pourra devenir propriétaire dans l'avenir, la sûreté prenant effet lors de l'entrée du bien dans l'actif du constituant ce qui garantit le premier rang ; de même est-il possible de constituer des sûretés pour garantir un ensemble de créances futures pourvu que ces créances soient déterminables. On mesure le changement intervenu : avant 2006, la sûreté se conjuguait pour l'essentiel au présent puisqu'elle garantissait une créance déterminée sur un bien dont le constituant devait être propriétaire ; aujourd'hui, elle peut se décliner au futur, garantissant des créances à naître sur des biens à venir... Aussi, bien que l'article 2285 soit demeuré inchangé, le principe d'égalité qu'il proclame se trouve vidé de l'essentiel de sa substance. Les créanciers ordinaires ne pouvant poursuivre leur paiement que sur les biens dont le débiteur est propriétaire lors des poursuites, la substance de leurs droits se trouve nécessairement altérée si les biens entrent grevés par avance dans l'actif de leur débiteur. Dans son enseignement de droit des sûretés, Philippe Malaurie usait d'une comparaison, qu'appelaient il est vrai les notions de rang et de privilège liées au droit des sûretés, entre le roturier chirographaire et l'aristocrate privilégié. Jusqu'à la réforme de 2006, cette aristocratie était seulement viagère parce qu'elle s'éteignait avec la créance. Elle est aujourd'hui héréditaire, puisque la sûreté survit alors que les créances se succèdent.

II. Pour l'essentiel, l'évolution du droit des sûretés personnelles a pris appui dans la liberté contractuelle, le législateur ayant ici cédé le pas à la jurisprudence, si l'on excepte toutefois le cautionnement.

Ce modèle de la sûreté personnelle a, en effet, subi la double influence de la jurisprudence et de la loi sur un mode inhabituel qui est celui du contretemps. On se souvient que la première chambre civile, suivant la suggestion de M. Sargos, avait transformé la mention manuscrite prévue par l'article 1326 du Code civil, dont personne ne contestait qu'elle fût une règle de preuve, en condition de validité du cautionnement. Le législateur vit que cela était bon et reprit cette solution en 1989[7] pour le cautionnement des crédits à la consommation, au moment même où la Cour de cassation revenait, pour les cautionnements ordinaires, à une conception presque classique[8]. Par la suite, la Cour de cassation dont la conception formaliste avait assuré la protection des cautions des dirigeants sociaux, traita ces derniers avec moins de ménagements, vidant pratiquement de sa substance les exigences de l'article 1326 en invoquant la connaissance que devait avoir la caution des engagements pris par l'entreprise qu'elle dirigeait. Et, si elle les fit profiter, avec l'arrêt Macron de 1997, de l'exigence de proportionnalité qu'avait introduite la loi de 1989 en utilisant pour cela les règles de la responsabilité civile, elle les en priva ensuite pour des raisons qui récusaient toute idée de proportionnalité[9], l'exigence demeurant pour les autres cautions.

Le législateur[10] fit table rase de toutes ces nuances en soumettant aux mêmes règles les cautionnements donnés par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, que ce cautionnement soit ou non lié à une activité professionnelle. La Cour de cassation fixe désormais, décision par décision, le degré d'élasticité de la rédaction imposée pour la mention manu-

[6] Le compte courant n'est pas réservé aux banquiers. Il peut être utilisé par exemple entre une centrale d'achats et des fournisseurs. Mais, dans ce cas, les parties à la convention trouvent une garantie efficace dans la connexité de leurs obligations réciproques.

[7] Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989.

[8] Presque seulement, car la mention manuscrite, quoique réintégrée dans le giron de la preuve, demeure liée à la conscience qu'a la caution de son engagement, ce qui n'est pas le rôle habituel des exigences de preuve.

[9] Arrêt Nahoum du 8 octobre 2002.

[10] Loi Dutreil de 2003.

scrite[11] et elle a dû abandonner la médiocre solution que constituait le recours à la responsabilité civile pour sanctionner la méconnaissance du principe de proportionnalité[12] pour s'en tenir au tout ou rien radical qu'impose le code de la consommation[13].

Le contraste est net entre la bienveillance du législateur – sur laquelle on reviendra *infra* – et la sévérité de la Cour qui, souvent, déconcerte les commentateurs. Elle a remis en cause à plusieurs reprises le caractère accessoire du cautionnement, interdisant par exemple à la caution de se prévaloir d'un vice affectant le consentement du débiteur lors de la conclusion du contrat principal[14] ou d'une renonciation par le créancier à agir contre le débiteur[15]. Comme toujours, les arrêts ne donnent jamais les raisons qui permettraient de comprendre la solution et, malheureusement, la lecture des avis ou des rapports, dans lesquels on suggère de voir une motivation de substitution révèlent parfois que l'interprétation par la Cour de sa propre jurisprudence n'est pas à l'abri de la critique[16].

La liberté contractuelle a permis l'apparition d'autres sûretés personnelles. Il faut citer naturellement la plus spectaculaire d'entre elles, la garantie indépendante, non seulement parce qu'elle a bouleversé un paysage jusque-là composé du seul cautionnement mais encore parce qu'elle a fourni à la Cour de cassation le modèle d'un régime de garantie plus énergique que le cautionnement, régime qu'elle a étendu notamment aux garanties professionnelles[17]. La Cour n'a pas été hostile non plus à l'usage que la pratique a pu faire du droit des obligations[18] ou de l'histoire[19].

III. Outre les sûretés classiques, les droits exclusifs ont continué leur développement. On a déjà cité la législation instituant la fiducie et l'ordonnance de 2006 a transposé dans le Code civil les solutions dégagées par la Cour de cassation à propos de la clause de réserve de propriété ou du droit de rétention. Qu'il s'agisse de la fiducie et dans une mesure moindre de la clause de réserve de propriété[20], la réalité de leur régime, celui d'une garantie, l'emporte sur la fiction de leur dénomination de propriété : ainsi, la défaillance du débiteur « débloque » au profit du créancier un droit de disposer qu'une propriété instrumentalisée interdisait de lui reconnaître[21] et cette investiture dans la propriété véritable suppose que les comptes soient faits pour que le créancier ne s'enrichisse pas en devenant propriétaire. Il faut vraiment aimer les mots pour croire que la propriété utilisée à des fins de garantie est autre chose qu'une sûreté réelle à laquelle on a restitué une certaine efficacité.

IV. Toutes ces garanties ne prennent leur valeur que sur la toile de fond que constituent les procédures d'insolvabilité. L'évolution a conduit jusqu'ici à une subordination du droit des sûretés au droit des procédures collectives[22]. On en trouvera un exemple dans le fait que la reconnaissance par la loi du 4 août 2008 d'un droit de rétention au gagiste qui n'a pas été mis en possession[23] a aussitôt été stérilisée par l'ordonnance du 18 décembre de la même année[24].

D'une manière générale, les garanties, personnelles comme réelles, paralysées durant la période d'observation, se voient reconnaître une efficacité inversement proportionnelle aux chances de sauvetage de l'entreprise[25]. Les perspectives tracées par le droit des procédures collectives donnent d'ailleurs au droit des sûretés une architecture différente de celle que l'on pourrait déduire des textes qui leur sont

[11] V. dans des sens divers : Com. 5 avr. 2011, n° 10-16426 ; Com. 5 avr. 2011, n° 09-14358 ; Civ. 1re, 16 mai 2012, n° 11-17411 ; Com. 10 avr. 2013, n° 12-18544.

[12] Il s'agissait en réalité d'une sanction factice, le créancier pouvant obtenir de la caution tout ce qu'elle était en mesure de payer lors de l'exercice des poursuites.

[13] Com. 22 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 112, n° 09-67814.

[14] Ch. mixte 8 juin 2007, *Bull. mixte*, n° 5.

[15] Com. 22 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 136.

[16] Not. Ph. Simler, note *JCP G* 2007, II, 10138.

[17] Ass. plén. 4 juin 1999, *Bull. AP*, n° 4.

[18] Lettre d'intention, porte-fort,...

[19] Constitut.

[20] La Cour de cassation a admis que l'absence de déclaration de la créance n'interdisait pas de mettre en œuvre la clause bien qu'elle assure la garantie de la créance de prix.

[21] Ce qui n'exclut pas que la réserve de propriété puisse être transmise avec la créance garantie. C'est évidemment une « propriété » en l'état qui est transmise au cessionnaire ou au subrogé.

[22] Avec parfois d'étranges errements : la Cour de cassation a ainsi disqualifié une cession de créances à titre de garantie en nantissement (Com. 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 250) pour en paralyser l'effet après que le débiteur eut fait l'objet d'une procédure collective. La critique de cette solution a été très générale et, dans un arrêt ultérieur (Com. 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 94), toujours à propos d'une cession civile, la Cour a maintenu cette disqualification tout en faisant produire à ce « nantissement » les mêmes effets qu'une cession. Où est la cohérence d'une suite jurisprudentielle qui commence par disqualifier une cession en nantissement pour en stériliser les effets, pour admettre ensuite que ce nantissement produit les effets d'une cession ?

[23] Article 2286-4° C. civ.

[24] Article L. 622-7 C. com.

[25] On ne peut que renvoyer ici aux ouvrages spécialisés.

applicables. Ainsi, alors que le créancier gagiste ou le bénéficiaire d'une fiducie se voient, théoriquement, reconnaître les mêmes droits qu'ils détiennent ou non le(s) bien(s) grevé(s), cette détention du bien devient une garantie en soi si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective puisque les textes font un sort particulier au gagiste ou au bénéficiaire d'une fiducie qui ne détiennent pas le bien[26]. Le droit des procédures collectives ressuscite ainsi une distinction entre sûretés avec et sans dépossession qui avait été progressivement abolie pour une raison simple : le débiteur ayant besoin du bien pour son activité, la dépossession est un non-sens économique[27]. Seule la clause de réserve de propriété garantie échappe à ces contraintes bien que la chose vendue se trouve entre les mains du débiteur, ce qui laisse penser que les garanties fondées sur la propriété réservée ont sans doute une légitimité plus forte que celles qui sont fondées sur la propriété transmise[28].

Mais, le droit des procédures collectives peut aussi gommer des distinctions établies en droit des sûretés. Ainsi traite-t-il de la même manière les tiers – pratiquement les dirigeants sociaux – qui garantissent les dettes de l'entreprise, que la garantie soit personnelle[29] ou réelle. L'auteur de la garantie est d'autant mieux protégé qu'il aura déclenché plus tôt la procédure destinée à permettre le redressement de l'entreprise. Le réalisme du législateur restitue à la garantie des dettes d'autrui une homogénéité que la Cour de cassation a niée en contestant l'existence du cautionnement réel.

Tel est, brossée à grand trait, l'évolution qu'a connue le droit des sûretés. Qu'elle soit un reflet des temps et de leur changement est une évidence que l'on ne devrait même pas avoir à rappeler. Ce qui est étrange, ce sont les lamentations que l'on entend encore sur le sort des créanciers titulaires de sûretés[30], comme si le « retour sur investissement » devait toujours aller de pair avec une absence de risque...

[26] Art. L. 622-7 précité ; art. L. 622-23-I.

[27] Comme le montrent les dispositions qui permettent de passer outre l'interdiction des paiements en période d'observation lorsque le bien détenu par le créancier est nécessaire à la poursuite de l'activité.

[28] Ce que permet de constater aussi le régime du crédit-bail, dans une mesure moindre parce qu'il est aussi un contrat en cours.

[29] Cautionnement ou garantie indépendante.

[30] Certains auteurs estiment d'ailleurs que la volonté de revaloriser les sûretés s'est diluée dans le droit des procédures collectives (S. Vermeille et A. Bézert, « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *D.* 2014, 289).

II. Droit des régimes matrimoniaux

Changement et droit des régimes matrimoniaux

Gérard Champenois
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le régime matrimonial n'existe que par le mariage. Or, c'est un fait avéré que, depuis une quarantaine d'années, le nombre des mariages a fortement diminué (plus de 400 000 mariages par an vers les années 1970, environ 240 000 aujourd'hui) et, parallèlement, le pourcentage des naissances hors mariage se situe autour de 56 %. Ce changement quantitatif a pour conséquence évidente qu'une fraction croissante des couples ne voit plus leurs relations patrimoniales régies par le droit des régimes matrimoniaux. Le mariage n'est plus la conséquence quasi obligée de la vie en commun mais un choix.

L'essor du pacs depuis 2007 invite peut-être à nuancer ce constat. En effet, il faut se demander si les régimes « pacsimoniaux » n'ont pas pris le relais des régimes matrimoniaux : la séparation de biens n'est guère différente selon qu'il s'agit du mariage ou du pacs ; l'indivision des acquêts (article 515-5-1 du Code civil) apparaît comme une mini-communauté et il est difficilement niable qu'il existe un embryon sérieux de régime primaire dans le pacs. Il y aurait alors une substitution relative du régime pacsimonial au régime matrimonial au sens classique du terme. Encore faut-il préciser que les relations pécuniaires entre concubins (dont le nombre a fortement crû ; quelque 7 millions aujourd'hui) ne relèvent pas au sens exact du terme d'un régime matrimonial : quelques règles particulières (par exemple en matière de bail d'habitation) et l'application du droit commun du patrimoine, parfois déformé, même si l'on discerne un commencement d'ébauche d'un droit commun du couple.

Si l'on s'en tient au droit des régimes matrimoniaux proprement dit, un changement majeur saute aux yeux : la possibilité de changer de régime matrimonial pendant le cours du mariage et sa signification profonde : l'abandon progressif du principe de l'immutabilité du régime matrimonial qui fut longtemps l'un des piliers du droit patrimonial de la famille et qui donnait au contrat de mariage un caractère statutaire. Ce changement est acquis depuis 1965. La tendance générale a été de libéraliser le changement de régime en limitant voire en supprimant le contrôle judiciaire (l'homologation de la convention modificative par le juge). La loi du 23 juin 2006 a été à cet égard une étape importante et il est probable que le mouvement se poursuivra[1].

[1] Parallèlement, on constate l'abandon en droit international privé de la permanence de la loi applicable au régime matrimonial (v. Convention de la Haye du 14 mars 1978).

Pour le reste, et si on limite le champ d'observation aux dernières décennies, c'est plutôt une impression de stabilité du droit qui prédomine (I). Pour autant, il serait erroné de croire que rien ne bouge. Plusieurs auteurs ont relevé une « banalisation » du régime matrimonial, c'est-à-dire une tendance à soumettre les époux au droit commun du contrat et des biens. Certains se sont même demandés si l'on n'assistait pas à une dégénérescence du régime matrimonial (II).

I. La stabilité du droit des régimes matrimoniaux : apparence ou réalité ?

Les régimes matrimoniaux seraient préservés des turbulences (A). Un auteur vient toutefois de lancer un avis d'alerte[2] (B).

A. Un calme indéniable

À la différence d'autres parties du droit patrimonial de la famille (notamment le droit des successions et des libéralités profondément réformé en 2001 et en 2006, sans parler du droit extra-patrimonial de la famille qui a connu de très nombreuses réformes depuis les grands changements apportés par les « lois Carbonnier » des années 1964-1975), le droit des régimes matrimoniaux n'a pas connu de réformes d'envergure depuis 1985. Il apparaît dans cette mer tourmentée comme un îlot de stabilité, une matière paisible à enseigner (une douce préparation à la retraite...). Comme l'écrit Jean-Pierre Marguénaud *(ibid.)*, après avoir évoqué les violentes tempêtes qu'a dû affronter le droit des successions, « pendant ce temps-là, son voisin de palier, le droit des régimes matrimoniaux a coulé des jours paisibles a digérer tranquillement la réforme du 23 décembre 1985, tel un boa dans son vivarium a qui l'on jette de temps en temps quelques difficultés inédites de récompenses paralysées d'effroi ».

Le régime légal (dont l'existence s'est imposée en 1804) a toujours été en France un régime de communauté. Il n'a connu qu'un seul changement majeur : le passage d'une communauté de meubles et acquêts à une communauté d'acquêts, organisé par les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985. En dépit de critiques parfois virulentes (par exemple, à propos du régime des dettes et notamment de l'article 1413 du Code civil), il a jusqu'ici résisté à l'épreuve du temps. Comment expliquer ce « succès » ?

Cela tient, nous semble-t-il, à ce que le droit des régimes matrimoniaux a su répondre à deux aspirations essentielles : l'égalité et la liberté.

Ce droit a eu l'intelligence de consacrer dès 1985 une égalité totale des époux tant dans le régime légal que dans les régimes conventionnels (ex. suppression de la clause d'unité d'administration au profit du mari), après, il est vrai, un long cheminement. La discrimination qui était apparue au détriment des enfants naturels à propos de l'action en retranchement de l'article 1527 du Code civil a été effacée à l'occasion de la réforme des successions en décembre 2001.

Les époux ont toujours bénéficié d'une marge appréciable de liberté dans l'organisation de leurs rapports patrimoniaux en raison du principe traditionnel de la liberté des conventions matrimoniales. Le désir d'une indépendance plus grande, qui existe chez certains conjoints, peut être, dans une large mesure, satisfait par le choix du régime de séparation de biens, à condition de respecter l'esprit de ce régime. Il faudrait que cette aspiration devienne majoritaire pour susciter une demande de réforme législative. On remarquera que, dans le régime légal, le choix de la gestion concurrente répond à la même préoccupation. La liberté des conventions matrimoniales incite encore aujourd'hui les notaires à élaborer des contrats de mariage adaptés aux exigences du XXI^e^ siècle et notamment à la fréquence des divorces ainsi qu'à l'allongement de la durée de la vie humaine.

Toutefois, cette vision relativement optimiste pourrait être remise en cause par deux éléments : le poids du régime primaire impératif (notion large de la dette ménagère solidaire, statut du logement de la famille...), qui, selon certains, tend à évincer le régime matrimonial proprement dit[3] et le domaine étendu de la cogestion applicable aux biens communs. Une égalité protectrice est respectée mais non l'indépendance de chacun.

La stabilité du régime légal de communauté tient encore à la faiblesse de ses concurrents. La participation aux acquêts fait facilement figure de régime idéal mais la greffe, venue du droit allemand n'a pas véritablement pris. La séparation

[2] J.-P. Marguénaud, « Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD civ.* 2013, p. 810.

[3] Un rapprochement peut être fait avec le patrimoine familial québécois.

de biens n'a le plus souvent, dans les faits, qu'une simplicité apparente. On sait que les époux séparés de biens ont souvent des pratiques communautaires sans les garde-fous de la communauté (acquisitions en indivision, utilisation de comptes joints, enchevêtrement des intérêts...). Aussi a-t-on dénoncé les « illusions de séparation de biens ». Nombreux sont les notaires qui affirment qu'il est plus difficile de liquider une séparation de biens (théoriquement, il ne devrait pas y en avoir) qu'une communauté ou même une participation aux acquêts.

Faut-il alors conclure que cette stabilité du droit des régimes matrimoniaux est durablement acquise ou voit-on poindre les frémissements d'une secousse ?

B. L'alerte venue de la Cour européenne des droits de l'homme

1. Le droit européen pourrait-il être à l'origine d'une forte secousse traversant le droit des régimes matrimoniaux ? La question a été posée avec force par M. Jean-Pierre Marguénaud[4].

Un vent se serait levé non de Sibérie mais de Croatie, à l'occasion d'une affaire *Zrilic c/ Croatie*, qui a donné lieu à un arrêt de chambre du 3 octobre 2013.

Une femme divorcée se plaignait d'avoir dû quitter la maison familiale car le juge avait ordonné sa vente sur licitation, laquelle avait eu lieu au profit de l'ex-mari. Elle soutenait qu'une atteinte disproportionnée avait été portée à son droit au respect du domicile consacré par l'article 8 de la Convention EDH et qu'un partage en nature aurait pu être réalisé.

M. Marguénaud expose que la Cour EDH, sans répondre directement à la question, laisse fortement entendre qu'elle admet le caractère subsidiaire de la vente sur licitation d'une maison avec laquelle un ex-époux a conservé des liens suffisants pour qu'elle puisse encore être considérée comme son domicile au sens de l'article 8 de la Convention.

La question est alors de savoir si la qualification de domicile peut être retenue. En l'espèce, il est relevé que la femme avait participé directement à la construction de la maison avec son ex-mari et qu'elle y avait vécu de nombreuses années, même après son divorce. Ces liens seraient avec cette maison suffisamment forts pour que celle-ci soit considérée comme son domicile. Cette considération sentimentale pourrait se révéler d'un grand intérêt pour le droit des régimes matrimoniaux régulièrement confrontés à des situations douloureuses lorsqu'un ex-conjoint a donné tout son temps et toute son énergie à l'amélioration d'un bien qu'il faut partager ou qui doit revenir en propre à l'autre. Et M. Marguénaud de poursuivre dans les termes suivants : « Très concrètement, l'arrêt *Zrilic* pourrait amplifier et accélérer la confrontation du droit des régimes matrimoniaux à la catégorie des biens de dignité que Judith Rochfeld travaille patiemment à faire émerger en montrant à quel point ils sont étroitement liés à la personne de leur propriétaire »[5].

Dans la présente affaire, il restait à vérifier si l'ingérence dans le droit au respect du domicile était justifiée, notamment au regard du principe de proportionnalité. En l'espèce, le refus d'un partage en nature était justifié, car impraticable en raison des lourds investissements qu'il aurait exigés. Mais il ressort *a contrario* de l'arrêt que « le partage en nature de la maison avec laquelle l'ex-conjoint a maintenu des liens émotionnels forts apparaît [...] comme la solution à privilégier du point de vue du droit européen des droits de l'Homme »[6]. La promiscuité serait un mal moindre que le déracinement. M. Marguénaud[7] pose alors la question de savoir si ce changement de perspective provoquerait en France « tsunami ou vaguelettes ».

2. On se contentera dans le cadre de cette étude d'esquisser quelques éléments de réponse. La prise en compte des « biens de dignité » ne paraît pas concerner l'ensemble du régime matrimonial mais essentiellement le partage des biens après la dissolution de régime. Sur ce terrain, les effets de la jurisprudence de la Cour EDH devraient *a priori* s'étendre à tous les partages familiaux voire à tous les cas où l'un des copartageants justifierait de liens émotionnels forts avec un bien.

Si l'on entre dans cette voie, il conviendrait de modifier les règles du partage en nature : celui-ci ne s'imposerait pas seulement lorsque les biens sont facilement partageables mais encore lorsqu'un tel partage ne s'avère pas impossible.

[4] V. l'argumentation développée par cet auteur dans ses observations précitées.
[5] *Ibid.*
[6] J.-P. Marguénaud, obs. préc., p. 812.
[7] *Ibid.*

Cela pourrait être admis dans des cas *a priori* exceptionnels et les travaux nécessaires pour rendre possible un tel partage pourraient constituer une forme de prestation compensatoire.

Toutefois, on peut s'interroger sur la compatibilité de cette préférence pour la « promiscuité » avec la politique de dédramatisation du divorce. S'il est vrai, comme le relevait le doyen Carbonnier, que les divorcés aspirent à fuir leur passé, l'éloignement physique doit être la règle. De plus, il nous semble difficile pour le juge de fonder sa décision sur les liens émotionnels forts existant entre une personne et un bien. Il serait souhaitable que le lien entre la dignité de la personne et l'attribution d'un bien soit établi sur des bases plus objectives (environnement, cadre de vie, durée de la jouissance du bien...).

On pourrait songer à aller plus loin, par exemple en conférant un caractère d'ordre public au droit viager au logement (v. l'article 764 du Code civil) en présence de situations très douloureuses. On peut aussi s'interroger sur le point de savoir si la qualification « bien de dignité » ne devrait pas produire des effets pendant le cours du régime, notamment sur les pouvoirs des époux.

Mais il faut raison garder et ne pas créer des incertitudes qui entraveraient sérieusement le travail des liquidateurs. En l'état, la jurisprudence ci-dessus évoquée de la Cour EDH ne devrait, croyons-nous, ne produire des effets que dans des situations exceptionnelles appelant un correctif d'équité. Peut-être par manque de perspicacité et d'affinité avec le droit européen, nous pronostiquerions plus volontiers les « petites vagues » que le « tsunami »[8].

Finalement, c'est l'impression de stabilité et de permanence qui nous paraît prédominer dans le droit des régimes matrimoniaux. Mais la stabilité n'est pas l'immobilisme. Elle n'exclut pas des évolutions, que connaît tout être vivant, et là, le changement pourrait être notable.

II. La relative banalisation du régime matrimonial

Depuis quelques décennies, le législateur a tendance à banaliser le statut des époux et à soumettre ceux-ci au droit commun pour les « libérer » des règles spécifiques qui caractérisent le régime matrimonial. Il convient de prendre la mesure de ce phénomène (A) avant d'en marquer les limites (B).

A. Les manifestations de la banalisation du régime matrimonial

On se contentera de relever deux manifestations très caractéristiques de cette tendance. Afin de favoriser l'indépendance des époux, le législateur contemporain a édicté dans le régime primaire des présomptions de pouvoir : l'article 221 du Code civil pour les opérations bancaires et l'article 222 du même code pour les opérations mobilières courantes. Le premier de ces textes est le plus révélateur : chaque époux peut déposer des fonds ou des titres sur son compte en banque et faire fonctionner ce compte sans que le banquier soit en droit de l'interroger sur les pouvoirs que lui accorde ou non son régime matrimonial sur les avoirs ainsi déposés en banque. On a pu dire (F. Terré) qu'à l'égard de leur banquier, les époux étaient célibataires. Une observation analogue peut être faite à propos de l'article 222 qui permet à chacun des époux de disposer librement des biens meubles dont il a la détention individuelle, sous la réserve ici que le tiers contractant soit de bonne foi (c'est-à-dire qu'il ignore légitimement l'éventuel défaut de pouvoir de l'époux avec qui il traite). Le régime matrimonial, dans l'un et l'autre cas, ne peut intervenir qu'après coup pour corriger, dans les rapports entre époux, les irrégularités commises par des sanctions généralement imparfaites, car la validité de l'acte accompli par un époux seul ne pourra pas être critiquée.

Le second exemple est encore plus caractéristique. Pendant longtemps, le statut d'époux et notamment le principe d'immutabilité (absolue) du régime matrimonial ont conduit à soumettre les contrats entre époux à un régime particulier voire à les interdire. Ainsi, la donation entre époux était licite mais unilatéralement et librement révocable (ancien article 1096 ; on craignait l'emprise d'un époux sur l'autre). Dans la même ligne, les donations déguisées entre époux n'étaient pas réductibles mais nulles (article 1099, alinéa 2). On s'était même interrogé sur la licéité du contrat de travail entre époux en dépit de la fréquence de la collaboration conjugale. De

[8] On ajoutera que le Règlement européen en préparation sur les régimes matrimoniaux est assez proche du dispositif de la Convention de la Haye de 1978 et qu'il ne paraît pas véhiculer une vision fortement renouvelée du régime matrimonial.

façon plus nette, le Code civil (article 1595) prohibait la vente entre époux et la jurisprudence avait, elle, prohibé la société entre époux au nom du principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

Tout cela a été progressivement balayé au cours des cinquante dernières années. On a voulu accorder aux époux une pleine liberté contractuelle dans le respect du principe d'égalité. Depuis la loi du 10 juillet 1982, il ne fait aucun doute que la licéité du contrat de travail entre époux ne peut être discutée. Il faudra attendre davantage pour que les donations entre époux rejoignent le droit commun (loi du 26 mai 2004) à l'exception, pleinement justifiée, des donations de biens à venir. Mais le plus notable s'était déjà produit. La loi du 23 décembre 1985 a supprimé l'interdiction de la vente entre époux (abrogation de l'article 1595 du Code civil). Toutefois une question importante demeure débattue : celle de la vente entre époux ayant pour objet un bien commun (ici la soumission pure et simple au droit commun ne va pas de soi). Un renversement analogue s'est produit, à la même époque, pour les sociétés entre époux : aucun type de société n'est désormais interdit aux époux. On est passé de l'illicéité à une totale licéité. Cette liberté peut peser fortement sur le fonctionnement du régime matrimonial car les sociétés entre époux permettent de contourner ou d'écarter les règles du régime matrimonial, notamment les règles de pouvoir.

Le phénomène de banalisation du régime matrimonial, qu'avait fort bien perçu André Colomer dès la réforme du 23 décembre 1985[9], est une réalité. Le mouvement pourrait se poursuivre comme le révèlent certaines décisions. Ainsi la jurisprudence a décidé que l'époux qui excède ses pouvoirs, par exemple en vendant seul un immeuble commun, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du tiers contractant évincé[10]. Une partie importante de la doctrine critique ce refus d'appliquer le droit de la responsabilité civile. Si l'évolution allait dans ce sens, on assisterait à une dégénérescence du régime matrimonial et l'on pourrait s'interroger sur son utilité même[11]. Pour notre part, nous ne pensons pas que cette évolution soit la plus probable. La banalisation du régime matrimonial n'est qu'une partie de la réalité. La spécificité des rapports entre époux n'a pas disparu.

B. La persistance d'une spécificité du régime matrimonial

Cette spécificité est particulièrement nette dans le régime de communauté. La notion même de bien commun est originale : un bien acheté et payé par un seul époux n'en est pas moins la propriété des deux conjoints qui disposent, en principe, des mêmes pouvoirs pour les gérer. La communauté constitue une figure de propriété collective que l'on ne saurait confondre avec l'indivision[12]. Il s'ensuit logiquement que le régime des dettes présente un particularisme tout aussi marqué. Enfin, après la dissolution du régime, la théorie des récompenses, qui n'est pas une simple application de l'enrichissement sans cause, joue un rôle essentiel. Cette pièce maîtresse du régime de communauté n'est, dans son principe, critiquée par personne à notre connaissance.

La séparation des biens, que l'on a parfois présenté comme une absence de régime matrimonial, n'échappe pas non plus à ce particularisme. Ces dernières années, une jurisprudence assez fournie s'est formée relativement au logement de la famille, principalement lorsque ce logement est acquis en indivision par des époux séparés de biens. Le droit commun (notamment le droit de l'indivision) voudrait que l'époux qui a payé plus que sa part (voire la totalité de l'acquisition) se voit reconnaître une créance contre son conjoint ou contre l'indivision. Mais la jurisprudence « neutralise » le plus souvent cette créance par la contribution aux charges du mariage (article 214 du Code civil) : l'époux « *solvens* » n'a fait qu'exécuter son obligation de contribuer aux charges du mariage[13]. L'autre époux peut ainsi acquérir des droits immobiliers sans avoir à financer cette acquisition. Plus généralement, la vitalité de la jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux laisse penser que la

[9] « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou : vingt ans après… », *D.* 1986, chron. 49, spéc. III, B, p. 57.

[10] V. Civ 1re, 28 mars 1984, *JCP* 1985, II, 20430, note M. Henry.

[11] V., posant cette question, J. Revel, *Les régimes matrimoniaux*, Cours Dalloz, 7e éd., 2014, no 12, p. 8.

[12] V., à ce sujet, la pénétrante analyse de Rémy Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges G. Champenois*, Lextenso, 2012, p. 583. Dans sa conclusion (p. 598, no 17 *in fine*), l'auteur déclare qu'il n'adresse aucune critique à la réglementation française « dont l'étonnante stabilité démontre qu'elle continue de répondre aux attentes des Français, ce qui est bien l'idéal pour une réglementation supplétive ».

[13] V., parmi de nombreuses études, A. Karm, « Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », in *Mélanges R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 89 s., et dans le même ouvrage, G. Champenois, « Quelques observations sur le financement du logement familial indivis par des époux séparés de biens », p. 45 s.

spécificité qui caractérise la matière est une réalité vivante.

La place faite au valorisme est également remarquable. Contrairement au droit commun des obligations, le principe de nominalisme monétaire est écarté, qu'il s'agisse de l'évaluation des récompenses (article 1469 du Code civil) ou des créances entre époux (les articles 1543 et 1479 renvoient à l'article 1469). Demeure l'idée d'un particularisme des relations entre époux : la stipulation d'une clause d'indexation n'est pas naturelle entre conjoints et c'est à la loi d'assurer l'équité de leurs conventions. La solution est opportune pour les règlements familiaux différés, les liens familiaux créant souvent un obstacle, au moins de fait, à un paiement immédiat[14]. Ce sont sans doute des considérations de cet ordre qui justifient la règle traditionnelle selon laquelle la prescription ne court pas entre époux et qui explique que le législateur contemporain l'ait étendue au pacs[15].

Finalement, l'idée que l'organisation patrimoniale du couple appelle des règles spécifiques dérogeant au droit commun ne nous paraît pas rejetée. Mais cette spécificité doit aujourd'hui être justifiée par les exigences d'une vie commune fondée sur le principe d'égalité et un respect aussi grand que possible de la liberté individuelle de chacun. Des justifications anciennes sont rejetées (par exemple, l'idée d'une nécessaire protection particulière de la femme ou une présomption de captation entre époux). Il pourrait en résulter une relative diminution du nombre des règles spécifiques, qui conserveraient néanmoins leur place à côté d'un droit commun du patrimoine plus largement admis.

En conclusion, si l'on porte le regard sur la période postérieure à 1985, c'est incontestablement la stabilité qui prédomine dans le droit des régimes matrimoniaux, même si celui-ci ne peut ignorer les incidences des réformes voisines et notamment celle du divorce en 2004 qui interfère lors du règlement du régime matrimonial. Par-delà la persistance des règles et des mots, des changements importants se produisent. La communauté est en France une institution multiséculaire. Mais qu'y a-t-il de commun entre la communauté légale de 1804 et celle que nous connaissons aujourd'hui ? Ce sont deux régimes de communauté, mais qui ne se ressemblent guère. Plus près de nous, nous assistons à une banalisation du régime matrimonial non dépourvue d'ambiguïté puisque subsiste une zone d'irréductible spécificité, aujourd'hui confrontée aux autres modes de conjugalité.

[14] D'où l'application généralisée de la solution en droit patrimonial de la famille, notamment dans le droit des successions.

[15] Art. 2236 C. civ.

12. Procédure civile

Le changement en procédure civile

Serge Guinchard
Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)
Recteur honoraire des Académies de la Guadeloupe et de Bretagne
Doyen honoraire de la faculté de droit de Lyon

Sans vouloir être malicieux, ironique, moqueur ou provocateur (au choix du lecteur de ces lignes), on pourrait écrire qu'en procédure civile le changement est permanent et n'a pas attendu 2014 pour se manifester, et encore moins l'élection présidentielle de 2012, au cours de laquelle celui qui devait la gagner prit comme slogan le thème du changement qui devait se réaliser « maintenant ». Les métamorphoses de la procédure civile ont été étudiées, à l'aube du IIIe millénaire, dès 1999 et 2000[1] et elles illustrent, dans le champ d'intervention de cette branche du droit, un phénomène plus général que l'on retrouve pour l'ensemble du droit du procès et toutes les procédures et qui se traduit par la mise en perspective de trois mouvements qui dessinent un nouveau paysage de la justice, notamment civile[2].

– *Le premier mouvement, le plus visible, est celui des changements dans les textes de procédure*. L'étude de ces textes permet de mieux appréhender les grandes évolutions de notre justice, évolutions conscientes ou inconscientes. Par exemple, la loi no 95-125 du 8 février 1995 est la première loi commune à trois contentieux, ce qui traduit bien l'émergence d'un fonds commun procédural, en tout cas de préoccupations communes à toutes les justices, au-delà de simples problèmes d'organisation judiciaire. De même, le décret no 98-1231 du 28 décembre 1998, réformant le code de procédure civile et le code de l'organisation judiciaire, d'apparence très austère et d'une grande technicité, par sa rédaction formelle, par les matières concernées, traduisait-il un triple besoin : une justice plus proche du justiciable (d'où, par exemple, la modification des règles d'assistance et de représentation devant le juge d'instance et le juge de l'exécution, la simplification de la compétence en matière de baux commerciaux, etc.) ; une justice plus consensuelle, d'où la création d'une nouvelle cause de suspension de l'instance en vue de favoriser les pourparlers entre les parties engagées dans un procès (le retrait conventionnel de rôle), la simplification du recours à la conciliation devant le juge d'instance, la possibilité de demander au président du tribunal de grande instance de conférer la force exécutoire à une transaction privée ; une justice plus rapide, avec des dispositions tendant à faciliter le travail du juge (assignation qualificative, conclusions qualificatives et récapitulatives, rédaction simplifiée du

[1] S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, nouvelle série, p. 91 ; « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du IIIe millénaire », in *Clés pour le siècle*, Paris 2, Dalloz, 2000, p. 1135.

[2] S. Guinchard et *alii, Droit processuel. Droits fondamentaux du procès,* Dalloz, 7e éd. 2013, no 5.

jugement), l'accélération et l'amélioration de l'instruction des affaires civiles et la création d'une véritable justice de l'urgence[3]. La loi du 9 septembre 2002 sur la justice de proximité accentuait ce phénomène de recherche d'une justice différente, de proximité, consensuelle et de célérité. De 2009 à 2012, les textes issus des travaux de la commission dite *Guinchard* (du nom de son président et du signataire de ces lignes) sur la réorganisation des contentieux et la déjudiciarisation (en 2008) traduisaient bien ce souci d'un équilibre entre d'ambitieuses réformes, souvent irréalisables parce qu'irréalistes, et le besoin accru de mettre le justiciable au centre des réformes, ce que porte l'intitulé du rapport : *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*[4]. Entre l'entrée en vigueur au 1er janvier 1976 du nouveau code de procédure civile et mars 2014, ce ne sont pas moins de 88 décrets qui sont intervenus, soit un décret tous les cinq mois et 10 jours[5] !

Les analyses de ces textes doivent, bien sûr, être menées pour mesurer les changements intervenus en procédure civile, mais elles ne sauraient suffire à une bonne compréhension de l'évolution de cette matière.

– *Le deuxième changement est celui des mutations dans les pratiques procédurales.* Au-delà des textes, ce qui compte aujourd'hui pour apprécier ce qui a changé dans le droit du procès, c'est le regard porté sur les pratiques des tribunaux, sur les pouvoirs dont les juges disposent réellement dans le déroulement des procès. En matière procédurale plus qu'en tout autre domaine, les textes ne sont rien quant à l'appréhension de la réalité d'une procédure ; en tout cas ils sont insuffisants à une bonne compréhension du problème. Chacun sait bien qu'en matière de mise en état des affaires civiles en France, il y a plusieurs types de pratiques, plus ou moins éloignées du schéma officiel contenu dans le code de procédure civile, qu'il s'agisse du contrat de procédure ou de la transformation dans les faits de la conférence du président, pour mieux la valoriser. D'où l'intérêt de connaître ces pratiques, de les rechercher. Mais il faut aller plus loin et s'interroger sur leur portée.

– *Le troisième changement est celui de la prise en compte des attentes des justiciables,* en tout cas dans le discours officiel. Les textes nouveaux et les pratiques suivies par les tribunaux traduisent-ils un changement profond de la conception même de notre droit procédural, de la relation des justiciables à leur justice, pour ne pas dire à leur juge ? Répondent-ils à l'attente des citoyens, aux besoins des justiciables ? Et d'abord quels sont ces besoins ? Quelles sont les demandes des Français quant à leur justice, quant à leurs procès ? Retrouve-t-on dans le domaine de la justice, dans le déroulement des procès, entre les parties, entre les parties et le juge et même entre les parties et le parquet, ce besoin moderne de dialogue, d'interactivité, de démocratie plus forte, qu'on l'appelle participative ou non, besoin que les moyens technologiques contemporains permettent, en dehors du champ du procès, de satisfaire plus aisément que par le passé ? Si la finalité de la procédure est de faciliter une solution rapide mais juste du procès, ce que certains systèmes étrangers mettent en exergue dans leurs textes de procédure[6], le droit français du procès satisfait-il à cette attente ? Ce sont ces besoins (d'une justice plus accessible, plus lisible, plus sereine) qui ont été pris en considération dans le rapport déjà cité de la Commission dite *Guinchard* sur une nouvelle répartition des contentieux, remis à la garde des Sceaux le 30 juin 2008 et qui vise *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, tant en matière civile qu'en matière pénale.

Au final, trois axes nous semblent devoir caractériser les métamorphoses contemporaines de la procédure civile : le changement dans ses sources (I), dans ses modes de communication (II) et dans la place respective des parties et du juge (III).

I. Le changement dans les sources

Deux changements doivent être soulignés : l'un au niveau des sources supra-législatives, l'autre au niveau des sources infra-législatives. D'un côté, des sources d'impulsion du droit du procès qui s'installent durablement dans le

[3] S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée » *D.* 1999, chron. 65.

[4] Documentaion française, août 2008.

[5] G. Wiederkehr, « Le NCPC : la réforme permanente », *Mélanges J. Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 787. E. Jeuland, « Transformation et pérennité du NCPC », in J. Foyer et C. Puigelier (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005),* Economica, Études juridiques, 2006, p. 75.

[6] V. pour le droit américain, le *Federal Rules of civil Procedure, Rule 1* et le *New York Civil Pratice Laws and Rules*, § 104, cités par Peter E. Herzog, « Le nouveau code de procédure civile – Quelques appréciations d'Outre-Atlantique », *Justices*, 1996/3, p. 445, spéc. p. 446 et 450.

paysage juridictionnel français (A), de l'autre, un certain renouveau des sources d'adaptation au plus près de la technique juridique (B).

A. L'installation durable des sources d'impulsion de la procédure civile dans le paysage juridictionnel français

1. Sous l'influence prépondérante des instruments internationaux des droits de l'homme (que nous préférons désigner par l'expression de libertés et droits fondamentaux), la procédure civile, comme l'ordre juridique en général, se trouve placée aujourd'hui sous l'emprise croissante des droits fondamentaux, à la garantie desquels, d'ailleurs, elle participe, à tel point que l'on peut désormais parler de droits fondamentaux du procès (les fameux « droits de procédure » évoqués aux Conseils européens de Cologne et Tampere au moment de l'élaboration de ce qui allait devenir la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et qu'il existe un véritable droit substantiel à un procès équitable conforme aux exigences d'un État démocratique, c'est-à-dire aux garanties fondamentales d'une bonne justice, même si la culture des droits de l'homme n'est pas encore totalement acceptée en France[7]. L'humanisme processuel l'emporte sur le légalisme procédural[8].

Plusieurs instruments internationaux de protection des libertés et droits fondamentaux, constituent un véritable abrégé de procédure, aux formules tranchantes mais suffisamment floues pour en permettre une interprétation très large soit par les organes internationaux de contrôle, soit par les juridictions nationales. Ils apportent ainsi une garantie indispensable aux justiciables dans le domaine du droit du procès. La France, qui s'autoproclame très souvent pays des droits de l'Homme, alors qu'il n'est pas du tout certain que ces droits y sont mieux protégés que dans d'autres États, a besoin du rempart des droits fondamentaux du procès pour assurer la prééminence du droit. Et ce rempart vient, heureusement, le plus souvent, de sources supra-législatives, d'autant plus nécessaires que la pratique nationale des juridictions est loin d'être toujours conforme, en tous points, aux standards internationaux de garantie des droits fondamentaux des justiciables. La procédure est devenue la garantie de la garantie des droits. Que l'on en juge par quelques exemples, en procédure civile. La France a été condamnée à Strasbourg, par la Cour EDH, par trois fois, pour dysfonctionnement de sa Cour de cassation ; une fois pour erreur de fait dans un arrêt de cette cour (affaire *Fouquet*) ; une autre fois pour défaut de motivation (affaire *Higgins*), ce qui constitue un affront lorsqu'on sait que la Cour de cassation contrôle la motivation des décisions du juge du fond, dans son existence et dans ses modalités[9] ; une troisième fois enfin, mais la condamnation est très discutable, pour erreur manifeste d'appréciation dans un arrêt d'irrecevabilité du pourvoi pour cause de moyen présenté pour la première fois en cassation (affaire *Dulaurans* du 21 mars 2000).

Cette importance croissante de l'attraction de la procédure civile par les droits fondamentaux garantis essentiellement par les instruments internationaux des droits de l'Homme tient à trois facteurs : d'une part, à l'applicabilité directe de ces instruments ; d'autre part, à l'existence d'un concept cohérent, qui leur est d'ailleurs commun, celui de procès équitable ; à l'utilisation, par les organes de contrôle de ces instruments internationaux, et notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme, de méthodes originales pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux et de la garantie d'un procès équitable. S'agissant du deuxième facteur, le « procès équitable », jamais si peu de mots n'auront autant bouleversé le droit du procès. L'expression n'est pas spécifique au droit européen, même si elle est au cœur de l'article 6 de la Convention EDH.

– Cette exigence est en effet exprimée, pour la première fois, à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948. Celle-ci n'ayant que la valeur d'un idéal à atteindre et aucun organe de contrôle n'ayant été mis en place, l'article 10 reste un texte de référence, une valeur morale, sans plus. Elle inspire cependant les autres instruments internationaux. C'est le texte-mère.

[7] P. Muzny, « À quand une véritable culture des droits de l'homme en France, », *JCP G* 2011, doctr. 981, qui plaide pour plus d'impartialité, d'indépendance et de transparence de l'activité juridictionnelle.

[8] C'est l'intitulé de l'ouvrage offert à Serge Guinchard en guise de Mélanges, Dalloz, mai 2010.

[9] Sur ces deux arrêts et la question plus générale de l'application du droit par la Cour de cassation, v. S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ? » *Mélanges F. Terré*, Dalloz, Litec et PUF, éd., 1999, p. 764.

– En revanche, l'article 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, qui reprend lui aussi cette exigence, a une importance plus grande, d'une part, parce que le pacte est auto-exécutoire en droit national et, d'autre part, parce qu'il est doté d'un organe de contrôle, le Comité des droits de l'homme de l'ONU qui a élaboré une jurisprudence très protectrice des requérants ; ceux-ci, sur la base du Protocole facultatif, ont la faculté de présenter des communications individuelles. Toute une jurisprudence, malheureusement peu accessible, s'est construite, faisant de ce droit à un procès équitable un véritable droit substantiel.

– Avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, il a fallu tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière de droits fondamentaux, puis ce fut la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 18 décembre 2000.

– Avec la jurisprudence naissante de la Cour de justice de l'Union européenne sur le procès équitable, c'est l'article 6 § 1 de la Convention européenne de droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour EDH qui retiennent l'attention, notamment par les standards, véritables directives, que cet organe a progressivement donnés aux États et aux tribunaux nationaux.

La recherche de l'effectivité des droits fondamentaux a sans doute été le phénomène le plus marquant de la fin du XX^e^ siècle. Elle s'inscrit dans un mouvement plus général de la recherche de l'effectivité pour tous les droits de l'Homme. On ne peut pas, ici, ne pas citer le fameux arrêt *Airey c/ Irlande*, rendu en matière civile le 7 octobre 1979 et le souci de la Cour EDH, clairement énoncé comme une exigence, « *de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* ». Cette recherche de l'effectivité des droits ne s'est jamais démentie et se fonde sur la spécificité des traités de protection des droits de l'Homme, assurer la garantie collective de ces droits, ce qui implique de les interpréter « *d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives* »[10]. On la retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, par exemple pour l'accès au juge qui doit s'accompagner de règles procédurales garantissant *effectivement* les droits conférés aux justiciables par le droit européen ; on la retrouve aussi dans les préoccupations des pays francophones, pas seulement anglo-saxons[11]. La procéduralisation du droit accompagne la démocratie[12]. Il faut observer que cette recherche de l'effectivité des droits peut se retourner contre un requérant ; ainsi, dans une affaire où il était reproché à la Cour de cassation d'avoir déclaré irrecevable un pourvoi selon la procédure (sommaire) de non-admission, sans permettre à la partie, non représentée par un avocat, de déposer une note en délibéré, il fut jugé par la Cour EDH que, de toute façon, le pourvoi était manifestement infondé et que reconnaître le droit à un dépôt d'une note en délibéré aurait été « *reconnaître un droit sans réelle portée ni substance* », alors que « *la Convention ne vise pas à protéger des droits purement théoriques* » [13].

2. L'autre phénomène fondamental de la fin du XX^e^ siècle est l'émergence d'un véritable droit processuel constitutionnel, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des suites données, en jurisprudence judiciaire, aux principes fondamentaux ainsi dégagés par le Conseil constitutionnel[14]. De quoi s'agit-il précisément ?

La première manifestation de la constitutionnalisation de la procédure civile provient de l'existence d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a réintégré dans le champ législatif de l'article 34 de la Constitution deux catégories de règles de procédure civile : d'abord toutes les règles qui concernent des matières qui, *par leur nature*, relèvent de la compétence législative ; ensuite, toutes les règles de procédure civile qui mettent en cause les droits de la défense.

La seconde manifestation de la constitutionnalisation de la procédure civile provient des évolutions considérables qui se produisent quant au contenu du droit constitutionnel. En effet, le droit constitutionnel n'est plus seulement l'étude de la manière dont le pouvoir s'acquiert et se transmet.

[10] CEDH 2 sept. 1998, *Yasa c/ Turquie* (§ 64).

[11] *L'effectivité des droits fondamentaux : perspectives francophones*, colloque Université Laval, Québec, 29 sept.-3 oct. 1999, compte-rendu par G. Otis, *RSC* 2000-4, 917 – *Procédure(s) et effectivité des droits*, colloque Université Strasbourg, 31 mai-1^er^ juin 2002.

[12] P. Coppens et J. Lenoble (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Biblio. fac. dr. Louvain, vol. XXX, Bruylant, 2001. V. aussi les écrits de Habermas et l'article de S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices* 1999/1, p. 91, repris *in* « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e^ millénaire », in *Clés pour le siècle*, Paris II, Dalloz, mai 2000, p. 1135 s.

[13] CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, *JCP* 2004, I, 161, n° 6, obs. Sudre.

[14] V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile,* 32^e^ éd., 2014, n° 32 s.

Il « a deux autres objets : le système normatif et la protection des droits et libertés ». Dès lors, parler de constitutionnalisation d'une branche du droit, ce n'est pas essayer de l'attraire à tout prix dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution. C'est constater que cette branche, en l'occurrence la procédure civile, est sous l'emprise des droits fondamentaux, de la protection des droits et libertés, donc du droit constitutionnel ainsi entendu. Et ces droits fondamentaux sont déterminés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a constitutionnalisé des règles de procédure civile, alors même qu'il ne statuait pas en cette matière, ainsi du principe du respect des droits de la défense et du droit au recours qui s'appliquent à toutes les procédures, mêmes civiles. La mission du Conseil constitutionnel a profondément évolué : « *de régulateur des compétences* »[15], il est devenu « *le gardien des droits et libertés défendus par la Constitution* ».

B. Le renouveau des sources d'adaptation du droit du procès au plus près de la vie des juridictions

1. La pratique judiciaire crée le droit procédural civil, à côté, parfois en marge, des codes

Ainsi de la mise en état qui n'est pas uniforme sur le territoire de la République, malgré des règles précises dans le code de procédure civile ; à côté des protocoles de procédure, qui concernent notamment la mise en état ou les procédures de divorce et de règlement des régimes matrimoniaux et qui sont souvent *contra legem*[16], se crée la pratique d'une mise en état par le président (ou son délégué) de conférence d'appel des causes en renvois successifs, qui permettront chacun de discuter de l'état d'avancement de l'affaire avec le président[17].

2. D'une manière plus directe, la pratique est parfois transposée dans le code, à l'initiative des juridictions

(exemple de la radiation conjointe devenue retrait de rôle). Certaines nouveautés procédurales sont dues à des propositions de magistrats, par exemple l'article 1009-1 (initiative de Pierre Drai, alors premier président de la Cour de cassation). La Cour de cassation a créé en son sein une « commission de méthodologie en matière de procédure civile devant les cours d'appel », dont la mission est d'élaborer des « notices méthodologiques relatives à certaines questions de procédure qui suscitent des difficultés ». L'objectif est de proposer des réponses aux principales interrogations susceptibles de se poser en matière de procédure civile devant les cours d'appel : harmoniser les pratiques, les adapter aux solutions jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation « afin de prévenir les pourvois et d'éviter les cassations dites disciplinaires » ; les thèmes portent sur la rédaction des arrêts civils, les principes fondamentaux, les aspects généraux de procédure, les pouvoirs dévolus à la Cour, les procédures spécifiques, la juridiction du premier président. À terme, les magistrats des cours d'appel disposeront de véritables codes de bonne conduite[18].

3. Faut-il aller plus loin et permettre aux tribunaux d'élaborer des règlements de procédure ?

La pratique est connue à l'étranger, mais aussi en France. Aux États-Unis, la Cour suprême peut modifier, sauf opposition du Parlement fédéral et après avis d'une Commission consultative, les règles contenues dans les trois *Federal Rules of civil procedure* (pour la première instance), *of Appellate procedure* (pour la procédure en appel), *of evidence* (pour le droit des preuves)[19]. La Cour de justice de l'Union européenne élabore aussi son règlement de procédure, de même, en France, que les autorités administratives indépendantes (Conseil de la concurrence, Autorité des marchés financiers). La nature réglementaire de la plupart des réformes de procédure civile rend moins utile la consécration de cette pratique, les tribunaux obtenant aisément satisfaction de la Chancellerie si la réforme proposée correspond à un réel besoin. Mais le fait que la procédure civile soit élaborée quasi-exclusivement par des

[15] Cons. const., 6 nov. 1962, décision nº 62-20 DC.

[16] C. Bléry et G. Huvelin, « Pourquoi des protocoles de procédure, alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 8 sept. 2012 – C. Bléry : « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Lyon : un exemple qui interroge », *JCP G* 2012, 1357 – C. Bléry, « Convention interbarreaux de la Cour d'appel de Toulouse du 20 mars 2013 : et un protocole de plus ! », *JCP G* 2013, 556. Un chapitre spécial est désormais consacré à cette question dans le Dalloz Action de procédure civile, sous la plume de C. Bléry.

[17] V. le rapport de M. le Président Foulon au colloque sur *Les vingt ans du NCPC*, Cour de cassation, déc. 1997, Doc. fr., 1998.

[18] *BICC* 15 mars 2005. Les travaux de la commission sont publiés au *Bulletin d'information de la Cour*, disponible sur le site de la Cour de cassation.

[19] P.-E. Herzog, *Justices* 1996/3, p. 445, spéc. p. 447-448.