



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Revue de droit d'Assas

N° 25 Mai 2023

Portrait

Portrait de Mattias Guyomar. Du prétoire à la chaire, un cœur à deux voies

Par Ariane Meynaud-Zeroual

Projet

Assas Études Environnementales (A2E)

Par Niki Aloupi et Étienne Maclouf

Dossier

Le formalisme en droit

Par Jean-Baptiste Barbiéri, Gaël Chantepie, Clément Favre-Rochex, Emeric Jeansen, Marie Leroux-Campello, Maxime Maury, Lucie Mayer, Marc Nicod, Romain Ollard, Frédéric Rouvière et Antoine Touzain

Perspectives

Droit international public

Par Gérard Cahin, Monique Chemillier-Gendreau, Claire Crépet Daigremont, Franck Latty, Nathalie Ros et Jean-Marc Sorel

Rétrospective

Jean Carbonnier, « La question du divorce »

Par Antoine Gouézel

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
La Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

Lextenso

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

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Cécile Chainais

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrices en chef :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Comité de rédaction en chef :

Lucile Agostini-Malaurie, Loïc Bréhin,
Florian Carré, Claire Glenisson,
Grégoire Lemarchand-Ghica et Ani Minasian

Chargée de la diffusion :

Adèle Geoffret

Chargée du financement :

Mélinda Benhaïem

Chargée de la communication :

Raphaël Galvao

Comité de rédaction :

Mélinda Benhaïem, Tristan Berthoumieux,
Jan Borrego Stepniewski,
Alexandre Breteau, Thomas Caracache,
Nicolas Chapalin, François Chevallier,
Camille David, Guygonne-Bettina Deker,
Clément Duchemin, Raphaël Galvao,
Eloïse Le Hénaff, Philippe Morange,
Justine Moura, Hugo Nadjar,
Mathis Pinot-Chan, Romain Raine,
Théophile Rospars, Victor Simon,
Sarah Vivat

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Yves Gaudemet,

Membre de l'Institut,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Martine Lombard,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

ancien directeur scientifique de la revue

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Louis Vogel,

Membre de l'Institut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Président honoraire de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 25, mai 2023, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert, rédactrices en chef

Au moment de tirer leur révérence, les auteures de ces lignes sont déjà nostalgiques... En effet, nous présentons ici notre dernier numéro en tant que rédactrices en chef.

Disons-le : la *Revue* va nous manquer.

À l'heure de saisir notre plume afin de rédiger un dernier édit, nous nous souvenons avec émotion des premières relectures, des premières *Variétés*, de ces premiers pas dans la *Revue*, belle entreprise s'il en est, qui donne tant de piment à l'aventure doctorale. Recrutées dès le début de la thèse, et immédiatement séduites par la trépidante aventure éditoriale, ce n'est pas sans regret que nous quittons la rédaction en chef de la *Revue*.

C'est surtout avec beaucoup d'émotion que nous nous tournons vers ces quatre dernières années, durant lesquelles de riches liens se sont noués. La *Revue* forge ainsi de nombreuses amitiés. Et quelles amitiés ! Qui mieux qu'un doctorant en droit comprend un autre doctorant en droit ? La *Revue* développe aussi leur solidarité. Elle les rassemble dans les réunions, à la recherche intellectuelle de sujets pertinents pour les prochains numéros, mais aussi lors des périodes orientées par les tâches matérielles de mise sous pli et de diffusion de la *Revue*, entre transport de cartons, collage d'étiquettes et cachetage d'enveloppes. La *Revue* est aussi facteur d'équilibre. Elle enseigne le travail en équipe aux chercheurs solitaires que nous sommes ; elle donne des tâches concrètes aux chasseurs de l'abstrait.

Plus encore, la *Revue* est devenue pour nous une seconde famille. Nous le sommes devenues déjà l'une pour l'autre, à la faveur des heures passées au téléphone à parler de la *Revue*, des soirées tardives à relire et amender les épreuves et à rédiger à la dernière minute toujours très en avance des éditos ; mais aussi avec celles et ceux qui nous ont précédées et qui nous suivront. Nous nous inscrivons ainsi dans une lignée déjà longue de rédacteurs en chef, lignée qui a vocation à perdurer avec Grégoire Lemarchand-Ghica, épaulé de Loïc Bréhin et Ani Minasian. Ces derniers peuvent compter sur le

soutien sans faille du professeur Cécile Chainais, qui veille sans relâche au bon fonctionnement de la *Revue* et à sa qualité scientifique depuis de nombreuses années. L'aventure éditoriale continue donc d'aller bon train; l'heure est cependant venue pour nous de débarquer. Nous restons ainsi sur le quai de la gare, agitant un mouchoir en direction du panache de vapeur qui s'éloigne à l'horizon et que bientôt nous distinguerons à peine...

Au crépuscule de ce grand voyage, nous souhaitons dire notre reconnaissance à ceux qui nous ont permis de l'entreprendre. Nous remercions ainsi très chaleureusement Maxime Cormier et Nathan Allix, précédents rédacteurs en chef de la *Revue*, pour avoir bien voulu nous passer le flambeau. Nous remercions ensuite les professeurs Étienne Casimir et Nicolas Balat, fondateurs de la *Revue*, pour avoir accepté de nous confier les rênes de ce beau projet. Enfin, toute notre gratitude va au professeur Cécile Chainais, qui s'est assurée que ce voyage se déroule sans turbulences et avec un entrain intellectuel toujours renouvelé. Nous la remercions de sa confiance et du soutien qu'elle nous a offert pour la réalisation de chaque numéro, dont celui-ci.

Ce dernier numéro, orchestré donc par nos soins, s'ouvre de manière éclatante sur le *Portrait* de Mattias Guyomar, dont la personnalité, aussi riche que flamboyante, est brossée par Madame Ariane Meynaud-Zeroual. Il se poursuit *allegro* avec le *Projet*, consacré au dernier-né de la recherche dans notre université, le pôle interdisciplinaire Assas Études Environnementales, qui bouillonne d'idées. Vient ensuite le temps du *Dossier* qui s'attarde, *largo*, sur un thème solennel, si familier aux juristes, qu'il développe et décline sous toutes ses facettes : le formalisme. La solennité est toujours de mise avec les *Perspectives*, consacrées au Droit international public, qui font écho au contexte international troublé. Enfin, aux conflits internationaux succède la paix des familles, et la *Rétrospective* clôt ce numéro sur un ton d'apaisement, *moderato*, Monsieur Antoine Gouëzel nous proposant de plonger dans les écrits de Carbonnier relatifs à « la question du divorce ».

La baguette étant désormais transmise, il faut pour nous comme pour le lecteur qui s'apprête à se lancer dans la découverte de ce numéro, qu'une page se tourne.

Ne prolongeons pas inutilement les adieux : salut, et bonne lecture !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 3

Portrait

Portrait de Mattias Guyomar. Du prétoire à la chaire, un cœur à deux voies
Ariane Meynaud-Zeroual

p. 7

Projet

Assas Études Environnementales (A2E).
Pôle interdisciplinaire pour des transitions soutenables
Niki Aloupi et Étienne Maclouf

p. 15

Variétés autour du Droit

L'universitas à huis clos
Nicolas Chapalin

p. 21

Droit de grèves
Raphaël Galvao

p. 24

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme comme essence du raisonnement juridique
Frédéric Rouvière

p. 27

Réflexions générales sur le formalisme juridique : le droit comme système à prépondérance formelle
Maxime Maury

p. 36

Relire ses classiques. Réflexions sur le formalisme contractuel
Gaël Chantepie

p. 59

Le formalisme en procédure civile : d'un formalisme raisonné... à un formalisme déraisonnable ?
Lucie Mayer

p. 69

Droit pénal et formalisme
Romain Ollard

p. 85

Le formalisme en droit des sûretés
Clément Favre-Rochex

p. 94

Le formalisme en droit des affaires
Jean-Baptiste Barbieri

p. 104

Le formalisme en droit du travail
Emeric Jeansen

p. 115

L'hypothèse d'un déclin du formalisme informatif en droit de la consommation
Marie Leroux-Campello

p. 121

Le formalisme en droit des assurances
Antoine Touzain

p. 131

Faut-il abandonner le formalisme des donations entre vifs ?
Marc Nicod

p. 139

Perspectives

Droit international public

Droit international public : bilan prospectif
Jean-Marc Sorel

p. 144

Le droit international dans « son infinie résilience »
Gérard Cahin

p. 148

Le droit international public dans son insoutenable irréductibilité
Franck Latty

p. 161

Le droit international public à l'épreuve de la privatisation
Nathalie Ros

p. 166

Les juridictions économiques internationales : passé, présent, futur ?
Claire Crépet Daigremont

p. 175

Le droit international, bilan critique et perspectives
Monique Chemillier-Gendreau

p. 179

Rétrospective

Jean Carbonnier, « La question du divorce »
Antoine Gouëzel

p. 183

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Niki ALOUPI, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jean-Baptiste BARBIÈRI, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Membre de l'IRDA Paris

Gérard CAHIN, Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Gaël CHANTEPIE, Professeur à l'Université de Lille

Nicolas CHAPALIN, Doctorant contractuel à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Monique CHEMILLIER-GENDREAU, Professeur émérite à l'Université Paris-Cité

Claire CRÉPET DAIGREMONT, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jeanne de DINECHIN, Doctorante à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Clément FAVRE-ROCHEX, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Raphaël GALVAO, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Mathilde GHEERAERT, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Antoine GOUËZEL, Professeur à l'Université de Rennes

Emeric JEANSEN, Maître de conférences HDR, à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Franck LATTY, Professeur à l'Université Paris Nanterre (CEDIN), Président de la Branche française de l'Association de droit international (ADI/ILA)

Marie LEROUX-CAMPELLO, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Étienne MACLOUF, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Maxime MAURY, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Lucie MAYER, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Ariane MEYNAUD-ZEROUAL, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marc NICOD, Professeur à l'Université Toulouse Capitole

Romain OLLARD, Professeur à l'Université de Poitiers

Nathalie ROS, Professeur à l'Université de Tours (IRJI), Vice-Président et Secrétaire général de l'Association internationale du Droit de la Mer

Frédéric ROUVIÈRE, Professeur à l'Université Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit (LTD UR 892)

Jean-Marc SOREL, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Président de la Société française pour le droit international (SFDI)

Antoine TOUZAIN, Professeur agrégé, Université Rouen Normandie, CUREJ, UR 4703

Portrait

Dans chaque numéro, la RDA dresse le portrait d'une personnalité du droit qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Portrait de Mattias Guyomar Du prétoire à la chaire, un cœur à deux voies

Ariane Meynaud-Zeroual

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas



Que le lecteur en quête d'un portrait intime de l'homme nous pardonne la déception qu'il éprouvera à la lecture du présent propos. On ne prétendra même pas le consoler par une maîtrise encyclopédique de l'œuvre contemplée. Chaque jurisprudence rendue, chaque ligne écrite, chaque parole prononcée n'a pas été soigneusement dépouillée. Ni portrait psychologique, ni portrait d'apparat donc. En réalité, bien que le genre appelle une reproduction fidèle des traits caractéristiques du sujet, concédons combien cette entreprise interroge d'abord les représentations du portraitiste. Art de la figuration certes, mais art de l'interprétation avant tout, le portrait en dit sans doute autant de celui qui le dresse que de celui qu'il dépeint. Or esquisser le portrait de Mattias Guyomar au sein de la *Revue de droit d'Assas*, au sein d'une revue scientifique éditée et diffusée par notre Faculté de droit, tend un miroir inattendu à nos propres conceptions. Pour la première fois, le modèle est un juge, administratif puis européen de surcroît. Et il n'y a là aucun hasard. Tout au contraire, nous y décelons le signe des voies qui unissent irrémédiablement la montagne Sainte-Geneviève au Palais-Royal.

Dès les premiers traits tracés pour le saisir, une perspective s'impose. Celui qui est élu à la Cour européenne des droits de l'Homme au titre de la France depuis le 28 janvier 2020 est, d'abord et avant tout, un juge ; mais un juge qui écrit, un juge qui enseigne. Par le spectre des fonctions exercées, Mattias Guyomar s'inscrit dans la lignée de ces juges, dont les travaux traduisent une « volonté d'intégrer la doctrine »¹ et de prendre pleinement part au « chœur à deux voix »² formé par la doctrine universitaire

1. M. Deguegue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in AFDA (dir.), *La doctrine en droit administratif*, Litec, coll. « Colloques & débats », 2010, p. 43.

2. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955, p. 35 ; F. Gazier, « Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence », *EDCE* 1956, p. 157 et s.

et la doctrine dite « organique »³. Doctrine « organique » ? Une telle épithète, laquelle désigne la doctrine « issue de l'organe juridictionnel administratif »⁴, ne manquera pas de surprendre le lectorat, en particulier privatiste, tant il prend à revers la revendication monopolistique que l'on pourrait prêter à la doctrine universitaire dans la production du savoir. Et pourtant, si cette formulation sonne à ce point juste, c'est parce qu'elle traduit à elle seule le processus de construction du droit administratif français.

Rappelons d'un mot combien l'étroite collaboration du Conseil d'État et de l'Université à cette œuvre commune prend racine dans l'absence de codification écrite et le caractère corrélativement – historiquement – jurisprudentiel du droit administratif. Tout entière dans l'arrêt, la règle jurisprudentielle n'y est que « comme le métal dans le minerai [qui] ne devient utilisable que par un travail qui le manifestera dans sa pureté » ; aussi, « elle ne parvient à la plénitude de l'existence » qu'autant qu'elle fait l'objet à la fois d'« une formulation aussi précise que le permet la pensée du juge » et d'« une diffusion, un enseignement, comparables à ce qu'est, pour la règle écrite, la publication »⁵. À telle enseigne que Rivero ne distingue pas deux corps professionnels, mais deux fonctions – d'une part, la fonction jurisprudentielle et, d'autre part, la fonction doctrinale, laquelle peut être assumée tant par « des professionnels de l'enseignement »⁶ que par des membres de la juridiction administrative. « Organique », « universitaire » ; ni oxymorique ni redondant, l'épithète prend tout son sens dans ce champ disciplinaire.

Ainsi s'explique-t-on mieux la traditionnelle immixtion du Conseil d'État au sein de l'Université, laquelle s'est durablement ancrée dans le paysage institutionnel au sortir de la Seconde guerre mondiale. Que l'on considère les années 1950 comme une période d'« émergence »⁷ ou d'« affermissement »⁸ de la doctrine organique, force est de constater que les deux rives de la Seine s'accordent pour penser et, par-delà, « célébrer »⁹ la production du juge administratif.

Rive gauche, la doctrine universitaire – Waline, Eisenmann puis Rivero, Vedel ou encore de Laubadère – adopte alors une posture par rapport au juge administratif qui n'est pas tant scientifique que dogmatique¹⁰. « Née sur les genoux de la jurisprudence »¹¹, souvent jugée révérencieuse, elle se consacre à un travail de systématisation de la jurisprudence administrative, lequel façonne la conception contentieuse du droit administratif qui prévaut encore. En l'absence de mise à distance de l'objet, cette dogmatique arrime l'autonomie du phénomène juridique à un savoir « résolument pratique »¹². Aussi, la doctrine ne se place pas en dehors du droit, parce qu'elle entend « s'impliquer délibérément en lui »¹³ et s'associer à sa production « par une activité d'interprétation, par un travail de systématisation, par la production de nouvelles représentations, enfin par une participation plus directe à l'élaboration de la norme »¹⁴. Dès lors, la légitimité de la doctrine dépend de sa proximité avec la source du droit¹⁵ ce qui produit, en retour, un puissant effet de légitimation de la jurisprudence.

3. J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits* 1985, n° 1, p. 155.

4. M. Deguerque, « Doctrine universitaire et doctrine organique », préc., p. 42.

5. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », préc., p. 35.

6. *Ibid.*

7. F. Rolin, *comm. sous* R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », *EDCE* 1960, n° 14, p. 61, *in* W. Mastor, J. Benetti, P. Égéa et X. Magnon, *Les grands discours de la culture juridique*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Grands discours », 2020, p. 257.

8. F. Melleray, « Le dualisme doctrinal, le dépassement de la technique en droit administratif et l'enseignement du droit », *in* C. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2018, lettre n° 26, p. 108.

9. J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », préc., p. 155, note de bas de page n° 11.

10. F. Melleray, « Le repli de la doctrine universitaire sur la technique et le développement du droit administratif », *in* C. Jamin et F. Melleray, *op. cit.*, lettre n° 16, p. 58.

11. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », préc., p. 27.

12. F. Melleray, « Le repli de la doctrine universitaire sur la technique et le développement du droit administratif », préc., spéc. p. 59.

13. E. Picard, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », *in* *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 123.

14. J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société* 2002, n° 50, p. 105-106.

15. N. Hakim, « Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique », *in* X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2011, p. 80.

Rive droite précisément, c'est au cours de cette période, et sous l'influence décisive de Cassin – professeur de droit privé et vice-président du Conseil d'État de 1944 à 1960 –, que les principales manifestations de la doctrine organique se matérialisent ; sont créés, tout d'abord, la revue du Conseil d'État – *Études et documents du Conseil d'État* – en 1947 ainsi que le Centre de documentation et de coordination en 1953 ; est lancée, ensuite, la chronique de jurisprudence du Conseil d'État assumée par les responsables de ce Centre et publiée depuis 1954 dans les colonnes de *l'AJDA* ; est rédigée, enfin, la première édition des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, dont la première édition date de 1956. En somme, « il n'est pas jusqu'aux rapports d'études du Conseil d'État ou aux conclusions des rapporteurs publics qui ne soient parfois considérés comme des travaux doctrinaux »¹⁶.

Cette dialectique intellectuelle entre l'Université et le Conseil d'État, véritable marqueur méthodologique de cette période, relève désormais du truisme¹⁷. À tel point que la contemplation du droit administratif comme une « œuvre commune » traduit une situation « banalisée – on pourrait dire : naturalisée – »¹⁸. Certes, la doctrine a quitté cette posture déférente¹⁹ et se montre aujourd'hui assurément moins extatique face à l'œuvre du juge administratif. Mais sous le vernis de la critique, elle perpétue la révérence des anciens à l'égard de cette institution, dès lors que la perfection du droit lui paraît impensable « sans voir contre le Conseil »²⁰, ce qui le rend « plus que jamais incontournable »²¹.

Certes encore, les vertus de ce « dialogue naturel et bienfaisant »²² ont été vigoureusement interrogées²³. Personne n'est dupe de la fonction d'autolégitimation de la production jurisprudentielle jouée par la doctrine organique, laquelle discrédite immanquablement la doctrine universitaire ; en l'absence d'un « accès au cœur de la connaissance que constitue la fabrique de la jurisprudence », cette dernière se verrait « dénier l'essentiel de sa légitimité fondée sur la connaissance et sur la science »²⁴. Par essence privée d'un point de vue externe sur le droit, la contribution d'un Conseiller d'État au droit administratif s'inscrit dans le prolongement de la fonction juridictionnelle, ce qui amène à le considérer davantage comme un « penseur officiel de l'État »²⁵ que comme un membre de la doctrine au sens strict. Et comment le lui reprocher ? Il n'y a là que la manifestation de « l'unité de la nature humaine », de l'impossible imperméabilité entre le juge administratif et l'auteur ou l'enseignant ; « imaginer que l'homme qui conclut ou qui rapporte au Palais-Royal ait tout oublié de ce qu'il enseigne rue Saint-Guil-laume et inversement, ce serait prêter à la traversée de la Seine une vertu dont l'eau du Léthé semblait devoir conserver le monopole »²⁶.

Certes enfin, nul n'ignore l'aporie sur laquelle bute l'approche contentieuse du droit administratif, puisque « le discours du juge est à la fois objet du discours doctrinal et instrument de vérification de la validité de celui-ci »²⁷. En ce sens, plusieurs tracés alternatifs s'écartent de cette conception technique du droit administratif²⁸, comme autant de portes dérobées à un modèle (qui se veut) positiviste.

16. B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 3^e éd., 2020, p. 750 ; v. not. M. Deguerge, « Les commissaires du Gouvernement et la doctrine », *Droits* 1994, n° 20, p. 130-131.

17. A. Meynaud-Zeroual, « La critique politique du juge administratif. D'un inconscient collectif l'autre », *JCPA* 2022, n° 3, p. 30-34.

18. J. Caillousse, « Dits et non-dits d'un colloque », in J. Caillousse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 16.

19. D. Truchet, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 770.

20. X. Dupré de Boulois, « La critique doctrinale », in AFDA (dir.), *La doctrine en droit administratif*, op. cit., p. 222.

21. *Ibid.*

22. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1953, p. 53.

23. J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », préc., p. 155.

24. F. Rolin, *comm. sous* R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », préc., p. 257.

25. B. Plessix, op. cit., p. 750.

26. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », p. 31.

27. X. Magnon, *comm. sous* G. Vedel, *Droit administratif*, 7^e éd., PUF, coll. « Thémis », 1980, p. 19-38. W. Mastor, J. Benetti, P. Égée et X. Magnon, *Les grands discours de la culture juridique*, op. cit., p. 1041.

28. A. Meynaud-Zeroual, « La critique politique du juge administratif. D'un inconscient collectif l'autre », préc., p. 30-34.

Pour autant, difficile de nier l'hégémonie presque intacte de cette « doxa doctrinale »²⁹, qui conduit à formuler l'hypothèse d'une « "fonction universitaire" du Conseil d'État » et à dresser le constat du rôle de ses membres dans « la mise en ordre savante du droit administratif »³⁰. En tout état de cause, il existe « une doctrine du Conseil d'État fort importante, voire dominante, alors que nul ne parle d'une doctrine de la Cour de cassation en droit privé »³¹. Héritiers d'Aucoc, de Laferrière et d'Odent, les membres les plus éminents de cette institution se succèdent à la chaire de nos Universités, publient des articles dans les revues les plus prestigieuses, rédigent des chroniques de jurisprudence, interviennent à l'occasion de manifestations scientifiques de premier ordre, sont appelés à siéger dans des jurys de thèse ou dans celui du concours d'agrégation, écrivent des manuels et des traités. Or il n'est pas une des fonctions attachées à la doctrine organique que Mattias Guyomar n'ait exercée. Tout dans son parcours porte la marque de cette « manière française de faire du droit administratif ».

1^{er} avril 1996; licencié en lettres modernes et lauréat de l'Institut d'études politiques de Paris, Mattias Guyomar entre en qualité d'auditeur au Conseil d'État, à la sortie de l'École nationale d'administration. Au moment donc de la sixième édition du *Droit du contentieux administratif* de Chapus; la précision resterait anecdotique si l'on n'était alors « au cœur du "moment Chapus" »³², lequel témoigne de la singularité des liens tissés entre ces institutions. Si ce « livre de chevet contentieux » forme avec le *Traité* de Laferrière et le *Cours* d'Odent le « paquetage » reçu au moment de toute entrée au Conseil d'État, s'il se place « au panthéon des références », sa destinée reste « à ce jour inégalée pour une personne extérieure à la juridiction »³³. En d'autres termes, le succès de l'œuvre de Chapus au Palais-Royal réside dans la méthode à laquelle il s'est astreint, dans ce positivisme « technologique »³⁴ synonyme de maîtrise inégalée du matériau jurisprudentiel. On comprend, par contraste, que ce n'est qu'au prix d'une telle connaissance encyclopédique des réalisations du Conseil d'État que la panthéonisation d'une œuvre universitaire s'envisage.

Dans le dialogue entre les doctrines organique et universitaire, la première n'hésite jamais à brandir l'argument d'autorité lié à la connaissance intime de la fabrique de la règle de droit, au point que l'on ne manque pas de rappeler, au sujet de la chronique de jurisprudence tenue par les responsables du Centre à l'*AJDA*, que « lorsque deux interprétations d'une décision sont possibles et que les responsables en ont donné une, il n'y a pas de doute à avoir : c'est la bonne »³⁵. Mattias Guyomar assumera d'ailleurs ces fonctions par lesquelles de jeunes membres de l'institution entrent dans la lumière. Après avoir été rapporteur près la Section du contentieux, il devient maître des requêtes en 1999 et, à ce titre, responsable du Centre de documentation et de coordination du Conseil d'État aux côtés de Pascale Fombeur puis, à partir de 2000, de Pierre Collin. L'hésitation paraît permise quant à la qualification des commentaires réalisés à l'occasion de cette chronique de jurisprudence, archétypes des plaidoyers *pro domo* par lesquels s'illustrent les membres de la doctrine organique. Sans doute davantage par courtoisie que par conviction, en raison du caractère « cruel » de l'*a contrario* pour les autres commentateurs³⁶, on préférera parler de « commentateurs informés » plutôt qu'« autorisés » ou « avisés »³⁷.

Toutefois, la conviction que les critiques injustement essuyées par une jurisprudence du Conseil d'État tiennent à une incompréhension de leurs ressorts transparait à plusieurs reprises sous la plume de

29. J. Caillosse, « Le traitement doctrinal de la jurisprudence administrative : l'euphémisation du politique », in J. Caillosse, J. Chevallier, D. Lochak et T. Perroud, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, 1^{re} éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2019, p. 22; v. J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit & Société* 1994, n° 26, p. 127.

30. J. Caillosse, « Dits et non-dits d'un colloque », *préc.*, p. 33.

31. P. Jestaz, *Le droit*, 11^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2021, p. 85.

32. M. Guyomar, « Le "moment Chapus" au Conseil d'État », in B. Plexiss (dir.), *Hommage à René Chapus*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 51.

33. *Ibid.*, p. 52.

34. H. Moussa, « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 462.

35. X. Domino, A. Bretonneau, E. Bokdam-Tognetti et J. Lessi, « Que fait le centre ? », *AJDA* 2014, p. 82.

36. F. Melleray, « Le dualisme doctrinal, le dépassement de la technique en droit administratif et l'enseignement du droit », in C. Jamin et F. Melleray, *op. cit.*, lettre n° 26, p. 109.

37. X. Domino, « La chronique de jurisprudence à l'*AJDA*. Le point de vue du chroniqueur », in J. Caillosse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, *op. cit.*, p. 151.

Mattias Guyomar. Que l'on songe à son analyse de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*, où il démontre que la mise en œuvre d'un contrôle *in concreto* n'a en réalité rien d'inédit – « banale dans son principe, elle restera exceptionnelle dans sa portée » –, à front renversé du retentissement doctrinal provoqué par cette jurisprudence³⁸. Que l'on songe encore à sa défense de la jurisprudence *CFDT Finances* et de l'articulation qui en résulte entre la voie de l'action et les contentieux « obliques »³⁹, à rebours de la virulente critique doctrinale de cette restriction des moyens relatifs aux conditions d'édiction susceptibles d'être utilement invoqués à l'encontre d'un acte réglementaire par la voie de l'exception ou à l'occasion d'un contentieux de refus d'abrogation⁴⁰.

L'un des traits saillants de l'œuvre de Mattias Guyomar réside précisément dans l'assomption pleine et entière de cette fonction doctrinale, laquelle prolonge l'exercice de la fonction juridictionnelle ; « par fonction, le juge est faiseur de systèmes même s'il en refuse la qualité »⁴¹, assure sans détour celui qui a été successivement commissaire du gouvernement et rapporteur public près la Section du contentieux (2002-2009), commissaire du gouvernement près le Tribunal des conflits (2009-2011), Conseiller d'État – assesseur à la 6^e sous-section (2011-2013) puis à la 10^e sous-section (2013-2016) de la Section du contentieux ainsi que juge des référés –, avant de devenir président de la 10^e chambre en 2016. Pour autant, Mattias Guyomar se garde bien de céder aux sirènes d'une approche par trop systématique de son office et préfère transcender la célèbre querelle méthodologique entre empirisme et conceptualisme⁴² par une double revendication.

En premier lieu, il revendique, à de nombreuses reprises, combien juger suppose de se tenir sur une ligne de crête. En effet, il affirme avec netteté que l'exercice d'un tel office appelle un effort de systématisation, dès lors que la classification et la catégorisation demeurent « une condition indispensable de l'efficacité et de la légitimité du juge [...] pour échapper à l'arbitraire »⁴³ d'une casuistique aveugle. Néanmoins, la recherche du « juste équilibre » s'avère irréductible à l'abstraction, parce que « juger n'est ni un pur acte de connaissance ni un pur acte de volonté : c'est un acte de connaissance au service d'un acte de volonté »⁴⁴. Bien que le juge n'exerce son office « qu'au moyen d'instruments juridiques »⁴⁵, la pesée à laquelle il procède ne se réduit pas à une opération d'ordre strictement juridique, ce d'autant que l'exigence de proportionnalité apparaît comme « un standard particulièrement accueillant »⁴⁶ pour véhiculer des préoccupations extra-juridiques. Parce que la « rigueur juridique n'est en effet justifiée que si elle sert la justice »⁴⁷, la démarche intrinsèquement finaliste du juge administratif n'est légitime « que si elle se trouve subsumée par le syllogisme judiciaire, fût-il de construction »⁴⁸. Après tout, Rivero n'affirmait rien d'autre lorsqu'il se refusait à opposer dogmatisme et empirisme, en estimant que « c'est le pragmatisme lui-même, c'est le souci de l'efficacité, qui impose au juge la cohérence et la clarté dans son œuvre d'élaboration »⁴⁹.

38. M. Guyomar, « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, 2018, p. 323.

39. A. Bretonneau, *concl. sur CE Ass.*, 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, Rec.*, *RFDA* 2018, p. 649.

40. M. Guyomar, « Les lignes de fuite de la jurisprudence administrative », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 311.

41. M. Guyomar, « Le chœur à deux voix : dissonances et résonances », in F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 92-93.

42. J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, *chron.*, p. 99 ; B. Chenot, « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP* 1953, p. 57.

43. M. Guyomar, « Le chœur à deux voix : dissonances et résonances », *préc.*, p. 92-93.

44. M. Guyomar, « Peser », in AFDA (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 56.

45. M. Guyomar, « La part de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, Dalloz, 2021, p. 257.

46. M. Guyomar, « Peser », in AFDA (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 55.

47. M. Guyomar, « La part de l'Homme », *préc.*, p. 256.

48. M. Guyomar, « Peser », *préc.*, p. 55, se référant à Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 89-90.

49. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *préc.*, p. 33.

En second lieu, il défend avec force le « nouveau rôle de co-faiseur de systèmes »⁵⁰ qui s'est développé depuis les années 1990, à la faveur de l'ouverture aux sources européennes et internationales. À l'heure du dialogue des juges, qu'il soit institutionnalisé avec la Cour de justice de l'Union européenne ou informel puis formalisé avec la Cour européenne des droits de l'Homme⁵¹, « un impératif de mise en ordre s'impose à chaque juridiction », dans la mesure où le développement de la « multipolarité juridictionnelle » implique de se faire comprendre par ses homologues européens⁵². Le pluralisme juridique insuffle une nouvelle dynamique au chœur à deux voix, lequel « s'avère essentiel, dans le concert des juridictions »⁵³. En témoigne l'appel lancé avec le Professeur Camille Broyelle à l'adresse de la recherche en droit comparé, laquelle devrait s'extraire de son « insularité doctrinale »⁵⁴ et se placer en interlocutrice des juridictions. En ce sens, il appartiendrait à la doctrine de « nourrir son juge » en lui offrant un « matériau indispensable » non seulement au stade de la recherche de solutions – puisque le juge manie alors en seconde main des données fournies par les travaux universitaires –, mais également au stade de la solution jurisprudentielle – puisque la doctrine s'avère primordiale pour éprouver la règle retenue⁵⁵. Aucune ambiguïté ne subsiste au terme de cette invitation ; « contribuer à la fabrication du droit national, tel est désormais l'horizon politique du droit comparé »⁵⁶.

Au fond, Mattias Guyomar a pris part, sans réserve, à la révolution de l'office du juge administratif réalisée au tournant du ^{xxi}^e siècle, dans le sillage des réformes de 1987, 1995 et 2000. Dans cette perspective, il a contribué au renouvellement général de cet office par la promotion de nouveaux pouvoirs au service de « la construction d'un espace juridique européen »⁵⁷, porté par la conviction que le juge administratif se conçoit comme un juge de droit commun de l'application du droit européen, qu'il soit issu de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cela ressort particulièrement des conclusions défendues au pupitre de commissaire du gouvernement puis de rapporteur public près la Section du contentieux. « Moment de grâce professionnelle », le prononcé de conclusions, suivies comme contraires, laisse une trace comme autant de jalons qui portent en eux « la dynamique d'un équilibre en permanente redéfinition »⁵⁸. Sans prétendre à l'exhaustivité, il nous semble que l'attachement profond de Mattias Guyomar au pluralisme juridique, et à la rénovation subséquente de l'office du juge, ressort nettement des conclusions prononcées dans les champs du droit de l'Union européenne et des droits de l'Homme.

Tout d'abord, la place occupée par le Conseil d'État sur la scène juridique européenne figure au nombre des « manifestations les plus spectaculaires du chemin parcouru »⁵⁹ en moins de trente ans. À cet égard, le triptyque formé par les jurisprudences *Société Arcelor Atlantique*⁶⁰ et *Lorraine-Conseil national des barreaux*⁶¹-*Perreux*⁶², toutes rendues aux conclusions conformes de Mattias Guyomar, parachève la redéfinition du rôle du juge administratif dans l'application du droit de l'Union européenne. Vingt ans après *Nicolo* et *Alitalia*, le Conseil d'État assume expressément, et pour la première fois, son rôle de « juge de droit commun de l'application du droit communautaire » par l'arrêt *Perreux*. À l'invi-

50. M. Guyomar, « Le chœur à deux voix : dissonances et résonances », préc., p. 95.

51. « Le plus dense et le plus fructueux » selon M. Guyomar, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 311.

52. M. Guyomar, « Le chœur à deux voix : dissonances et résonances », préc., p. 94.

53. *Id.*, p. 95.

54. C. Broyelle et M. Guyomar, « Du bon usage et des risques du mésusage du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, 2019, p. 529.

55. *Id.*, p. 528.

56. *Id.*, p. 529.

57. M. Guyomar, « “Vingt ans après” . D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 279.

58. M. Guyomar, « Un droit en équilibre », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 536.

59. M. Guyomar, « “Vingt ans après” . D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne », préc., p. 261.

60. CE Ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. p. 55.

61. CE Sect. 10 avr. 2008, n° 296845, *Conseil national des barreaux*, Rec. p. 129.

62. CE Ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *Mme Perreux*, Rec. p. 407.

tation de Mattias Guyomar, l'Assemblée du contentieux rompt ainsi avec l'isolement « préoccupant »⁶³ du Conseil d'État dans le concert des juridictions suprêmes grâce à l'abandon de la jurisprudence *Ministre de l'Intérieur contre Cohn-Bendit*⁶⁴, ce d'autant qu'elle avait d'ores et déjà reconnu l'obligation constitutionnelle de transposition des directives découlant de l'article 88-1 de la Constitution par sa décision *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. En admettant la possibilité de se prévaloir des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non transposée au soutien d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, lorsque l'État n'a pas pris les mesures de transposition nécessaires à l'expiration du délai imparti, le Conseil d'État admet – enfin – une invocabilité de substitution. Est ainsi pleinement garanti l'effet direct des directives, dans le sillon creusé par les décisions *Arcelor* et *Conseil national des barreaux*, lesquelles définissent respectivement les contrôles de la constitutionnalité et de la conventionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive. Et l'on ne peut s'empêcher d'interpréter l'insertion des jurisprudences *Arcelor* et *Perreux* au GAJA comme la manifestation ultime du succès de la stratégie déployée par Mattias Guyomar, en vue d'inciter le Conseil d'État à tenir son rang « dans l'interprétation et l'application des règles qui composent l'espace juridique européen »⁶⁵.

Ensuite, la recherche d'une « élévation constante du niveau de protection effective des droits fondamentaux »⁶⁶ issues de sources européennes et internationales s'est singulièrement manifestée dans le champ de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁷. En témoigne l'extension remarquable du champ des interventions juridictionnelles dans le contentieux pénitentiaire, extension à laquelle Mattias Guyomar a concouru⁶⁸. En ce sens, et conformément à ses conclusions, l'Assemblée du contentieux a procédé à un « effort de systématisation »⁶⁹ dans le prolongement de la jurisprudence *Marie*⁷⁰ – qui écarte la qualification de mesure d'ordre intérieur et retient celle d'acte administratif susceptible de recours en fonction de la nature et de la gravité de la mesure pénitentiaire litigieuse, notamment eu égard à ses incidences concrètes sur la situation du détenu. Est alors privilégié un raisonnement par catégorie de décisions, plutôt que par décision, en considérant comme en principe recevables les recours dirigés contre les décisions de changement d'affectation de détenus d'une maison centrale à une maison d'arrêt⁷¹ ou encore des recours dirigés contre les décisions de déclassement d'emploi⁷². Est ainsi illustrée, parmi les figures de réception de l'ordre conventionnel, celle de « l'anticipation », dès lors que les progrès de la jurisprudence administrative sont guidés par « l'exigence conventionnelle d'un recours effectif en cas d'ingérence dans l'exercice » d'un droit garanti par la Convention⁷³, sans perdre de vue « les lourdes contraintes de gestion qui pèsent sur l'administration pénitentiaire »⁷⁴. Il est certes des batailles que Mattias Guyomar n'a pas immédiatement remportées. Que l'on songe au maintien d'un contrôle restreint exercé sur les sanctions pénitentiaires, solution adoptée aux conclusions contraires sur ce point de Mattias Guyomar⁷⁵ avant qu'elle ne soit abandonnée au profit d'un plein contrôle des sanctions pénitentiaires quelques années plus tard⁷⁶.

63. M. Guyomar, *concl. sur CE Ass.*, 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, préc., *RFDA* 2009, p. 1125.

64. CE Ass., 22 déc. 1978, n° 11604, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, *Rec.* p. 524.

65. M. Guyomar, « “Vingt ans après”. D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne », préc., p. 275.

66. M. Guyomar, « La part de l'Homme », préc., p. 257.

67. V. not. M. Guyomar et C. Broyelle, « Le droit européen et le procès administratif », in *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruylant, 2011, p. 59.

68. M. Guyomar, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 471.

69. M. Guyomar, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », préc., p. 317.

70. CE Ass., 17 févr. 1995, n° 97754, *Marie*, *Rec.* p. 85.

71. CE Ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Garde des Sceaux c. Boussouar*, *Rec.* p. 495.

72. CE Ass., 14 déc. 2007, n° 290420, *Planchenault*, *Rec.* p. 474.

73. M. Guyomar, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », préc., p. 317.

74. M. Guyomar, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », préc., p. 477.

75. CE Ass., 20 mai 2011, n° 326084, *Letona Biteri*, *Rec.* p. 246.

76. CE, 1^{er} juin 2015, n° 380449, *Boromé*, *Rec.* p. 185.

Mais au-delà des batailles livrées, toutes traduisent une certaine conception des droits de l'Homme. Loin d'une interprétation individualiste à l'excès du libéralisme au fondement de cet « instrument vivant », Mattias Guyomar met en lumière une « conception politique des droits de l'Homme »⁷⁷ au service de la prééminence du droit. Au cœur du mécanisme conventionnel, l'individu s'inscrit néanmoins dans une « véritable éthique de la réciprocité », tant les droits et libertés consacrées par ce texte, tel qu'interprété par la Cour, « sont autant de formes de reconnaissances mutuelles entre les personnes » qui aboutissent à « la définition d'un droit de la condition humaine »⁷⁸. S'il est trop tôt pour rendre compte de l'œuvre de Mattias Guyomar en tant que juge à la Cour européenne des droits de l'Homme, chaque avancée promue révèle déjà combien il se considérait comme un juge européen, en tant que juge national.

Comment ne pas évoquer, pour parfaire la composition de ce portrait d'un membre de la doctrine organique, « ouvert à la doctrine universitaire et acquis au dialogue des juges »⁷⁹, les fonctions exercées en dehors du prétoire ? Certaines lignes de force reflètent la singularité du modèle ou révèlent, à tout le moins, son appartenance à un « cercle restreint » de Conseillers d'État s'investissant tant dans la « conceptualisation, à travers la fonction doctrinale » que dans la « transmission, *via* les activités pédagogiques »⁸⁰, du droit administratif. Outre sa participation en 2013-2014 au jury du concours national d'agrégation pour le recrutement de Professeurs des Universités en droit public sous la présidence du Professeur Patrick Wachsmann, conformément à une tradition symptomatique des « hybridations fertiles » entre l'Université et le Conseil d'État⁸¹, deux traits s'imposent pour figurer la physionomie de ce parcours.

D'une part, Mattias Guyomar n'a cessé de se livrer, dès son entrée au Conseil d'État, à des activités d'enseignement. Il a été successivement maître de conférences à l'IEP de Paris et à l'ENA pendant près de dix ans (1996-2007), avant de devenir Professeur associé de droit public à l'Université Paris-Sud XI (2004-2012) puis à l'Université Panthéon-Assas (2012-2020) – qualités qu'il ne manque pas de mentionner lorsqu'il signe ses contributions. D'autre part, il est l'auteur⁸² ou le coauteur⁸³ de plusieurs ouvrages, dont l'originalité a été saluée⁸⁴. Autant de travaux qui manifestent son implication dans « cette forme plus modeste, plus fugitive, et plus essentielle en pratique, qu'est la doctrine enseignée » et, par là même, le « rôle de la doctrine dans l'élaboration d'un droit »⁸⁵.

« Pour qu'il y ait doctrine, il faut d'abord que le juge ait un minimum de discours doctrinal »⁸⁶; rendons grâce à Mattias Guyomar de s'inscrire dans la lignée de ceux qui ne cessent de répondre à cet appel, du prétoire à la chaire, du Palais Royal à la rue Saint-Guillaume, de la Montagne Sainte-Geneviève au Palais des droits de l'Homme : en somme, d'être un cœur à deux voies.

77. M. Guyomar, « La part de l'Homme », *préc.*, p. 260.

78. *Ibid.*, p. 258-260.

79. B. Genevois, *Préface*, M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014, p. 3.

80. J. Chevallier, « Propos introductifs », in J. Caillosse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, *préc.*, p. 124-125.

81. M. Guyomar, « Après en avoir délibéré », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 257.

82. M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014.

83. J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl, M. Guyomar et A. Bretonneau, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, 6^e éd., Berger-Levrault, coll. « Les indispensables », 2018 ; B. Stirn, D. Fairgrieve et M. Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006.

84. V. not. P. Gonod, « Les membres du Conseil d'État, auteurs de manuels de droit administratif », in J. Caillosse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, *op. cit.*, p. 137 soulignant que ces manuels contiennent parfois « des exposés innovants, et l'on songe notamment au chapitre consacré à la "chaîne contentieuse" du manuel de M. Guyomar et B. Seiller ».

85. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *préc.*, p. 28.

86. J.-J. Biennu, « Les origines et le développement de la doctrine », *Rev. adm.* 1997, numéro spécial, p. 16.

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

Assas Études Environnementales (A2E) – Pôle interdisciplinaire pour des transitions soutenables

Niki Aloupi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Étienne Maclouf

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Mathilde Gheeraert, co-rédactrice en chef de la *Revue de droit d'Assas* et Florian Carré, membre du comité de rédaction en chef de la *Revue*, ont eu la chance de s'entretenir le 28 février 2023 avec les professeurs Niki Aloupi et Étienne Maclouf au sujet du nouveau pôle interdisciplinaire consacré aux enjeux environnementaux de l'Université Paris-Panthéon-Assas, *Assas Études Environnementales (A2E)*, dont ils assurent la direction.

Florian Carré, Mathilde Gheeraert (F. C., M. G.) – Lors de la journée de la recherche qui s'est tenue à l'Université Paris-Panthéon-Assas le 14 avril 2022, a été annoncée, à l'occasion de la table ronde intitulée « Regards croisés sur l'environnement dans une perspective interdisciplinaire », la création, au sein de l'Université, d'un pôle interdisciplinaire consacré aux enjeux environnementaux, dénommé « A2E » (Assas Études Environnementales). Comment l'idée de ce nouveau pôle a-t-elle germé ? Quelle en est la genèse ?

Niki Aloupi, Étienne Maclouf (N. A., E. M.) – L'idée et l'initiative de la création d'un pôle interdisciplinaire consacré aux enjeux environnementaux reviennent à la présidence de l'Université. La création d'un tel pôle fait partie intégrante du projet présidentiel porté par Stéphane Braconnier et participe à la stratégie de l'Université quant à sa mutation en « grand établissement ». À cet effet, le Président a confié au Professeur Bertrand Seiller la direction d'un groupe de travail sur la question de la création de pôle et une codirection nous a par la suite été proposée (étant étendu que celle-ci serait d'abord assurée par le Professeur Étienne Maclouf et M^{me} Pascale Martin-Bidou, à laquelle le Professeur Niki Aloupi a succédé en septembre 2022). Il s'agit donc d'un pôle rattaché à la présidence et financé par la Fondation de l'Université.

Plus globalement, la création de ce pôle de recherche s'inscrit dans une démarche cohérente et d'envergure de l'Université quant aux questions environnementales. Par exemple, l'Université a créé, dans le même temps, une fonction de « chargé de mission de performance environnementale », actuellement assurée par le Professeur Seiller, afin de mettre en œuvre certaines pratiques écologiques. Quoique complémentaires, ces deux aspects de l'intervention de l'Université – mise en place de certaines pratiques écologiques et création d'un pôle de recherche interdisciplinaire dédié aux questions environnementales – sont cependant totalement indépendants, en ce que le pôle que nous dirigeons est un pôle de recherche universitaire.

Le Pôle A2E est ainsi un outil émanant d'une volonté politique de l'Université et souhaitant répondre à de réels besoins, à une demande très forte de la part des étudiants et des enseignants.

F. C., M. G. – *Quels sont les besoins auxquels répond la création de ce pôle ? Comment le pôle propose-t-il d'y répondre ?*

N. A., E. M. – Le besoin de réfléchir et de mener une recherche sur les enjeux environnementaux était fortement ressenti par plusieurs universitaires et étudiants – pour certains depuis longtemps, pour d'autres depuis la prise de conscience récente que connaît notre société. Plus spécifiquement, ce besoin de recherche résulte de l'alerte lancée par les scientifiques sur ce qui se passe dans le monde physique et les transitions qui s'y opèrent.

Notre pôle a pour ambition d'intervenir dans un second temps, en observant les réactions de nos sociétés face à ces transitions en cours au sein du monde physique. Or il apparaît, de façon synthétique, que ces réactions répondent à deux types de logique.

En premier lieu, elles répondent à une logique d'atténuation. Celle-ci consiste à essayer d'endiguer les dégâts, les déstabilisations que nous entraînons par nos activités industrielles. Ces activités exercent en effet une influence importante sur le monde physique et posent problème puisqu'elles se retournent contre nous, avec des effets négatifs et des menaces de déstabilisation de nos propres modèles. Le droit peut alors, sur ce point, constituer un instrument intéressant, en ce qu'il peut contribuer à atténuer ces effets négatifs en faisant évoluer les cadres juridiques. Outre le volet juridique, la logique d'atténuation comprend également un volet stratégique. Nous observons ainsi la mise en place, par des organisations publiques ou privées, de pratiques vertueuses, telles que des programmes d'innovation environnementale, de responsabilité sociale, ainsi qu'à une échelle plus réduite (clients, salariés, citoyens en général). Nous observons ainsi de multiples mouvements qui, à différentes échelles, prennent en charge ces questions en vue d'atténuer les effets de ces transitions.

En second lieu, les réactions observées répondent à une logique d'adaptation. L'adaptation est sujet difficile, car en cherchant le moyen de s'adapter au changement, on ne chercherait plus à l'éviter – ce que l'on peut se voir reprocher. Mais pour autant, il y a là une vraie question puisque nous sommes obligés de nous confronter à certaines catastrophes. Il suffit, afin de nous en convaincre, d'évoquer notre modèle agricole ou les villes côtières.

Notre pôle de recherche entend alors mettre à la disposition des chercheurs un espace de réflexion où ils pourront mener une recherche interdisciplinaire sur ces deux types de réaction.

F. C., M. G. – *L'interdisciplinarité est manifestement placée au cœur de ce projet. En quoi celle-ci vous est-elle apparue nécessaire ?*

E. M. – Les enjeux environnementaux nous placent face à une série de défis scientifiques. Il faut appréhender les transitions en cours dans le monde physique, tels que le réchauffement climatique, l'effondrement de la biodiversité ou la déstabilisation du cycle de l'eau, mais aussi les interactions entre nos sociétés et cet environnement physique, y compris les initiatives que nous engageons pour atténuer les changements ou nous y adapter. L'interdisciplinarité est donc absolument nécessaire.

Premièrement, elle doit servir à dépasser la « mosaïque de connaissances » pour penser les objets qui nous préoccupent. À suivre l'histoire et l'évolution des sciences modernes, celles-ci se sont décomposées en compartiments et sous-compartiments – ce qui est normal d'un point de vue scientifique puisque pour étudier exhaustivement un objet, il faut développer des savoirs de plus en plus spécialisés. Cette spécialisation accrue a pour conséquence directe d'empêcher toute possibilité d'appréhension

complète d'un phénomène donné. Pour conserver sa légitimité, le scientifique d'aujourd'hui devrait limiter ses interventions à son champ de compétence, et surtout aux résultats qu'il est réellement en capacité d'établir dans le cadre de sa production scientifique. En principe, le scientifique ne pourrait donc se prononcer sur aucun sujet de société. Seule l'interdisciplinarité permet d'articuler les connaissances relatives à l'étude d'un phénomène en milieu ouvert, en dehors des conditions contrôlées de l'observation ou de l'expérience.

Au sein d'A2E, l'interdisciplinarité nous paraît fondamentale, en ce qu'elle permet de rester connecté aux réalités matérielles lorsque l'on envisage les questions environnementales. Premièrement, afin de cadrer correctement nos recherches, il faut mobiliser les disciplines qui documentent l'évolution du monde physique. Nous tissons des liens avec les spécialistes de biodiversité, d'océanographie ou de climat par exemple. Deuxièmement, il faut mobiliser les disciplines présentes au sein de l'Université Paris-Panthéon-Assas pour appréhender les relations que les sociétés humaines entretiennent avec leur environnement ainsi que leurs initiatives pour faire face aux transitions en cours dans les systèmes physiques. L'interdisciplinarité se matérialise dans tous les événements et publications organisés ou coorganisés par A2E. À titre d'exemple, le colloque annuel 2023 abordera la notion de ressource à travers un ensemble de disciplines organisées en thématiques comme le vivant ou les activités extractives ; suivant la même approche synthétique, le colloque annuel 2024 traitera des controverses.

N. A. – D'un point de vue plus personnel, la nécessité de l'interdisciplinarité m'est apparue assez récemment au cours de mes recherches en droit de la mer. Il y a encore quelques années, je ne m'y étais jamais encore véritablement intéressée. J'avais tendance, en tant que juriste, à me montrer très positiviste et très technique. Ce n'est qu'à force de travailler sur mes thématiques, notamment les ressources marines et la Zone internationale des grands fonds marins, que j'ai perçu à quel point l'interdisciplinarité est fondamentale, indispensable. Ce fut comme une révélation, qui a conduit à une véritable passion. Lorsque l'on m'a alors proposé de codiriger ce pôle, je l'ai vu comme une véritable opportunité de fédérer d'autres universitaires, qu'ils soient convaincus de longue date du caractère indispensable de l'interdisciplinarité, comme Étienne, ou bien qu'ils en aient, comme moi, pris conscience plus récemment.

F. C., M. G. – *Quelle est la réception de l'interdisciplinarité en France ?*

N. A., E. M. – Dans le contexte français de la recherche, l'interdisciplinarité n'est pas le réflexe premier. Nous avons traditionnellement une conception de la recherche très disciplinaire, ce qui se manifeste d'ailleurs dans l'évolution des carrières et l'évaluation des travaux. Cette conception présente certes l'avantage de tendre à l'excellence dans les différents savoirs pris isolément, mais elle trouve sa contrepartie dans la nécessité imposée aux chercheurs de se ranger très tôt dans une discipline donnée. À titre d'exemple, une thèse qui relève tant du droit public que du droit privé permettra plus difficilement à son auteur d'obtenir une qualification devant le CNU (Conseil national des universités), ce dernier étant divisé en sections correspondant chacune à une discipline (droit privé, droit public, histoire du droit...). Au-delà de la question environnementale, considérer davantage l'interdisciplinarité nécessite un travail de réorientation intellectuelle, du point de vue méthodologique notamment.

L'interdisciplinarité et sa réception en France soulèvent donc au sein du pôle une véritable question pour les doctorants impliqués. Doit-on les inciter à pratiquer l'interdisciplinarité, à développer leur approche interdisciplinaire ? Corrélativement, n'est-ce pas alors leur faire courir un certain risque ?

En réponse, afin de sécuriser au mieux ces doctorants, l'un des enjeux du pôle est de créer un espace de recherche interdisciplinaire où des chercheurs et leur travail puissent être reconnus par leurs pairs, sans pour autant perdre au passage l'ancrage dans leur discipline.

F. C., M. G. – *Comment se matérialise l'interdisciplinarité au sein du pôle (du point de vue de ses objets d'étude, de ses acteurs, de ses méthodes) ?*

N. A., E. M. – L'interdisciplinarité se matérialise avant tout du point de vue des objets d'étude. Ceux-ci nécessitent d'avoir une approche interdisciplinaire, et non de simples « regards croisés » qui ne font que juxtaposer les approches. Afin d'illustrer le propos, prenons l'exemple très simple des abeilles.

Lorsque l'on entend parler des problèmes liés à la diminution des pollinisateurs, le réflexe instinctif est de penser que c'est une bonne idée de mettre des ruches sur les toits. *A priori*, en créant un habitat dans les villes, on va les protéger. Toutefois, le recours aux savoirs en biologie de la conservation nous apprend qu'en faisant cela, on retire simultanément des places aux abeilles sauvages et que donc, au contraire, on contribue à accentuer les dégâts au sein des écosystèmes sauvages. Cet exemple emblématique témoigne de la nécessité absolue de l'interdisciplinarité afin de ne pas se limiter aux bonnes intentions.

L'interdisciplinarité se manifeste également dans la structure même du pôle, qui est une « méta-organisation » dont les membres sont les laboratoires et les instituts. En tant que méta-organisation, le pôle a vocation à développer une communauté de recherche, à constituer un espace dédié à la recherche environnementale, à donner aux doctorants un lieu de discussion et de valorisation, à soutenir, accompagner et développer des projets de recherche, à organiser des conférences et un colloque annuel. Au service des chercheurs et de leurs laboratoires d'appartenance, l'ensemble doit améliorer la visibilité, encourager et fédérer les projets de recherche sur l'environnement. En ce sens, nous travaillons beaucoup avec nos homologues, comme par exemple l'Institut de l'Océan ou l'« ITE » (Institut de transitions environnementales) de Sorbonne Université. Le travail du pôle dépasse l'Université Paris-Panthéon-Assas, et excède même le cadre national – le nom *Assas études environnementales* a été retenu par référence aux *Environmental studies*. L'objectif est de s'insérer au sein d'une communauté plus vaste, un réseau de recherche pour les questions environnementales.

F. C., M. G. – Comment se répartissent les tâches au sein de la direction et du bureau du pôle A2E ?

N. A., E. M. – En réalité, il s'agit d'une codirection sans répartition nette des tâches. Nous travaillons et discutons de tout ensemble et également avec le bureau du pôle. Nous avons des réunions régulières, mensuelles, pour discuter de l'avancement des activités du pôle. Au sein du bureau, nous avons toutefois procédé à une certaine répartition des tâches afin de travailler de façon efficace : la communication (newsletter, site internet) nécessite un travail spécifique ; l'organisation de telle ou telle conférence peut être prise en charge par un membre en particulier. Mais pour ce qui est des grandes lignes directrices, des axes de recherche du pôle et de la démarche suivie, ceux-ci sont toujours décidés collectivement. Après le premier colloque, à l'automne, une assemblée générale sera organisée avec l'ensemble des membres afin de dresser un premier bilan. Dès que le pôle aura atteint une certaine maturité et que le besoin de formalisme se fera sentir, nous adapterons les règles de fonctionnement. Pour l'instant, l'enjeu est surtout d'identifier les volontaires et de les associer au projet !

F. C., M. G. – Quelle conception de la recherche le pôle Assas Études Environnementales retient-il ?

N. A., E. M. – Cette question essentielle renvoie à la finalité de la recherche. Nous nous sommes beaucoup interrogés pour savoir quel positionnement notre pôle devait avoir à l'égard de la recherche. Forte d'une certaine maturité sur ce problème, la direction a fixé un cap clair. Certes, tout chercheur a ses préférences et ses orientations vis-à-vis des questions environnementales et cela influence ses recherches. En quête de légitimité, (trans)porté par son ambition de produire des résultats utiles, le chercheur peut facilement être tenté de traduire ses recherches en bonnes pratiques à suivre. Toutefois, une telle approche serait, selon nous, non scientifique, car antinomique avec les enjeux environnementaux, trop complexes pour dicter, en surplomb, ce qu'il faut faire.

Cette question, qui dépasse le pôle A2E et touche plus généralement toutes les disciplines et recherches universitaires, ouvre un débat stimulant : la science a-t-elle vocation à donner des préconisations ? Est-elle prescriptive, autrement dit nous présente-t-elle les choses comme ce qu'elles devraient être ?

Pour en revenir au pôle, lors de son élaboration, la plupart des personnes intéressées par cette initiative ont émis le souhait de peser véritablement sur les décisions publiques et privées. En pareil cas, le danger est néanmoins de prescrire des solutions avec pour base des approches scientifiques qu'il nous revient justement de questionner. Nous avons décidé de donner au pôle une orientation plus aca-

démique, plus universitaire, fondée sur la nécessité de distinguer deux aspects dans la science : d'une part, une science prescriptive, qui explique « ce qui devrait être », d'autre part, une science descriptive, qui « dit ce qui est », et davantage « où il faut regarder » que « ce qu'il faudrait faire ». Le second aspect relève vraiment de la science, tandis que le premier relèverait plutôt de l'art, et l'ensemble fonctionne mieux lorsque les deux entretiennent des relations soutenues.

Cette discussion dépasse A2E car toutes les disciplines sont concernées par ce questionnement. Certaines admettent et intègrent ces deux aspects mais la plupart ont privilégié davantage une voie plutôt qu'une autre, très souvent au profit de la science prescriptive. Sur ce point, l'exemple de la crise sanitaire est éclairant. La plupart des discours tenus par des scientifiques sortaient complètement de leur champ. Or nous ne pouvions pas véritablement attendre de la science qu'elle nous dicte la marche à suivre à tout point de vue, sur toute question ; et ce n'est d'ailleurs pas ce qui s'est passé puisque ce n'est pas la science qui a dicté la conduite à suivre, mais des interactions entre des sphères politiques et des sphères scientifiques, *via* des sphères de médiatisation. Des relations se sont ainsi nouées entre la science et la société et se sont traduites par l'adoption de certaines politiques sanitaires. En contrepartie, la science semble être ressortie fragilisée, voire blessée dans ses fondements mêmes.

Au sein du pôle, nous tentons d'en tirer quelques leçons et d'éviter certains de ces écueils. Notre positionnement questionne jusqu'à la légitimité même de la recherche. La démarche suivie n'est donc aucunement militante ; par nécessité de prudence scientifique, l'idée n'est pas de transmettre une parole qui serait la bonne, de venir peser sur une orientation des comportements, sur des décisions sous couvert de légitimité scientifique. En contrepartie de cette rigueur, nous attendons de nombreux bénéfices. La prudence doit permettre de traiter tous les sujets, y compris les plus polémiques, en toute liberté académique, à condition de mobiliser les champs de connaissance pertinents.

F. C., M. G. – *Au-delà de la recherche, comment le pôle envisage-t-il la question de la formation universitaire ?*

N. A., E. M. – La question de la formation est venue assez vite dans nos échanges, mais tout de même dans un second temps. Le pôle est avant tout dédié à la recherche, mais le lien avec la formation s'est rapidement imposé. À l'égard de l'environnement, nous faisons face à des phénomènes nouveaux ; il n'existe donc pas de catalogue de connaissances à avoir, et encore moins de techniques à appliquer, vous l'aurez compris dans ce que nous venons de développer précédemment. De ce fait, si certains acteurs stratégiques de la RSE et des transitions dressent des listes d'enseignements et proposent des formations adaptées aux problèmes environnementaux, le pôle adopte une logique différente. À notre sens, puisque nous sommes face à des phénomènes inconnus et imprévisibles, il convient surtout de former à la recherche sur la question. C'est de ce point de vue que la formation est traitée au sein du pôle.

Toutefois, le pôle A2E n'a nullement vocation à prendre la place des initiatives nouvelles au sein des Universités qui cherchent à transmettre des connaissances sur les questions environnementales. Le pôle intervient en dehors de ces formations : loin de vouloir s'y substituer, il s'y ajoute, en proposant à des étudiants de niveau Master ou à des professionnels de développer leurs aptitudes en *études environnementales*. L'objectif à moyen terme est la création d'un diplôme universitaire qui pourrait potentiellement devenir, à plus long terme, un Master interdisciplinaire. L'idée est donc d'agir dans une optique complémentaire et non concurrente. On peut d'ailleurs remarquer que cette absence d'intention concurrentielle irradie tout le pôle, tant du point de vue de la formation que de celui de la recherche. Puisque nous sommes une méta-organisation, le pôle ne vise pas à se substituer à la recherche réalisée dans les différents centres qui le composent mais, au contraire, à accompagner les chercheurs qui appartiennent à un centre et souhaitent travailler également au sein du pôle. L'objectif est ainsi de fédérer les initiatives, ne serait-ce que du point de vue de l'information.

Pour le moment, la formation prend la forme d'ateliers de recherche, de séminaires. Le premier atelier, consacré aux grands fonds marins et faisant intervenir Élie Jarmache, s'est tenu le 17 février dernier. Son public était diversifié : universitaires et étudiants, doctorants juristes ou économistes, etc. L'atelier a de ce fait été instructif tant pour le public que pour l'intervenant lui-même. Il est en effet très intéressant pour les doctorants de connaître l'expérience d'une personne ayant longtemps travaillé à

l'ONU sur le droit de la mer et notamment à l'autorité internationale des fonds marins et, inversement, il était tout aussi stimulant pour l'intervenant de se prêter au jeu de répondre à des questions parfois inédites pour lui, puisqu'elles provenaient d'horizons divers. Cette première expérience de formation, et de mise en pratique de l'interdisciplinarité, a été une vraie réussite. Pour les doctorants souhaitant prendre part aux ateliers organisés, précisons que ces derniers sont tous annoncés sur la page dédiée au pôle sur le site de l'Université, ainsi qu'au sein de la newsletter.

F. C., M. G. – Vous évoquez les différentes manifestations organisées par le pôle. À cet égard, le premier colloque annuel du pôle, qui se tiendra le 24 mai 2023, est consacré au thème des « ressources ». Pouvez-vous nous en dire plus ?

N. A., E. M. – Les « ressources » et les « transitions soutenables » font partie des orientations de recherche d'A2E. La réflexion autour de ces notions, qui se complètent, a été amorcée lors de la demi-journée de lancement du pôle mais nous n'avons pu qu'effleurer la question. Les échanges s'étaient révélés très prometteurs; il nous paraissait alors impératif d'y revenir à l'occasion de notre premier colloque annuel. Sur le fond, la notion de « ressources » est intéressante en ce qu'elle traduit notre rapport à l'environnement : tout ce qui est autour de nous constitue une potentielle ressource à notre disposition. Nous allons alors pouvoir questionner en profondeur cette relation en balayant l'ensemble des disciplines. Là encore, l'interdisciplinarité aura vocation à éclairer les recherches sur le sujet. La grande question sous-jacente est celle de savoir si nous pouvons continuer à envisager notre environnement comme une ressource et comment notre rapport à l'environnement peut être modifié. Le résultat de ces manifestations aboutira à un ouvrage publié aux éditions Pedone. Il réunira plusieurs chapitres composés des interventions de cette année, de l'année dernière, et même d'autres interventions qui n'auront pas le temps d'être évoquées lors de colloque, ainsi bien sûr que celles des doctorants qui travaillent sur ce sujet. Nous espérons être publiés assez rapidement, à tout le moins avant le colloque annuel de 2024. D'ailleurs, autre manifestation de l'interdisciplinarité au sein du pôle, la gestion des colloques annuels est tournante. Cette année, la gestion du colloque relève du droit mais l'année prochaine le colloque, qui portera probablement autour de la notion de « controverse », sera porté par Information-Communication. Le Pôle Assas Études Environnementales témoigne ainsi déjà d'une très grande activité.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

L'universitas à huis clos

Nicolas Chapalin

Doctorant contractuel à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laboratoire de droit civil, 8 février 2023. Voici que défilent, rue Soufflot, les manifestants opposés au report de l'âge légal de départ à la retraite, sous le regard attentif des fonctionnaires de police mobilisés pour l'occasion. Naturellement, émergea le débat relatif à la pertinence d'une intervention des forces de l'ordre au sein de l'université, si elle venait à être envahie. Or, il est probable que quelques éléments étymologiques autour du mot « université » puissent servir le débat. Il s'agit moins de se demander si une telle intervention est *possible*, notamment en droit, que de déterminer si, à partir des seules données étymologiques, elle est *souhaitable*.

Emprunté du latin médiéval *universitas*, le terme désigne, jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, toutes les formes de communautés et de corporations (communes, métiers, confréries, etc.) qui se multipliaient dans la société occidentale. Il s'est construit à partir du latin classique, lequel lui attribuait le sens de « totalité ou ensemble » et dérive, lui-même, du latin archaïque *universus*, adjectif signifiant proprement « tourné à

l'unité, pris ensemble »¹. De là, l'université sert à désigner, d'une part, en latin juridique, un « collège » ou une « corporation » et, d'autre part, en latin philosophique, une « totalité » ou « généralité »².

La coloration académique prise par le mot est bien plus tardive. C'est à compter du milieu du XII^e siècle, à Bologne, que peut être décelée la présence de maîtres et d'écoles de première importance. Cependant, à défaut de forme et d'organisation, ils ne constituaient pas, alors, l'université et ne sont devenus une véritable « corporation » universitaire qu'en d'autres temps³.

À dire vrai, c'est à Paris que la mutation étymologique, puis notionnelle, se laisse suivre le mieux. En 1200, à la suite d'une série de rixes de taverne, à l'occasion desquelles les hommes du prévôt arrêtaient et tuèrent cinq étudiants, les gens des écoles protestèrent et menacèrent de quitter Paris. Ces incidents conduisirent, par une démarche collective, au privilège accordé par Philippe Auguste, plaçant la corporation toute

1. L. Clédât, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, Hachette, 1930, v^o « Un », p. 654.

2. O. Bloch et W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 3^e éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2008, v^o « Université », p. 659.

3. S. d'Irsay, *Histoire des universités françaises et étrangères des origines à nos jours*, t. I, *Moyen Âge et Renaissance*, Paris, A. Picard, 1933, p. 90-97.

entière sous la juridiction ecclésiastique⁴. Si cette charte témoigne de la « capacité d'action collective » des gens des écoles, « elle ne prouve pas qu'ils aient déjà constitué une association organisée, dotée d'institutions permanentes »⁵.

Le pas semble franchi à partir de 1208, date à laquelle des lettres pontificales visent, entre autres, l'*universitas* formée par les maîtres parisiens, des statuts qu'ils se donnèrent, des délégués qu'ils élurent, puis l'octroi de la licence à un candidat par une majorité de maîtres et la quasi-disparition de la juridiction de l'évêque et du chancelier sur les étudiants⁶. Ainsi, en 1215, un acte du légat apostolique Robert de Courçon fit émerger la charte de l'université de Paris, première en date, et authentifia le baptême de l'institution ; *universitas* était appelé à désigner, selon les mots du recteur Maurice Bayen, ce « rassemblement dont la composition se renouvellerait indéfiniment et dont la vocation oscillerait entre la fidélité traditionnelle et la novation inéluctable »⁷.

Néanmoins, l'autonomie de l'université, fondée sur la solidarité des membres qui la composent, ne fut consacrée qu'en 1231. Pour cause, entre 1229 et 1231, en réaction à de nouvelles rixes de tavernes et la mort d'étudiants tués par les sergents royaux, les maîtres et écoliers s'exilèrent en dehors de Paris, voire, pour certains, du royaume de France⁸. Le conflit se termina et la paix couronnée par la fameuse bulle *Parens scientiarum* du 13 avril 1231 aux termes de laquelle Grégoire IX autorisa la confrérie à se donner de nouvelles règles et lui attribua le droit de grève qu'elle avait déjà exercé avec tant de succès⁹. Voici constituée l'*universitas magistrorum et scholarium Parisiensium* selon le latin des chartes, cependant que le mot *universitas* ne prendra le sens que lui donne, par exemple, le

Litré, soit celui de « corps enseignant »¹⁰, qu'en 1261¹¹.

Indéniablement, c'est bien de « l'université des maîtres et étudiants de Paris » dont il est question¹². Il s'agit de la traduction, en termes institutionnels, de cette confrérie « de défense et d'entraide mutuelle » donnant « à ses membres la garantie d'une assistance charitable [...], de meilleures conditions de vie [...] et de privilèges judiciaires les mettant à l'abri de l'arbitraire du chancelier ou des violences du prévôt »¹³. Pour cette raison, elle se conçoit, concernant sa sécurité, en tant qu'organisme corporatif stimulant une réaction de fermeture.

C'est qu'en réalité, la naissance de l'université constitua une réponse permanente aux inquiétudes et tensions générées par les étudiants. Chaque étape parcourue par l'université fut conditionnée par un évènement inhérent aux siens, chaque nouvelle mesure provoquée par quelque incident, aussi violent soit-il. L'université s'organisa « sous la pression des circonstances ; il lui a fallu une série d'épreuves pour se rendre compte de sa propre situation, pour s'affirmer dans son unité et acquérir une personnalité juridique »¹⁴.

La mobilisation récente des étudiants figure au rang de ces épreuves que l'université devrait, à suivre l'étymologie, surmonter. À ce titre, elle devrait pouvoir s'exprimer en son sein et ce, sans intervention des autorités auxquelles les gens d'écoles ont précisément entendu échapper au sein des locaux de l'université de Paris. Cette mobilisation se justifie d'autant plus qu'elle porte sur une actualité intéressant tout à la fois la communauté et l'organisation du cursus universitaire. Il ne faudrait en effet pas considérer, sauf à s'y méprendre, que l'université n'entretient aucun lien avec le projet professionnel de ses

4. V., sur cet épisode, Soc. de l'histoire de Paris et de l'Île-de-France, *Mémoires de la Société de l'histoire de Paris et de l'Île-de-France*, t. X, Paris, H. Champion, 1884, p. 247-252.

5. J. Verger et Ch. Vulliez, « Naissance de l'université », in J. Verger (dir.), *Histoire des universités en France*, Toulouse, BHP, 1986, p. 17-50, spéc. p. 29.

6. S. d'Irsay, *Histoire des universités françaises et étrangères des origines à nos jours*, op. cit., p. 67-72.

7. M. Bayen, *Histoire des universités*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1973, p. 14.

8. *Ibid.*, p. 25-26.

9. J. Verger, *Les universités au Moyen Âge*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2013, p. 34-35.

10. C. Blum (dir.), *Le Littré*, vol. 20, Paris, Le Figaro, 2007, v^o « Université », p. 223.

11. Ch. Thurot, *De l'organisation de l'enseignement dans l'Université de Paris au Moyen-Âge*, Paris, Dezobry, 1850, p. 11.

12. S. Guenée, *Les universités françaises des origines à la Révolution : notices historiques sur les universités, studia et académies protestantes*, Paris, Picard, 1982, p. 13-14.

13. J. Verger et Ch. Vulliez, « Naissance de l'université », préc., spéc. p. 31.

14. S. d'Irsay, *Histoire des universités françaises et étrangères des origines à nos jours*, op. cit., p. 66.

étudiants et, à long terme, leur retraite¹⁵; l'objet de l'université est la « généralité de l'utilité », disait Diderot, « d'initier l'homme à un grand nombre de connaissances, dont l'ignorance lui serait nuisible dans tous les états de la vie » ajoutait-il¹⁶.

En somme, d'après son étymologie, l'université est un corps pur, composé singulièrement d'étudiants, d'enseignants et de chercheurs, qu'une intervention des forces de l'ordre, corps extérieur, troublerait. Or, elle ne se conçoit qu'en corps homogène et disparaîtrait si elle était rendue hétérogène. Sans doute est-ce la raison pour laquelle, depuis le ^{xvii}^e siècle, de telles interventions demeurent rares, ce nonobstant les « abus invétérés, réfractaires aux édits, aux règlements

et aux arrêts du Parlement [par lesquels] les Facultés de droit attiraient sur elles l'attention publique »¹⁷.

Le vocable témoigne de ce que les universités sont nées, en Europe, du désir des savants de pouvoir enseigner librement leurs sciences en échappant à la tutelle ecclésiastique et seigneuriale et, plus largement, aux autorités qui lui sont étrangères. Partant, il serait vain de tenter d'empêcher, *manu militari*, les *universitates studii magistrorum et scholarium* de s'exprimer au sein des bâtiments universitaires. Il reste à rappeler les mots de l'un de nos enseignants de l'École de la rue d'Ulm selon lesquels « la bavarde université ne se tait qu'autant que la pie ne cesse de babiller »...

15. V., sur « les perceptions de l'avenir » par les étudiants, Ch. Le Bart et P. Merle, *La citoyenneté étudiante. Intégration, participation, mobilisation*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1997, p. 43-47.

16. D. Diderot, « Plan d'une université pour le Gouvernement de Russie », in *Œuvres complètes de Diderot*, t. III, par J. Assézat, Paris, Garnier, 1875, p. 429-534, spéc. p. 444.

17. L. Liard, *L'enseignement supérieur en France*, t. I, 1789-1889, Paris, PUF, 1894, p. 70.

Variétés autour du droit

Droit de grèves

Raphaël Galvao

ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Ah, les grèves... Elles occupent une place importante dans la vie des parisiens (mais aussi des franciliens !) et donc, dans la vie des étudiants (mais aussi des enseignants !).

Et comme chaque année, à l'approche des beaux jours, cette importance doit croître, au fur et à mesure que les grèves... s'animeront ! S'égayeront de promeneurs, de pique-niques et de joyeux compagnonnages, par un soleil déclinant au bord de l'eau. Car c'est bien des grèves de Seine dont il sera question – d'aucuns les appellent, plutôt, les quais. L'étudiant juriste, dont les étés sont forcément studieux, ferait bien de s'interroger sur ces serpents paisibles le jour, encombrés le soir, au cœur de la ville agitée. Qu'il s'interroge sur son droit de grèves, c'est-à-dire son droit de les arpenter, de s'y installer le temps d'une pause ; qu'il remarque, surtout, qu'il est un acquis fragile.

Avant que les rives de la Seine ne fussent des quais, elles étaient, en certains lieux, de véritables grèves, pentes naturelles et non pavées vers le fleuve. Il en était ainsi place de Grève, en plein cœur de la ville, où l'on trouvait un port du même nom. Devenue la place de l'Hôtel-de-Ville – Esplanade de la Libération, son premier nom n'a pas, pour autant, été entièrement oublié, puisqu'en découleront l'expression « faire la grève » et le droit de grève associé. Ce n'est pourtant pas le seul droit qui s'exerçait place de Grève. On y pratiquait surtout les exécutions capitales et autres supplices, durant plus d'un demi-millénaire. Nombre de criminels fameux et de monarques déchus y respirèrent pour la dernière fois. Les grèves comme le droit pénal ont fort heureusement, depuis lors, bien changé.

Bien changé jusqu'au point où elles n'étaient plus animées que par le vrombissement des

moteurs. *Exit* les marins, les travailleurs, les condamnés, les bourreaux et les badauds. Il aura fallu un néologisme, deux arrêtés municipaux, quelques jugements du tribunal et un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris pour obtenir la « piétonnisation » des quais – la repiétonnisation, devrait-on dire – entérinée définitivement le vendredi 21 juin 2019, près de trois ans après l'annonce du maire. Le droit de grèves, souvent remis en cause par les conducteurs intra-muros, fut un acquis tumultueux.

Par le biais du droit administratif, le promeneur aura donc regagné son droit de grèves – sans le gibet, qui plus est. Ce n'est pourtant pas à dire que le droit répressif fût définitivement chassé des lieux. Le droit de grèves n'est pas un droit absolu. Il doit composer avec la tranquillité et la salubrité publique. Ainsi, chaque année, inmanquablement, le droit de grèves est restreint. Ce sont surtout les arrêtés pris par la préfecture de police prohibant la consommation d'alcool sur les voies de berge – le soir, en « saison estivale » – qui en témoignent. En 2018, un arrêté du 4 juillet ; en 2019, du 24 juin. En 2020 puis en 2021, la pandémie a conduit aux mêmes interdictions, étendues à la journée, assorties de mesures supplémentaires imposant le respect des gestes barrières. Jusqu'à, parfois, l'évacuation totale et la fermeture des quais, comme le samedi 6 mars 2021. En 2022, l'arrêté n° 2022-00196 du 28 février, applicable aux berges à partir du 1^{er} mai, puis l'arrêté n° 2022-00957 du 8 août, semblables aux textes d'avant COVID, prirent le relais. Le droit répressif aura, aussi, regagné son empire sur les grèves de la Seine, la violation de ces interdictions faisant encourir aux contrevenants une amende de la 4^e classe, en vertu de l'art. R. 644-5, 1^o du

Code pénal. Chaque année, les mêmes mesures et pourtant, chaque année, les mêmes titres partout dans la presse et sur le net : on s'en étonne et plaide l'ignorance de la loi; on s'en émeut et plaide l'innocuité, voire l'indispensabilité de ces escapades apéritives lorsque la ville étouffe; on se demande surtout si elles seront respectées, ces mesures, par les estivants parisiens.

Mis à l'épreuve par la préfecture, mis en péril par les automobilistes, le droit de grèves pourrait, pour sa sauvegarde, devenir un droit véritable et s'inspirer de l'autre – le droit de grève – à qui il a donné sa place et son nom. Ira-t-on jusqu'à

dire qu'il mérite constitutionnalisation ? Se voir octroyer la même valeur que son illustre descendant afin de garantir, premièrement, aux promeneurs que leur espace chèrement acquis ne leur sera pas retiré et, deuxièmement, aux festoyeurs que toute condamnation pourra être contrôlée sur le fondement de la proportionnalité ? Nous ne nous prononcerons pas. Nous nous contenterons plutôt d'inviter tout juriste en herbe à les arpenter de lui-même, les grèves de Paris : pour s'en remémorer l'Histoire et en vivre l'actualité, toutes deux pétries de droit, évidemment.

Dossier

Le formalisme en droit

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Le formalisme comme essence du raisonnement juridique <i>Frédéric Rouvière</i>	p. 27	Le formalisme en droit des sûretés <i>Clément Favre-Rochex</i>	p. 94
Réflexions générales sur le formalisme juridique : le droit comme système à prépondérance formelle <i>Maxime Maury</i>	p. 36	Le formalisme en droit des affaires <i>Jean-Baptiste Barbière</i>	p. 104
Relire ses classiques. Réflexions sur le formalisme contractuel <i>Gaël Chantepie</i>	p. 59	Le formalisme en droit du travail <i>Emeric Jeansen</i>	p. 115
Le formalisme en procédure civile : d'un formalisme raisonné... à un formalisme déraisonnable ? <i>Lucie Mayer</i>	p. 69	L'hypothèse d'un déclin du formalisme informatif en droit de la consommation <i>Marie Leroux-Campello</i>	p. 121
Droit pénal et formalisme <i>Romain Ollard</i>	p. 85	Le formalisme en droit des assurances <i>Antoine Touzain</i>	p. 131
		Faut-il abandonner le formalisme des donations entre vifs ? <i>Marc Nicod</i>	p. 139

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme comme essence du raisonnement juridique¹

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de Théorie du Droit (LTD UR 892)

Sommaire. *Soutenir que le formalisme est l'essence du raisonnement juridique, c'est considérer que la priorité donnée aux éléments formels constitue la spécificité du raisonnement juridique, c'est-à-dire ce qui le distingue de tous les autres. Cette thèse est loin d'être évidente car elle a été et continue d'être contestée et critiquée. Nous voudrions cependant montrer que ces critiques reposent sur une certaine ambiguïté. Non seulement le formalisme ne peut être réduit à sa dimension historique, à savoir comme un moment particulier de la pensée juridique classique aux États-Unis ou comme une « école de l'exégèse » en France, mais le formalisme ne peut pas non plus être disqualifié car il n'irait pas au fond des choses. Cette approche du problème occulte, à notre avis, le point crucial selon lequel le droit assume délibérément un traitement formel de questions qui, lorsqu'elles sont examinées au fond, sont véritablement insolubles.*

Priorité à la forme. – Soutenir que le formalisme est l'essence du raisonnement juridique consiste à considérer que la priorité accordée aux éléments formels constitue la spécificité du raisonnement juridique, autrement dit ce qui le distingue de tous les autres types de raisonnement.

L'idée d'essence n'implique nullement d'adhérer à une philosophie réaliste et essentialiste

au sens fort du terme c'est-à-dire considérant que l'essence existe indépendamment du sujet connaissant. Bien au contraire, l'essence est ici entendue au sens épistémologique et même au sens husserlien : par réduction eidétique, l'essence est dans la pensée l'élément invariant du phénomène considéré, ici le raisonnement juridique.

Cette thèse du formalisme comme essence du raisonnement est très loin d'aller de soi tant elle a été contestée et critiquée et continue encore de l'être. Nous souhaiterions toutefois montrer que les critiques reposent sur une certaine ambiguïté. D'abord, le formalisme ne peut être réduit à sa dimension historique, à savoir comme moment particulier de la pensée juridique classique aux États-Unis ou comme « école de l'exégèse » en France. Ensuite, le formalisme ne peut être disqualifié *a priori* parce qu'il n'irait pas au fond des choses. La critique perd son sens si le formalisme est précisément ce qui fait la particularité du raisonnement juridique.

Le rejet *a priori* du formalisme occulte selon nous le point crucial à savoir le fait que le droit assume délibérément un traitement formel de questions qui, envisagées au fond, seraient proprement insolubles en tant que dilemmes².

1. Cet article a fait l'objet d'une publication antérieure aux *Cahiers de Méthodologie Juridique*, v. F. Rouvière (dir.), « Le formalisme juridique. Méthodes et approches formelles du droit », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique* 2019, n° 33.

2. S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral ?*, Vrin, 2013, p. 19.

Que veut dire « penser en juriste » ? – Il est revenu à Frederick Schauer d’avoir remis cette question au goût du jour en défendant l’idée d’une spécificité relative du raisonnement juridique. Il considère qu’il n’existe pas de formes argumentatives que le droit utiliserait seul³. À cet égard, il y a dans le raisonnement juridique comme dans d’autres types de raisonnement, des analogies, des définitions, la référence à des cas ou à des exceptions. Toutefois, dans la défense élaborée par Frederick Schauer, on est frappé par le rôle récurrent de la forme et des considérations formelles dans le raisonnement juridique⁴.

C’est ainsi que notre auteur insiste tour à tour sur la prépondérance de la formulation littérale des règles⁵, le respect de ce qui est écrit⁶, le respect du précédent⁷ ou des autorités⁸. Tous ces aspects présentent un indéniable noyau formel. L’argument littéral s’attache à être fidèle à la lettre des textes, le précédent implique de comparer deux cas dont l’un est décrit et énoncé dans une décision de justice; enfin l’idée même de l’autorité est d’accorder une prépondérance à la source au détriment du contenu.

Dès lors, une opposition se profile : la spécificité du raisonnement juridique tient au rôle des éléments formels par opposition au contenu des règles. La matière (ou la substance) des énoncés passe en droit au second plan. De la même façon, le contexte d’énonciation des règles qui tient aux finalités et objectifs politiques du législateur, aux intentions idéologiques et morales des juges s’efface relativement devant des considérations strictement formelles tenant à ce qui a été dit par écrit. La forme renvoie aux idées d’apparence, d’aspect, de modalités de présentation. En d’autres termes, si la spécificité du raisonnement juridique tient dans son formalisme,

il tient dans la façon particulière dont il agence et redistribue les éléments classiques d’un raisonnement. À cet égard, il paraîtrait alors normal que le raisonnement juridique n’use d’aucun argument propre s’il consiste avant tout dans une *certaine façon* de produire une argumentation.

En suivant cette ligne de démonstration, on ne peut que s’interroger sur le fait que le raisonnement juridique ait été critiqué pour son manque de réalisme, bref pour son inaptitude à rendre compte de la réalité de la pratique juridique réelle et avant tout de celle des juges⁹. La critique du formalisme du raisonnement juridique perd son sens si, précisément, le trait caractéristique du raisonnement juridique tient dans la forme. En évacuant cet aspect, on ne conserverait alors dans le droit que des éléments d’une autre nature, qu’ils soient sociaux, économiques, moraux ou politiques¹⁰.

Ainsi, en faisant abstraction de la forme, la critique réaliste fait en réalité abstraction du droit lui-même. En somme, il en irait de même en reprochant à un dessin de ne pas être la réalité. En effet, un dessin ne comporte que des contours et des formes et omet une foule de détails. Mais en refusant ce point, on s’interdit par là même de comprendre ce qui fait le propre d’un dessin ! Ces derniers sont en effet des simplifications du réel qui poursuivent non un but de représentation exacte de celui-ci mais de contemplation de ce dernier sous un angle formel¹¹. Ce parallèle entre le savoir juridique et esthétique n’est pas de pure forme¹² ou plutôt, il l’est en tant que priorité accordée chaque fois à la forme qu’elle soit graphique (dans l’art) ou intellectuelle (dans le raisonnement).

Quel objet pour la forme ? – Pour éviter des excès et des confusions, il faut bien préciser quel

3. F. Schauer, *Penser en juriste*, (trad.) S. Goltzberg, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2018, p. 7.

4. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 31.

5. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 156.

6. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 18.

7. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 44.

8. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 66.

9. C’est tout le courant du réalisme juridique qu’il faudrait citer. V. par ex. : K. Llewellyn, « The Constitution as an Institution », *Columbia Law Review* 1, 34, 1943, p. 7 ; F. S. Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review* 35, 1935, p. 809.

10. Précisément sur ce débat : F. Rouvière, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? », *RTD civ.* 2018, p. 526.

11. D’où le fameux aphorisme : « la carte n’est pas le territoire » : A. Korzybski, *A Non-Aristotelian System and its Necessity for Rigour in Mathematics and Physics*, Paper presented before the American Mathematical Society at the New Orleans, Louisiana, Meeting of the A.A.A.S. December 28, 1931, p. 750 : « A map is not the territory ».

12. F. Colonna d’Istria, « Contre le réalisme. Les apports de l’esthétique au savoir juridique », *RTD civ.* 2012, p. 4.

aspect du raisonnement subit l'influence de la forme. Ainsi, en considérant par exemple que c'est le raisonnement lui-même qui est formalisé, on réduit le raisonnement juridique à un raisonnement logique, le plus souvent de forme syllogistique. La formalisation du raisonnement ne porte donc pas en droit sur ses processus (étude qui relève justement de la logique formelle) mais plutôt sur ses arguments. Autrement dit, les arguments possèdent un poids et une hiérarchie particulière en droit.

Alors que le raisonnement moral tend à faire prévaloir l'esprit sur la lettre¹³ et qu'une lecture charitable donne la priorité à l'intention sur l'énoncé¹⁴, le droit inverse précisément ce rapport en accordant une priorité de la lettre sur l'esprit et un poids plus grand à l'explicite (le dit) plutôt qu'à l'implicite (le non-dit). Dans l'explicite, on peut ranger tous les arguments tenant à la forme des textes : la façon dont ils ont été rédigés et leur source, identifiée selon un principe d'autorité. Dans l'implicite, on peut ranger les arguments de nature contextuelle ou conséquentialiste, ceux qui proposent d'analyser les contextes politiques et sociaux, les buts et finalités réellement poursuivis par les auteurs des règles¹⁵, les jeux de pouvoirs ou les réalités culturelles¹⁶; en bref, ce qui se passe « sous les textes ».

Ce qui nous semble être le trait caractéristique du droit est son rapport à l'implicite. Le raisonnement proprement juridique va consister à proposer une solution formelle au problème substantiel des lacunes. En effet, c'est un truisme juridique que de remarquer que le législateur ne peut pas tout prévoir. Aristote l'avait déjà énoncé en son temps.

En revanche, ce qui est moins trivial est que les lacunes ne soient pas considérées comme des vides à combler par un moyen politique (le pouvoir discrétionnaire) ou moral (les principes

et valeurs) mais par un moyen formel. L'analyse formelle des lacunes consiste à considérer que les omissions textuelles sont purement apparentes alors même qu'elles sont bien réelles. Ainsi, combler une lacune va consister à expliciter ce qui est implicite, à ramener l'inconnu et le vide ou l'absence d'écrit au connu et au plein de la lettre. L'esprit d'un texte est compris en droit comme *un autre texte*, certes non-écrit mais virtuellement disponible pour l'analyse. Tout l'effort du raisonnement juridique va alors consister à rendre manifeste (donc à énoncer et formaliser) un texte qui est considéré comme étant déjà là. Il y a bien entendu ici une fiction manifeste mais qui n'est guère plus terrible que la fiction des mathématiques que Nietzsche a su pointer de façon éclatante¹⁷. En somme, il est assez classique d'admettre que le droit est un autre monde¹⁸.

L'enjeu d'une analyse seulement formelle de problèmes liés à la politique ou la morale tient alors dans la légitimité de la décision à intervenir. En considérant la possibilité d'un texte qui traite implicitement la question, le juge prolonge la lettre sans la modifier ni l'amender.

Quel réalisme pour le formalisme ? – On pourra répliquer au formalisme et à l'analyse formelle qu'elle ne décrit pas correctement les rapports de pouvoirs réels et que l'idéologie politique des juges a sans doute bien plus d'influence sur la décision que les considérations formelles.

Cependant, il n'est pas nécessaire de soutenir que les règles causent les décisions. Elles les justifient seulement. L'invention des raisons se fait toujours *a posteriori*. Le droit est un exercice de justification visant à s'assurer que l'exercice de la volonté par le juge est justifié par de bonnes raisons. Autrement dit, le raisonnement juridique n'a pas une fonction de description ou de représentation du raisonnement psychologiquement mené. C'est en partant du présupposé que le raisonnement juridique n'est pas conforme au réel

13. F. Rouvière, « La distinction des normes juridiques et morales : un point de vue constructiviste », *Cahiers du droit* 2018, p. 261-283; « L'argument moral en droit », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique* 2017, p. 1931-1944.

14. W. V. O. Quine, *Le mot et la chose*, Flammarion, 1977, p. 59-60.

15. Au prix parfois d'une « fétichisation de la société » : V. Valverde, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton University Press, 2003, p. 10.

16. P. Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, janv. 1996, p. 62.

17. F. Nietzsche, *Humain trop humain, I*, Gallimard, coll. « Folio essais », 1988, p. 38 : les « mathématiques [...] ne se seraient certainement pas constituées, si l'on avait su d'emblée qu'il n'y a dans la nature ni ligne exactement droite, ni cercle véritable, ni mesure de grandeur absolue ».

18. M.-A. Hermitte, « Le droit est un autre monde », *Enquête* 1999, n° 7, p. 17-37.

politique ou psychologique qu'il devient aisé de le dénoncer comme formel au sens d'irréaliste.

Mais si la théorie du raisonnement juridique n'est pas descriptive, à quelle vérité peut-elle alors prétendre ? Ne verse-t-elle pas dans la pure spéculation théorique ? En réalité, la théorie du raisonnement juridique ne décrit pas la pratique sociale du droit (il faudrait plutôt une sociologie, voire une sociologie de la connaissance) mais la pratique de l'argumentation, ce qui est bien différent. Cela suppose bien entendu d'inscrire le droit dans le modèle de l'argumentation. Cette prémisse théorique s'évince non seulement des travaux que Chaïm Perelman a mené au ^{xx^e} siècle¹⁹ mais plus encore du fait que les juristes passent leur temps à justifier leurs propositions. La pratique de l'argumentation est un fait qu'il s'agit de décrire à partir de catégories juridiques appropriées. Bref, ce sont bien les règles d'usage du discours juridique que nous voudrions mettre à jour. À la façon de Wittgenstein²⁰, nous souhaiterions tracer les limites du droit à l'intérieur de son propre cercle. L'intérêt de procéder d'une telle façon est de comprendre quand le droit s'évade en dehors de son propre domaine, autrement dit à partir de quelle limite il s'évade dans des raisonnements éthiques ou politiques.

Dans cette voie, l'essence formelle du raisonnement juridique se manifeste par trois grands traits. Le premier est la supériorité de la lettre sur l'esprit qui pousse à une neutralisation du contexte politique. Sa manifestation la plus évidente tient dans le poids de la lettre et des précédents qui conduisent les juristes à élaborer une casuistique (I). Le deuxième trait remarquable tient à la place de l'argument d'autorité. Les sources du droit sont reconnues comme prépondérantes même si, dans l'absolu, elles ne sont pas les meilleures (II). Le troisième et dernier trait consiste dans le traitement des lacunes comme

une lettre implicite qu'il convient de révéler : l'esprit prolonge la lettre, l'implicite est rendu explicite (III).

I. La casuistique : le poids de la lettre

A. Le concept de casuistique

Quelle casuistique ? – Le terme de casuistique est piégé en raison du fait qu'il est devenu une catégorie infamante. Il est encore ambigu car il peut renvoyer à plusieurs réalités distinctes.

D'abord, la casuistique renvoie à une période dans l'histoire des religions comme tentative de penser les problèmes éthiques selon une certaine méthode²¹. En droit, la casuistique renvoie historiquement à une méthode d'enseignement (la méthode des cas) que le doyen Langdell a installé à la *Harvard Law School* en 1871²² héritière d'une longue tradition²³.

Ensuite, la casuistique est une méthode d'interprétation qui consiste à discerner les cas convenables pour l'application de la règle, en affinant sans cesse les qualifications juridiques. Dans cette voie, elle correspond à une méthode qui, depuis le ^{xix^e} siècle, consiste en droit à harmoniser les textes contradictoires en distinguant les cas auxquels chacun d'eux renvoie. À l'exception de l'humanisme juridique, les juristes ont toujours raisonné selon ce principe directeur²⁴.

Enfin, la casuistique est un concept théorique complexe²⁵. Il peut signifier le raisonnement à partir de cas (casuistique de formulation), au cas par cas (casuistique de conception) voire sur des cas (casuistique de méthode²⁶). Pour résumer, le point commun à toutes les approches casuistiques est le fait de raisonner sur des cas. Les cas peuvent être définis comme des situations de faits stylisées, c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. De ce point de vue, même une définition générale et abstraite (comme une infrac-

19. Ch. Perelman et L. Olbretchs-Tyteca, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008 ; Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999.

20. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Gallimard, 1961, p. 25.

21. P. Hurtebise, *La casuistique dans tous ses états : de Martin Azpilcueta à Alphonse de Liguori*, Novalis Canada, 2006.

22. C. C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871 ; G. Langrod, « La méthode des cas et la science administrative américaine », *Revue française de science politique* 1953, n° 4, p. 832.

23. F. Treggiari, « Quelle casuistique ? La méthode des cas dans l'histoire de l'enseignement juridique », *Historia et ius* 2017, p. 1, consulté le 7 févr. 2019 : http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari_11.pdf

24. J.-Ph. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit privé*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, p. 3.

25. F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *D.* 2017, p. 118-123.

26. F. Rouvière, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique* 2018, p. 1981-1995.

tion) délimite et fixe les cas possibles qui entrent dans son extension par une série de conditions nécessaires et suffisantes.

En tant que concept théorique, la casuistique accorde ainsi un primat à la *formulation* du cas, à la façon dont il est construit et énoncé. En d'autres termes, le poids de la lettre est particulièrement important.

B. Le poids de la lettre

La lettre comme forme. – À moins de raisonner sur la base d'un droit purement oral, la formulation du cas, son énonciation, est ce qui le délimite en tant que tel. Et même en raisonnant sur la base d'un droit oral, ce qui est dit (et gardé en mémoire comme tel par les témoins de ce « dire ») fait foi jusqu'à preuve contraire. En d'autres termes, la forme même de l'énonciation importe particulièrement. En effet, la volonté de traiter les cas semblables de façon identique qui est au cœur de la démarche casuistique implique de comparer les cas admis avec le cas à traiter²⁷. Dans cette voie, l'existence même d'un précédent agit comme un argument puissant pour appliquer, dans un cas similaire, une solution semblable voire identique.

Ce qui pourrait passer pour une banalité est en réalité un trait caractéristique du raisonnement juridique : la forme même de l'énonciation joue un rôle déterminant dans l'argumentation. Le cas est d'abord considéré en lui-même et pour lui-même, dans sa formulation. Sa seule *mise en forme* permet de le traiter selon sa forme. Pour le dire autrement, ce ne sont pas les buts et les finalités de la solution du cas qui sont scrutés mais bien le cas lui-même, dans la présentation même qui en a été faite. Tout ce qui est implicite doit être explicité par une démarche propre (v. plus bas III).

Ainsi, de façon contre-intuitive, en droit la lettre prime l'esprit. En éthique, c'est souvent l'inverse car l'intention et les buts sont prépondérants. En morale, l'esprit passe pour plus important que la lettre. Seule une éthique pensée dans les catégories du droit ferait prévaloir la forme sur l'intention. Par exemple, une personne ayant fait vœu de célibat pourrait arguer qu'elle

peut avoir des relations sexuelles car elle n'a pas *formellement* fait un vœu de chasteté même si, *dans l'esprit*, le célibat paraît impliquer la chasteté.

Le poids de la forme. – Les conséquences du poids de la lettre (qui est en définitive poids de la forme) se retrouvent dans l'idée de sécurité juridique. Un droit prévisible implique un droit qui se fonde sur des éléments invariants et tangibles afin de pouvoir anticiper la façon dont les solutions seront déterminées. La cohérence dans le traitement des cas est particulièrement renforcée en choisissant d'écrire le roman du droit à partir de sa lettre. L'enjeu est bien évidemment le pouvoir de l'organe d'application. Au plus les cas sont explicites, nombreux et formulés, au plus il pèse sur l'organe d'application un grand nombre de contraintes.

À cet égard, il ne faudrait pas exagérer la place du revirement de jurisprudence ou du pouvoir discrétionnaire. Ces réalités existent mais demeurent statistiquement marginales. On dénombre en droit plus d'applications conformes par les juridictions du fond de la jurisprudence des juridictions suprêmes que de violations²⁸. De la même façon, même les cours suprêmes et souveraines ont la volonté d'inscrire leurs solutions dans la continuité de leurs propres références. Si les revirements forment des hypothèses intéressantes pour l'analyse, il ne faudrait pas considérer le phénomène jurisprudentiel, et plus encore le contentieux, par le petit bout de la lorgnette. La casuistique et le respect de la lettre de la loi comme de la lettre des arrêts assurent une remarquable homogénéité et uniformisation des solutions dans l'espace (sur un territoire considéré) et dans le temps (en raison de la stabilité).

Enfin, une autre conséquence du poids de la forme est que la lettre du texte a vocation à s'appliquer en priorité. Un délai de prescription ou de procédure vaut en lui-même et pour lui-même, indépendamment des buts ou des finalités politiques ou éthiques qu'il poursuit. Le juge doit l'appliquer formellement pour garantir l'égalité devant la loi. C'est bien d'ailleurs pour cette raison qu'il existe une procédure de façon générale : la forme est la sœur jumelle de la

27. F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique* 2012, p. 98 ; « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n° 8, p. 286-288.

28. En 2019, parmi les pourvois soutenus (hors déchéances), il y a environ une cassation pour trois rejets. Site de la Cour de cassation consulté le 4 mai 2020 : https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html

liberté²⁹, elle garantit contre l'arbitraire d'un juge qui déciderait sans critère d'entendre certaines causes et d'en refuser d'autres. L'autorité du juge n'est pas un autoritarisme car l'autorité se comprend sous l'angle du savoir (raisonnement et argumentation) et non sous l'angle du pouvoir.

II. La centralité de l'autorité : les sources du droit

A. L'autorité, source et fondement

L'autorité, priorité à la source. – L'argument d'autorité, comme la casuistique, n'a pas bonne presse. Il renvoie aux débats jugés poussiéreux de la scolastique ; la pensée philosophique moderne initiée par Descartes l'a récusé³⁰. La particularité de l'argument d'autorité tient à un principe formel : c'est la prépondérance accordée à la source sur le contenu ou, plus généralement, l'identification d'un énoncé par sa source indépendamment de son contenu.

L'élément formel présent dans l'argument d'autorité explique la prépondérance de l'idée de sources du droit. Les sources indiquent les prémisses sur lesquelles l'argumentation peut se fonder sans avoir à établir au préalable la légitimité des prémisses³¹.

Cette réalité est tellement évidente dans la pratique du droit qu'elle est même inconsciente. Sa théorisation explicite n'a, à notre connaissance, jamais été menée en profondeur. Or, à la différence de la scolastique où l'argument d'autorité renvoyait aux auteurs³², l'autorité juridique est conçue de façon organique et politique. Ce sont les producteurs de droit qui se voient ensuite soumis à leur propre autorité. Les juges suprêmes sont censés respecter leur propre jurisprudence, et l'Administration dans un État de droit est soumise au respect des règles qu'elle a édictées.

Le formalisme n'est donc pas ici un moyen seulement technique pour identifier qui sont les producteurs de normes. Il est un élément épistémologique qui désigne les autorités reconnues,

celles qui fournissent les prémisses reconnues comme valables pour trancher un litige.

L'autorité, principe de l'argumentation juridique. – Tous les arguments en droit sont des arguments d'autorité au sens où la légitimité du contenu des règles n'est pas discutée. Les règles ont vocation à s'appliquer et non à être remises en cause. On opposera certes qu'il est possible de contester la loi au nom des libertés fondamentales ou d'un principe reconnu comme ayant valeur constitutionnelle. Mais cette objection se place encore dans l'orbite de l'argument d'autorité puisqu'il s'agit d'affirmer que certains textes ont une autorité supérieure à d'autres. Bref, le problème des valeurs en droit se règle encore de façon juridique notamment en invoquant les droits de l'homme.

S'il appartient bien au débat politique et éthique de fixer et de négocier les normes acceptables pour une société, une fois cette négociation couchée sur le papier, elle acquiert un statut d'autorité. Cela signifie que les arguments vont se développer à partir des textes et non de façon à reposer sans cesse la question qui a motivé originellement l'adoption du texte.

L'argument d'autorité se présente alors comme un corollaire de la primauté de l'écrit et du précédent compris non de façon étroite comme respect de la jurisprudence mais de façon plus large comme respect d'une décision antérieure qu'elle émane du législateur, du juge ou d'un autre organe habilité. L'idée même de jurisprudence repose également sur cette idée qui se traduit par la hiérarchie institutionnelle des tribunaux et des cours.

B. Fonctions et formes de l'argument d'autorité

Fonctions de l'argument d'autorité. – Le recours à l'argument d'autorité a pour fonction d'obtenir l'adhésion de l'auditoire aux propositions avancées³³ puisque tous les juristes, par hypothèse, partagent une même conception des sources du droit. De cette façon, l'argument d'autorité a encore comme fonction d'apport

29. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 2^e éd., 1877, p. 158.

30. C'est la récusation des enseignements reçus dans la première méditation des *Médiations métaphysiques* de Descartes (1641).

31. S. Goltzberg, *Les sources du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016, p. 11.

32. B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, LGDJ, 2015, p. 198.

33. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008, p. 420-421.

ter la preuve d'un énoncé juridique, non seulement parce qu'il existe mais parce qu'on peut en déduire un certain nombre de conséquences pour le cas qui est analysé. Il s'agit toujours en définitive de faire accepter une proposition au sein de la communauté des juristes.

L'autorité doctrinale. – Comme Philippe Jestaz et Christophe Jamin l'ont parfaitement montré, l'autorité doctrinale repose aussi sur les titres et fonctions au sein de la communauté universitaire ce qui différencie l'autorité des individus de l'autorité du corps doctrinal³⁴. Le professeur, et plus spécialement le professeur agrégé, tient ainsi un rang particulier³⁵ dans la fonction d'opinion qu'il occupe. Ici on entend souligner qu'alors même que la doctrine n'est pas une source du droit au sens reçu du terme, les arguments duissent encore l'effet du principe formel de l'autorité.

Ceci montre bien que la théorie des sources du droit n'est que l'illustration d'un principe plus large : en réalité elle organise une hiérarchie entre les prémisses de l'argumentation. Cette hiérarchie est obtenue par un classement strictement organique des producteurs des énoncés juridiques. Ce classement organique est bien une expression de l'importance accordée à la forme sur le contenu des énoncés.

L'autorité textuelle. – L'argument d'autorité est en définitive très proche d'une forme d'argumentation dogmatique³⁶ où le texte, parce qu'il est qualifié de sacré, ne peut être renversé ou remis en cause. En définitive, il ne peut être qu'interprété.

C'est exactement ce mouvement que l'on constate en droit puisque les énoncés émanant des sources du droit sont interprétés pour être utilisés dans une argumentation. Leur autorité sera critiquée par d'autres énoncés ayant eux-mêmes au moins une autorité équivalente : la

jurisprudence servira à réfuter la jurisprudence, deux textes légaux seront conciliés en faisant partiellement prévaloir l'un sur l'autre et ainsi de suite. Ce phénomène se prolonge de façon propre dans la question des lacunes.

III. La lettre implicite : le comblement des lacunes

A. *Vides, lacunes, inédit*

Vides et lacunes. – Le problème des vides juridiques ou des lacunes est récurrent dans la théorie du droit. Schématiquement, les auteurs sont néanmoins d'accord sur un point essentiel quel que soit leur modèle théorique : les lacunes ne seraient qu'une qualification stratégique visant à écarter ou évincer l'application d'un texte³⁷.

C'est la position par exemple de Kelsen selon laquelle il existe toujours une norme suffisamment générale pour donner une solution, fût-elle le rejet de la demande en l'absence de toute norme. Hart, propose une solution fondée sur une alternative : soit la règle peut s'appliquer soit le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire³⁸. La solution aux lacunes est ainsi politique et réside dans le pouvoir du juge : on retrouve alors la solution d'Aristote³⁹ qui invite à raisonner comme si l'on était le législateur, solution que François Gény a reprise également comme telle⁴⁰. L'article 4 du Code civil qui interdit le déni de justice tranche dans le même sens ; l'article 1^{er} du Code civil Suisse est encore plus net dans sa formulation. À cet égard, Dworkin résout la difficulté en partant du point de vue inverse : le droit est une chaîne narrative⁴¹ ; il se complète par une interprétation fondée sur les principes moraux et politiques sous-jacents à l'ordre juridique.

Cependant, la question n'est pas de savoir s'il existe des vides juridiques au sens où le législa-

34. Ch. Atias, « Debout les ouvriers du droit ! Autorité et poids de la doctrine », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 361.

35. Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 194-196.

36. T. Giaro, « L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique », *Rechtshistorisches Journal*, 1994, n° 13, p. 272-273.

37. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 330 ; Ch. Perelman, « Le problème des lacunes en droit », *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 537-552.

38. H. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 154.

39. *Éthique à Nicomaque*, V, 14.

40. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, tome 2*, LGDJ, 1919, n° 156, p. 77 : « aussi n'hésiterais-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le Juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question ».

41. R. Dworkin, *L'empire du droit*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, p. 251-252.

teur a tout prévu. Il est évident que tous les cas que les tribunaux doivent trancher ne font pas l'objet d'une législation de détail qui les prévoit tous formellement. Le vrai problème est de savoir quelle solution doit être apportée aux lacunes : faut-il les combler par l'exercice d'un pouvoir ou bien par l'usage de principes ? La stratégie proposée par les juristes échappe en partie à cette distinction théorique. En effet, les lacunes des textes font l'objet d'un traitement formel. Qu'est-ce à dire ? Au lieu de traiter le vide juridique ou la lacune comme une question de fond appelant une solution de fond, le raisonnement juridique va procéder comme si les lacunes étaient purement formelles c'est-à-dire purement apparentes. Autrement dit, il s'agit en droit de raisonner comme si la solution aux lacunes existait déjà de façon implicite dans les textes. Littéralement, l'implicite est ce qui est impliqué par d'autres énoncés : il s'agit des présupposés des textes, à savoir les catégories latentes qu'ils supposent pour pouvoir être articulés entre eux de façon cohérente.

Considéré d'un point de vue politique, cette façon de faire apparaît comme une fiction puisqu'il s'agit de nier la réalité d'un vide juridique en raisonnant comme si le droit était complet. Pour autant, cet artifice résulte de l'aspect constructif du droit : la cohérence n'est pas donnée mais construite, les théories juridiques sont un produit de l'intelligence humaine⁴² et n'existent pas à l'état naturel dans les textes. Elles ne se constatent pas, elles s'élaborent. En somme, la profondeur du droit consiste ici à s'en tenir à la forme, à *formaliser* la difficulté pour pouvoir la résoudre.

À cet égard, le choix de la terminologie est souvent révélateur : parler de vide juridique laisse entendre que le législateur (ou un organe assimilé) doit intervenir pour le combler. Parler de lacune laisse entendre que la définition est avant tout formelle : les textes ne disent rien mais

leur non-dit devra être révélé pour résoudre le problème.

L'inédit. – Une formulation plus neutre du problème des lacunes serait de le présenter comme le problème de l'inédit. Le droit apparaît alors comme une vaste entreprise argumentative visant à « redire l'inédit »⁴³ au sens où les cas qui ne sont pas formellement prévus par un texte (loi ou jurisprudence) le sont toujours implicitement. Pour le dire autrement : *tout n'est pas prévu, mais on peut tout prévoir*. L'implicite peut être objectivé en raison de la généralité sous-jacente des énoncés. La gestion des cas inédits devient alors une question de cohérence au regard des énoncés déjà admis. En d'autres termes, il s'agit de construire de nouveaux énoncés en explicitant l'implicite.

B. Rendre explicite par construction

Révéler l'implicite par l'argumentation. – L'argumentation juridique affirme alors ici une compréhension propre de l'opposition entre la lettre et l'esprit. L'esprit n'est pas considéré comme une signification qui s'opposerait éventuellement à la lettre (jouant le rôle d'une exception) mais comme son prolongement, à savoir comme texte implicite.

Il est particulièrement notable que les procédés habituels d'extension des textes comme l'analogie, l'argumentation à plus forte raison ou l'argument *a contrario* sont utilisés en droit comme des moyens de compléter la lettre en révélant les cas qu'elle contient virtuellement c'est-à-dire à titre de potentialité non exprimée. La complétude est obtenue par extension et l'harmonie est réalisée par la distinction des cas lorsque deux textes paraissent avoir le même champ d'application.

Le trait le plus remarquable (et le moins bien compris de l'argumentation juridique) se situe dans la construction de théories générales visant

42. G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47^e année, n° 6, 1992, p. 1149-1169; V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 281-291; M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, p. 77-147; R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquêtes* 1998, p. 251-260. – Sur la distinction du donné et du construit : F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome II. Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1915, p. 369-389; *Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1924, p. 31-34; F. Rouvière, « La distinction des normes juridiques et morales : un point de vue constructiviste », *Cahiers du droit* 2018, p. 261-283.

43. Ch. Atias, « *Jurisdictio* : redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281-284.

à exprimer une clôture logique des cas d'applications du droit (en affirmant l'existence d'une complétude implicite) et une harmonisation des conflits entre les textes par une systématisation reposant sur le principe de non-contradiction.

En effet, une théorie générale est une mise en système des catégories juridiques : il s'agit d'élaborer des catégories générales qui incluent les catégories légales (la fameuse nature juridique) et de réitérer le procédé pour obtenir des classifications plus vastes qui formeront alors une théorisation de tout un pan du droit. Les contradictions éventuelles devront être gérées en définissant les liens qui peuvent unir les catégories. L'articulation la plus manifeste est celle du droit commun et du droit spécial qui reprend la distinction du genre (droit commun) et de l'espèce (droit spécial) en énonçant la hiérarchisation des catégories.

Lorsque les procédés logiques paraissent impuissants à obtenir le résultat souhaité, il sera possible de recourir à des fictions, ultime aveu de la faiblesse de la construction théorique et de la visibilité de considérations politiques dans l'édifice logique et systématique.

Artifices. – Ces procédés paraîtront totalement artificiels et, autant le dire sans fard, ils le sont. Mais c'est bien là que s'affirme la spécificité du

droit⁴⁴. S'il fallait renvoyer au législateur le soin de trancher les cas non prévus, il serait, de fait, le juge permanent de tous les cas difficiles. C'est bien pour éviter cet étranglement que le référé législatif a été supprimé⁴⁵ : il n'était pas concevable en pratique que le législateur soit l'interprète de sa propre volonté. Aussi, la conception formelle de l'intention du législateur est de considérer que ce qu'il a écrit est ce qu'il a voulu dire et qu'il n'y a pas d'intention plus profonde à découvrir (même si elle existe). Bien entendu, c'est un artifice que les juristes assument depuis le droit romain. Cet artifice repose sur l'idée que le droit est une sphère autonome de pensée et d'argumentation en tension constante avec le politique mais sans s'y réduire⁴⁶.

C'est bien pour cette raison que les critiques réalistes de tout poil sonnent de façon étrange aux oreilles des juristes. Il a fallu des siècles pour que s'affirme la spécificité du droit au regard de la politique ; or la critique réaliste dénonce cet acquis historique comme une illusion centrée sur l'obsession de la forme. Ce n'est pas parce que les constructions juridiques sont artificielles qu'elles sont artificieuses. Nous pouvons alors conclure sur le raisonnement juridique comme Paul Valéry à propos de la philosophie : au fond, tout est une question de forme⁴⁷.

44. Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, 2005, p. 113-130.

45. Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série droit privé, PUF, 1965.

46. A. Schiavone, *lus. L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 14.

47. P. Valéry, *Cahiers I & II*, Gallimard, Pléiade, 2 volumes, 1973 et 1974 : « Au fond, toute philosophie est une affaire de forme » (*Cahiers I*, p. 484) ; « Il est remarquable que les mathématiques ont de commun avec la poésie et la musique que chez elles – le fond devient l'acte de la forme. La "vérité" dépend de Conditions formelles » (*Cahiers II*, p. 1119).

Dossier

Le formalisme en droit

Réflexions générales sur le formalisme juridique : le droit comme système à prépondérance formelle

Maxime Maury

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1. Les juristes font partie de cette espèce rare de personnes qui ne se formalisent pas lorsqu'on dit d'eux qu'ils sont des « gens de forme »¹. Et pour cause, « le droit est de très longue date penché sur les formes »². En effet, les observateurs ont souvent constaté la « propension du droit pour la forme »³, le formalisme lui étant « inhérent »⁴ et y tenant un « rôle essentiel »⁵. Ayant « triomphé en pratique »⁶, celui-ci est ainsi souvent placé en tête des techniques juridiques⁷. Ihering est allé jusqu'à affirmer que le droit pouvait « vivre sous le règne exclusif du formalisme », considérant

même qu'« il supporte plus facilement l'extrême rigueur que le manque absolu de la forme »⁸.

2. Et pourtant, la notion de « formalisme » est souvent frappée d'une connotation péjorative⁹ : qu'il s'agisse, en général, de critiquer la forme pour la forme ; en esthétique, de critiquer l'art pour l'art¹⁰ ; en religion, de critiquer le pharisaïsme¹¹ ; en société, de critiquer une politesse purement formelle¹² ; en logique, de critiquer un « appareil de précision sans conscience »¹³ (le formalisme conduisant aux « résultats de la pensée [...] sans l'effort de la pensée »¹⁴) ; et

-
1. S. Rials, « *Veritas iuris*. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme », *Droits* 1997, n° 26, p. 103.
 2. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Juspoliticum* 2012, n° 7, p. 12.
 3. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, 3^e éd., t. 3, Chevalier-Marescq, 1887, p. 170.
 4. S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *Rev. adm.* 1979, n° 189, p. 267.
 5. S. Saunier, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, t. 1, PUAM, 2007, p. 33.
 6. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022, p. 95.
 7. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis-Droit privé », 2018, p. 61.
 8. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 170.
 9. M. Jori, « Formalisme juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 3^e éd., LGDJ, 2018, p. 269.
 10. R. Duval, « Le formalisme contre les formes », *Nouvelle revue d'esthétique* 2012, n° 2, p. 141.
 11. V. par ex. les Évangiles de saint Luc (11, 39-40) et de saint Matthieu (23, 27).
 12. J.-B. Échivard, *Les premiers mots philosophiques*, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 77.
 13. L. Klages, *Les principes de la caractérologie*, Librairie Félix Alcan, 1930, p. 114.
 14. *Ibid.*, p. 113.

même, en droit, de critiquer l'attitude de tous les Brid'oison (« Mais je ne vais jamais sans elle, parce que la forme, voyez-vous, la forme ! »¹⁵). Il faut cependant préciser que, dans le domaine juridique, le formalisme n'est pas une question de plaisir – quoique¹⁶ – ni même d'esthétique¹⁷ puisqu'il y trouve une place importante pour des raisons qui paraissent légitimes. C'est d'ailleurs ce qui explique sa permanence, puisqu'on a pu constater que les systèmes anciens étaient aussi marqués par un formalisme important, à connotation symbolique¹⁸, confinant parfois au rituelisme¹⁹ : selon l'hypothèse d'Aldo Schiavone, le souvenir de ce dernier aurait même « agi de façon à prédisposer la pensée juridique à cette dissociation des formes » qui caractérise *a priori* le formalisme²⁰.

3. Cela étant, il n'est pas aisé de donner à ce dernier une définition précise. La notion de « formalisme » renvoie, bien évidemment, d'abord à l'idée de « forme » : en simplifiant les choses²¹, il est ici possible d'en retenir deux grandes significations²², cette notion ayant été utilisée pour traduire les deux termes grecs « *eidos* » et « *morphé* »²³.

Dans son premier sens, la « forme » (*eidos*) renvoie à l'essence²⁴, laquelle est entendue ici dans sa signification la plus simple de « caractère commun »²⁵. Il faut cependant préciser que, dans cette perspective philosophique, la forme n'est pas réductible à une figure géométrique

extérieure puisqu'elle désigne quelque chose de proprement *essentielle*²⁶.

C'est dans son second sens que la « forme » (*morphé*) correspond à l'idée de figure géométrique extérieure²⁷. Cette seconde signification n'est cependant pas sans lien avec la première, non seulement parce que c'est à travers leurs formes (géométriques) que les choses sont *reconnues* (à défaut de toujours pouvoir être *connues* dans leur essence), mais aussi parce que ce second sens est, comme le premier, généralement opposé à la « matière »²⁸. On constate donc des similitudes entre les deux significations quand bien même évoquent-elles deux choses qu'il s'agit de bien distinguer : ce qu'il y a de plus *profond* pour le premier sens (puisque la « forme » correspond à l'essence de la chose); ce qu'il y a de plus *superficiel* pour le second (puisque la « forme » correspond à l'apparence de la chose). Or, c'est précisément à ce second sens que renvoie l'idée générale de « formalisme ».

4. Les choses doivent cependant être précisées pour le droit. D'abord, il ne peut bien évidemment pas être question de figures géométriques, ce qui conduit à concevoir la forme de manière analogique, c'est-à-dire comme ce qui est « apparent »²⁹. Ensuite, la forme est ici comprise dans son sens le plus extensif puisque la notion recouvre, non seulement les *formes* au sens le plus strict – telles qu'elles sont gé-

15. Beaumarchais, *Le Mariage de Figaro*, Acte III., Scène 14. Pour une analyse de la critique de la « justice formelle » par Beaumarchais, voir : S. Kefallonitis, *Connaissance d'une œuvre : Le Mariage de Figaro*, Bréal, 1999, p. 88.

16. Ihering évoquait, par exemple, le « plaisir de la forme extérieure, le plaisir des sens, bref le *sens de la forme* » (*L'esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 200).

17. Voir cependant : F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.* 2012, n° 1, p. 1.

18. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 162 et s. et p. 196 et s.

19. A. Schiavone, *L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, p. 278.

20. *Ibid.*, p. 279.

21. Pour une analyse plus approfondie, voir : S. Saunier, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 28.

22. M. Jori, « Formalisme juridique », *préc.*, p. 269.

23. R. Ledrut, « Forme », *Société* 2013, n° 119, p. 59.

24. E. Bréhier, *Histoire de la philosophie*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige », 1991, p. 178 et p. 180.

25. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige », 1992, p. 371.

26. Pour donner un exemple significatif, Aristote, après avoir distingué la « matière » de la « forme », définit l'âme comme la « forme d'un corps naturel » en précisant que c'est le corps qui se présente comme « matière » (*De l'âme*, II, 412a, 20 – Aristote, *Œuvres complètes*, Flammarion, 2014, p. 989).

27. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1, *op. cit.*, p. 371.

28. *Ibid.*, p. 595.

29. F. Rouvière, « Le formalisme comme essence du raisonnement juridique », *RRJ* 2019, n° 5, p. 1904. Pour une critique de l'utilisation de la notion commune d'« apparence » pour définir la « forme » en droit, voir : S. Saunier, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 143.

ralement conçues en droit³⁰ –, non seulement les *procédures* – qui correspondent déjà à une « définition élargie des formes »³¹ –, mais aussi, et dans une certaine mesure, la *matière* juridique telle qu'elle est *formulée* par les actes du droit. Cette précision permet d'indiquer que ce qu'on désigne ici comme la « matière » n'est pas forcément exclue du formalisme juridique, contrairement à la manière dont est conçu le formalisme en général (puisque ce dernier conduit, le plus souvent, « à nier l'existence ou l'importance de l'élément matériel »³²). À cet égard, la « pensée par signes purs »³³, que caractérise l'approche formelle, est admissible en mathématiques ou, dans une moindre mesure, en logique. En droit, cependant, cette abstraction formelle n'est pas envisageable puisque, contrairement au mathématicien, le juriste ne raisonne pas à partir de formes pures, mais à partir de matériaux directifs formulés. C'est ainsi que la formalisation des actes juridiques concerne aussi leur *matière*, laquelle est précisément extériorisée par la *formulation*. On retrouve ici l'union substantielle de la forme et de la matière³⁴ puisqu'on ne peut concevoir un acte juridique purement formel³⁵, ni une matière juridique sans un minimum de formalisation³⁶. C'est donc cet ensemble, qui recouvre non seulement les *formalités* (formes et procédures au sens strict), mais aussi les *formulations* (matière extériorisée par la formalisation), que l'on peut désigner par l'idée de « forme ». Ihering n'affirmait pas autre chose lorsqu'il écrivait que « la forme, c'est le contenu au point de vue de sa *visibilité* »³⁷. Cette acception large de la « forme » se retrouve d'ailleurs significativement dans l'idée de « conformité » puisqu'un tel rapport – dont la dénomination insiste sur l'idée de « forme » (*con-formité*) – ne pose pas exclusivement la question du respect des *formalités* mais

aussi – et peut-être surtout – celle du respect des *contenus* normatifs³⁸.

5. Cela étant dit, il est nécessaire d'aller plus loin pour mieux percevoir ce que peut recouvrir le formalisme en droit. Comme toute notion constituée par le suffixe « -isme », le formalisme correspond d'abord à un système de pensée³⁹ ou, du moins, à une tendance que suit la pensée dans l'appréhension d'une chose. Or, comme le droit n'est pas *formé* selon la forme géométrique – et que ce n'est que par analogie qu'on parle de la « forme » du droit –, ce n'est aussi très certainement qu'à travers une analogie que l'on peut parler de « formalisme » pour désigner le mode d'appréhension du droit. Autrement dit, puisque le droit n'a une « forme » qu'analogiquement – ce qu'on a résumé par l'idée d'« apparence » –, l'approche du droit ne saurait, elle aussi, être « formaliste » qu'analogiquement – c'est-à-dire *en se fondant sur ce qui est « apparent »*. C'est en ce sens qu'il est possible de résumer la tendance « formaliste » en affirmant qu'en droit, celle-ci accorde « un poids plus grand à l'explicite (le dit) plutôt qu'à l'implicite (le non-dit) »⁴⁰. Cette précision permet déjà de comprendre qu'il s'agit là d'une simple tendance qui ne saurait être systématisée outre mesure tant il est difficile de déterminer ce qui répond adéquatement à cet idéal « formaliste ».

6. Ce n'est cependant pas parce que ce dernier n'est pas pleinement identifiable qu'il ne peut pas constituer une véritable tendance de la pensée et de la pratique juridiques. L'idée défendue ici consiste même à affirmer que le formalisme doit prévaloir en droit, faisant de ce dernier un véritable *système à prépondérance formelle*. Il faut aussi préciser que cette « prépondérance formelle » ne relève pas simplement du *constat* mais qu'elle est ici envisagée comme une *exigence* qui pèse sur le droit : pour le dire en bref,

30. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003, p. 747.

31. *Ibid.*

32. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1, op. cit., p. 370.

33. L. Klages, *Les principes de la caractérologie*, op. cit., p. 112.

34. S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologie du droit*, Librairie Klincksieck, 1972, p. 82.

35. *Ibid.*, p. 86-87.

36. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 165.

37. *Ibid.*

38. L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 24^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, p. 88.

39. Académie Française, « Construction en -isme » (<https://www.academie-francaise.fr/construction-en-isme>).

40. F. Rouvière, « Le formalisme comme essence du raisonnement juridique », préc., p. 1905.

il n'est pas simplement soutenu que ce dernier est à prépondérance formelle mais qu'il est désirable qu'il le soit (ce qui explique d'ailleurs très certainement pourquoi il l'est dans une grande mesure).

7. Néanmoins, le formalisme paraît présenter certaines limites, au regard notamment de ce qu'est le droit dans son essence (c'est-à-dire dans sa « forme » au premier sens qui a été donné à ce terme) : il sera, en effet, soutenu que le droit peut faire l'objet d'une définition téléologique. De ce point de vue, la mise en lumière d'une essence téléologique – sorte de forme « non-formelle » – du droit permettra de mieux situer le formalisme en droit : en effet, si ce dernier est – et doit être – prépondérant, l'essence téléologique du droit permet d'expliquer pourquoi il ne peut pas être strictement et exclusivement formel.

8. La présente réflexion se fonde donc sur les deux grandes significations qui ont été données à l'idée de « forme » : en raison des vertus qui sont celles du formalisme, la pensée et la pratique juridiques doivent d'abord se fonder sur des ressorts qui relèvent de la « forme » au second sens du terme (à savoir, des ressorts marqués du sceau de l'explicite et de l'apparent) ; mais, en raison de l'essence téléologique du droit – c'est-à-dire de sa « forme » au premier sens du terme –, celui-ci ne saurait se satisfaire d'une appréhension strictement formelle pour répondre à la vocation qui est la sienne. C'est ce qui explique pourquoi le droit peut être conçu comme étant – et devant être – à prépondérance formelle (I), mais qu'il n'est pas – et qu'il ne doit pas être – davantage qu'à prépondérance formelle (II).

I. Le droit est – et doit être – à prépondérance formelle

9. Pour bien comprendre ce que recouvre l'idée de « prépondérance formelle », il faut dès à

présent préciser que sa caractérisation ne repose pas sur des raisons *ontologiques* mais, bien plus simplement, sur des raisons *pratiques*. L'« ontologie » peut se définir comme le discours qui porte sur l'essence des choses⁴¹. Or, si l'on parle ici de « prépondérance formelle », ce n'est pas pour désigner quelque chose qui relèverait *ontologiquement* du droit, même s'il est vrai que la plupart des théories juridiques s'inscrivent dans les cadres du formalisme pour donner une définition de celui-ci⁴². Il existe, néanmoins, des propositions théoriques alternatives qui sortent de ces cadres formalistes en adoptant, par exemple, une ontologie téléologique – et donc non-formelle – de la juridicité. D'un point de vue ontologique, il n'est donc pas inenvisageable d'adopter une définition non-formelle du droit.

10. Cela étant, ce n'est pas parce que la définition du droit n'est pas nécessairement formelle que celui-ci ne peut pas présenter une « prépondérance formelle » : dans cette hypothèse, le formalisme du droit s'expliquerait, non pas par des raisons *ontologiques*, mais par des raisons essentiellement *pratiques*. Pour résumer, le droit peut *ontologiquement* ne pas être défini de manière formelle, tout en appelant, pour des raisons *pratiques*, une certaine formalisation qui peut aller jusqu'à prendre une part prépondérante.

11. Afin de clarifier ce propos, il est possible de partir d'une ontologie téléologique déterminée en définissant, par exemple, le droit par sa *fonction spécifique de direction publique des conduites*⁴³. Quoique non-formelle, une telle définition implique déjà, en elle-même, une certaine *formalisation* : en effet, la direction publique des conduites est inévitablement marquée du sceau de l'hétéronomie⁴⁴, ce qui suppose un minimum de *formulation* – qui est le premier degré de la *formalisation* – afin que la règle puisse être communiquée à ses destinataires. Néanmoins, ce premier degré de « mise en forme » n'est pas nécessairement « l'expression d'un formalisme »⁴⁵ : c'est la raison pour laquelle le formalisme doit être compris comme « une accentuation de la

41. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, op. cit., p. 715.

42. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2022, p. 117 et s.

43. P. Amselek, *Chemineements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. « Le temps des idées », 2012, p. 255.

44. *Ibid.*, p. 153 et s.

45. V. Champeil-Desplats, « L'idée de formalisme dans la pensée juridique française du xx^e siècle », *RRJ* 2019, n° 5, p. 1753.

forme juridique »⁴⁶. Pour comprendre la nuance, il est possible d'évoquer les micro-sociétés primitives dont on peut soutenir qu'elles n'étaient pas étrangères au phénomène juridique : en effet, la fonction de direction publique des conduites – qui caractérise, par hypothèse, la juridicité – y était bien remplie⁴⁷. Et pourtant, cette fonction « juridique » était mise en œuvre de manière très peu formalisée puisqu'elle reposait, pour l'essentiel, sur des ressorts oraux⁴⁸. C'est la raison pour laquelle il serait inadéquat de parler de « formalisme juridique » pour décrire le fonctionnement de ces sociétés, alors même qu'existait, d'un point de vue téléologique, une véritable « expérience juridique »⁴⁹. Aussi, ce n'est que conjoncturellement que cette fonction juridique s'est complexifiée et, par conséquent, formalisée. Cette remarque permet d'ailleurs de préciser que ce n'est pas au « droit » en général qu'est ici attribuée la « prépondérance formelle », mais au droit conçu comme « système »⁵⁰. Et si, dans une perspective téléologique, le droit peut très bien ne pas être conçu comme un « système »⁵¹, ce n'est qu'à partir du moment où il se *systématise* que ce dernier peut prendre l'allure d'une « prépondérance formelle ». En résumé, il n'y a aucune nécessité ontologique à ce que le droit se présente toujours comme un véritable « système » puisqu'à nouveau, ce sont des raisons essentiellement pratiques qui expliquent sa systématisation – et donc sa formalisation –, ce qui permet de parler ici de « système formel » et même de « système à prépondérance formelle ».

12. C'est ainsi que le formalisme juridique s'explique, très certainement, d'abord par des considérations *pratiques*. Avant d'en recenser les principales vertus (B), il s'agira de montrer que la « prépondérance formelle » du droit trouve une explication dans le rejet de ce qui sera désigné ici par l'idée d'a-formalisme (A).

A. Une véritable prépondérance formelle s'expliquant par les inconvénients de l'a-formalisme

13. La mise en lumière des inconvénients de l'a-formalisme (2) suppose, au préalable, de préciser ce que cette idée recouvre et ce qu'elle révèle du formalisme juridique (1).

1. Les manifestations de l'a-formalisme : le recours à l'implicite

14. Avant d'expliquer son succès par les vertus qui lui sont propres, le formalisme trouve une justification dans les inconvénients de l'a-formalisme. Tout en reconnaissant le caractère byzantin, le choix de ce terme s'explique par la volonté de le *distinguer* du formalisme (comme l'exprime le préfixe « a- »), sans pour autant l'*opposer* radicalement à ce dernier (ce qu'aurait pu laisser entendre l'utilisation d'une notion comme celle d'« anti-formalisme »). Autrement dit, l'a-formalisme sort du cadre formaliste tout en pouvant très bien se concilier avec lui.

15. Évoquer, dans un premier temps, l'a-formalisme permettra de mieux comprendre ce que recouvre le formalisme en droit. Si ce dernier prétend se fonder sur l'« apparent »⁵², c'est qu'il tend à exclure au maximum le recours à l'« inapparent ». En ce sens, Frédéric Rouvière va même jusqu'à considérer que « le trait caractéristique du droit est son rapport à l'implicite »⁵³. Il faut d'ailleurs préciser que cette exclusion de l'« inapparent » ne concerne pas uniquement ce qui est purement « implicite », mais aussi ce qu'il peut y avoir d'« implicite » dans l'« apparent » : en effet, il est possible que des éléments apparaissent explicitement en droit tout en impliquant un recours à l'« implicite » à travers la mobilisation de ressorts dits « a-formels » (lesquels s'inscrivent, par définition, à rebours de l'idéal « formaliste »). Cela dit, il n'est pas aisé de déterminer ce qui répond pleinement à cet idéal

46. *Ibid.*

47. P. Amselek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, op. cit., p. 264 (v. infra, n° 50 et s.).

48. J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979, p. 45.

49. P. Amselek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, op. cit., p. 264.

50. À cet égard, il est significatif que Michel van de Kerchove et François Ost rattachent l'idée de « système » au « droit moderne » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988, p. 9, p. 12, p. 14 et p. 19).

51. P. Amselek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJ* 2007, n° 2, p. 560.

52. V. supra, n° 4 et 5.

53. F. Rouvière, « Le formalisme comme essence du raisonnement juridique », préc., p. 1906.

tant les frontières peuvent être poreuses entre ce qui relève du formalisme et ce qui se rattache davantage à l'a-formalisme. Les quelques manifestations de l'a-formalisme présentées dans les lignes qui suivent permettront, néanmoins, de mieux percevoir cette dialectique de l'« apparent » et de l'« inapparent » qui se situe au cœur de l'idéal formaliste.

16. Il apparaît, en effet, que le droit repose sur un certain nombre de techniques et d'opérations qui semblent déborder le formalisme en cela qu'elles impliquent de recourir à des ressorts a-formels. Sans prétendre à l'exhaustivité, on retiendra quelques illustrations tirées des grands types d'opérations juridiques : qu'il s'agisse de modes juridiques de direction des conduites, de raisonnements juridiques, de contrôles juridiques ou encore de certaines formes de rationalisation doctrinale.

17. En ce qui concerne la direction des conduites, le droit positif peut aussi bien contenir des énoncés précis que des énoncés très généraux qui confinent parfois à l'imprécision ou au vague. Les exemples typiques sont les hypothèses d'imprécision dans le contenu – comme c'est le cas des principes dits « généraux » – et/ou d'imprécision dans l'action à réaliser – comme c'est le cas des énoncés d'objectifs qui, s'ils indiquent certains résultats à atteindre, ne précisent cependant pas les moyens propres à les réaliser⁵⁴. D'un point de vue formel, ces normes vagues se présentent comme des données juridiques *explicites*, c'est-à-dire comme des *apparents* (puisqu'elles sont explicitement consacrées par un énoncé positif). Ce faisant, elles s'inscrivent *a priori* dans les cadres formalistes par le simple effet de leur adoption. Et pourtant, on peut aussi estimer que les normes vagues répondent moins à l'idéal formaliste que les normes précises⁵⁵ et plus classiques⁵⁶ : en effet, une règle précise pourra plus facilement faire l'objet d'un syllogisme, alors qu'une norme vague appellera, pour son application, d'autres considérations plus *implicites* et donc *extra-formelles*⁵⁷.

À titre d'illustration, un énoncé classique du type « A doit faire B » conduira le sujet A à devoir réaliser l'action B prescrite ; en revanche, un énoncé consacrant un objectif du type « l'objectif de A est d'atteindre C » (ou « A doit réaliser le résultat C ») conduira le sujet A à devoir atteindre le résultat C sans néanmoins que ne lui soient indiqués les moyens propres à atteindre ce résultat (ici, l'action concrète que A doit réaliser est purement *implicite* dans l'énoncé) : dans ce cas, le destinataire A devra mettre en œuvre des moyens qu'il ne peut pas identifier *formellement* dans l'énoncé positif (ce qui fait que la mise en œuvre de ce dernier repose, en partie, sur des considérations *extra-formelles*). Cette première illustration permet de montrer que l'idéal formaliste ne se satisfait pas simplement de données juridiques *explicites* – comme le sont les énoncés d'objectifs – mais qu'il appelle, plus précisément, des données juridiques qui impliquent de ne pas avoir à recourir à des *données implicites* pour pouvoir être mises en œuvre.

18. Pour compléter ce qui vient d'être dit, on sait aussi que le syllogisme constitue « l'horizon idéal des raisonnements juridiques »⁵⁸. Néanmoins, les observateurs ont depuis longtemps montré qu'il existait d'autres formes de raisonnements – non-formels – mais, surtout, que le formalisme du syllogisme n'était le plus souvent qu'apparent. Une illustration symptomatique peut être tirée des raisonnements généralement tenus par le Conseil constitutionnel : en effet, les décisions de ce dernier ont pu être significativement qualifiées d'« hyperformalistes » en cela que leur caractère déductif paraît être, « non seulement dominant, mais exclusif »⁵⁹. Et pourtant, une prise de distance révèle l'utilisation d'« arguments politiques » (*policy arguments*) : ces derniers correspondent à des raisons qui, en tant qu'elles sont « non-déductives »⁶⁰, s'inscrivent à rebours de l'idéal formaliste du syllogisme. Cet exemple symptomatique suffit à montrer que le raisonnement juridique, même quand il prend les allures du formalisme, mobilise aussi bien des sources

54. Ph. Chapal, « Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère "prospectif" », *AIDA* 1968, p. 325.

55. En notant que la « précision » de la règle n'est pas forcément incompatible avec une certaine « généralité » (*infra*, n° 38).

56. G. Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP* 1996, n° 78, p. 376 et p. 385.

57. C. Stamatis, *Argumenter en droit*, Publisud, 1995, p. 174.

58. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit*, *op. cit.*, p. 394.

59. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *préc.*, p. 5.

60. *Ibid.*, p. 23.

(formelles) que divers types de ressources (plus implicites en droit)⁶¹.

19. À la charnière entre la question du raisonnement et celle des contrôles juridiques, se trouve tout un ensemble d'opérations qui ne s'inscrivent qu'imparfaitement dans les cadres du formalisme en cela qu'elles impliquent aussi la mobilisation de données implicites. On peut, par exemple, mentionner les évaluations en termes de proportionnalité, de bilan ou de conciliation. Ces différentes opérations ont en commun de ne pas pleinement se satisfaire des exigences formelles du syllogisme classique⁶² : en effet, on considère généralement que leur mise en œuvre repose sur un dépassement de « l'application mécanique de la règle »⁶³ en cela qu'elles impliquent certaines appréciations extra-formelles⁶⁴. C'est la raison pour laquelle Frédéric Alhama a, par exemple, pu qualifier la conciliation d'« opération fondamentalement politique »⁶⁵, Frédéric Rouvière insistant sur « la coloration politique de la balance des intérêts »⁶⁶ et Denis Baranger d'estimer que la proportionnalité constituait « le mode par excellence du *policy argument* »⁶⁷.

20. S'agissant des contrôles juridiques, ceux-ci peuvent, non seulement mobiliser des ressorts a-formels dans leurs raisonnements, mais aussi avoir pour objet direct de contrôler des données qui sont elles-mêmes de nature a-formelle. Le cas typique est celui du contrôle des éléments psychologiques (tels que les buts ou les intentions). Raymond Goy a, ainsi, montré que ce type de contrôles « suppose une part importante d'induction et de présomption »⁶⁸ qui déborde, par définition, les cadres strictement formels : en effet, les intentions sous-jacentes aux actes juridiques sont des éléments qui, pour exister,

n'ont pas besoin d'être formalisés. C'est ce qui explique pourquoi les juges, lorsqu'ils contrôlent les intentions, doivent, à défaut de pouvoir se fonder sur une pure constatation⁶⁹, procéder à des inductions et établir des présomptions afin de forger leur conviction⁷⁰. En ce sens, les éléments psychologiques, non seulement sont de nature a-formelle, mais impliquent aussi, pour leur contrôle, des opérations qui débordent les stricts cadres formels.

21. Enfin, d'autres opérations juridiques peuvent recourir à des ressorts a-formels, à l'instar de la rationalisation doctrinale. En ce domaine, une des illustrations typiques est celle de l'élaboration de notions dites « fonctionnelles » : en effet, ces dernières débordent le formalisme en cela qu'elles résultent, le plus souvent, de la difficulté qu'il y a à forger de véritables « notions conceptuelles », lesquelles sont censées être définies « logiquement »⁷¹. Georges Vedel a précisément insisté sur l'impossibilité d'envisager les notions fonctionnelles du point de vue de leur « contenu logique »⁷² ou selon « les critères logiques habituels »⁷³. Par suite, l'un des avantages imputés aux notions fonctionnelles est qu'elles permettent « une élucidation de formes de rationalité proprement juridiques, distinctes de la logique formelle »⁷⁴.

2. Les inconvénients de l'a-formalisme : l'appel problématique à la subjectivité

22. Les quelques illustrations qui précèdent permettent de mettre en lumière l'inconvénient principal qu'il y a à recourir à des ressorts a-formels : l'a-formalisme, en tant qu'il se fonde sur l'*implicite*, a pour principal défaut de faire appel à la *subjectivité*. Cette dernière peut tout simplement se définir comme la démarche qui juge

61. D. Baranger, *La Constitution*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2022, p. 55 et s.

62. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Thèses », 2014, p. 137.

63. F. Rouvière, « La proportionnalité en quête de mesure », *RTD civ.* 2018, n° 1, p. 257.

64. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pr. », 2004, p. 449 et s.

65. F. Alhama, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Dalloz, coll. « NBT », 2018, p. 60.

66. F. Rouvière, « Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ? », *RTD civ.* 2021, n° 4, p. 980.

67. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *préc.*, p. 27.

68. R. Goy, *Éléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français*, th. Paris, 1958, p. 26.

69. J. Philibert, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, th. Bordeaux, 1931, p. 85.

70. J. Lemasurier, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *RDP* 1959, p. 43.

71. G. Vedel, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* », *JCP* 1948, I., n° 682, n° 11.

72. *Ibid.*

73. G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP* 1950, I., n° 851, n° 4.

74. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, n° 4, p. 647.

« selon ses impressions, ses goûts, ses habitudes ou ses désirs individuels »⁷⁵. Du point de vue juridique, la subjectivité ne pose pas uniquement problème pour le scientifique du droit – au regard de l'exigence de neutralité –, mais aussi pour ses acteurs, notamment dans la mise en œuvre des quelques opérations sus-identifiées.

23. Par exemple, en ce qui concerne la direction des conduites, les règles vagues qui sortent des canons formalistes appellent inévitablement une appréciation subjective de la part de leurs destinataires⁷⁶. Comme l'affirme, par exemple, Pierre de Montalivet, « toute norme finaliste doit laisser une marge d'appréciation » puisque « c'est la nature des objectifs qui justifie la liberté [du destinataire] »⁷⁷. Cette circonstance explique pourquoi certains auteurs préfèrent utiliser l'idée de « déclinaison » pour désigner la mise en œuvre particulière de ces normes : en effet, contrairement à la manière dont on conçoit généralement l'« application » d'une norme, la « déclinaison » exige de son destinataire qu'il « "invente" la solution »⁷⁸. On perçoit bien ici l'appel à la subjectivité des destinataires, laquelle n'est pas sans poser problème puisqu'elle peut recouvrir un transfert implicite du pouvoir jurislatif⁷⁹, voire même être assimilée à une forme d'arbitraire⁸⁰ contre lequel le formalisme est, justement, censé présenter des garanties.

24. En ce qui concerne les évaluations et contrôles en termes de proportionnalité, de bilan, et de conciliation : ils prennent aussi leur distance avec le formalisme, non seulement parce qu'ils remettent en cause l'idée d'application

mécanique de la règle, mais aussi parce que leur mise en œuvre ne peut se faire sans un minimum d'appréciation subjective⁸¹. Peinant à s'inscrire dans les cadres du formalisme, ces opérations sont ainsi souvent rapprochées du contrôle de l'opportunité⁸². Or, si l'évaluation en opportunité est bien « hors norme »⁸³, c'est qu'elle est, dans une certaine mesure, affaire de « choix »⁸⁴. En ce sens, Danièle Lochak juge que le contrôle de la nécessité – dans l'évaluation de la proportionnalité – « n'est qu'un des avatars de l'opportunité, dès lors [qu'elle] ne ressort pas d'un constat objectif mais d'une appréciation subjective »⁸⁵. De manière plus générale, l'auteur qualifie ce type de contrôles de « dosage très arbitraire ne [pouvant] se fonder que sur une évaluation parfaitement subjective »⁸⁶.

25. Par ailleurs, le contrôle des données a-formelles que constituent les éléments psychologiques pose aussi problème du point de vue de la subjectivité. En effet, « la preuve d'une intention est [...] plus difficile à rapporter que celle d'un événement matériel »⁸⁷. Se pose alors la question de savoir comment en assurer le contrôle alors même que ces données psychologiques ne sont, par définition, pas manifestées explicitement. Le défaut de formulation des intentions doit inévitablement conduire l'entité de contrôle à faire preuve d'« audace » et d'« hardiesse »⁸⁸. Cette démarche n'est pas sans poser problème au regard de l'impartialité qui est attendue du juge : en effet, l'incertitude quant aux données psychologiques conduit à un risque d'arbitraire⁸⁹ par lequel l'entité de contrôle pourrait substituer l'intention qu'il croit identifier à celle réellement

75. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, op. cit., p. 1037.

76. C. Stamatis, *Argumenter en droit*, op. cit., p. 147.

77. P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « BPC », 2006, p. 526.

78. G. Timsit, « Les deux corps du droit », préc., p. 389.

79. B. Tardivel, *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, th. Montpellier I, 2002, dir. J.L. Autin, p. 374 et s.

80. J.-F. Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité », in B. Faure (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 40.

81. P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, n° 4, p. 754, n° 16.

82. J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, p. 436.

83. P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 271.

84. D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, STH, 1990, p. 77.

85. *Ibid.*, p. 95, note 20.

86. *Ibid.*, p. 114.

87. J.-P. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pu. », 1970, p. 55.

88. R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *RDP* 1952, p. 310 et p. 311.

89. C. Ballandras-Rozet, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA* 2007, n° 41, p. 2240.

poursuivie par l'auteur de l'acte⁹⁰. C'est ainsi que Georges Vedel a pu estimer qu'« il y a toujours un intérêt en droit à disposer des procédés techniques des plus simples [qui] dispense[nt] de toute recherche psychologique et [qui] s'obtient[nent] par la considération de simples éléments objectifs, dont l'existence ou l'inexistence peut être démontrée de façon relativement commode »⁹¹.

26. Enfin, le présent propos peut aussi être illustré par la critique d'une certaine subjectivité dans l'élaboration des « notions fonctionnelles ». Sans que cet aspect soit ici le plus significatif, il a pu être remarqué que « la métanotion de notion fonctionnelle [était] elle-même trop fonctionnelle »⁹² : en effet, la doctrine se contente parfois « d'accoler cette étiquette »⁹³ à travers des qualifications qui paraissent plus subjectives – car dépendant du choix du chercheur – qu'objectives (ce qui serait le cas si la qualification de « notion fonctionnelle » résultait d'une « recherche approfondie »⁹⁴, c'est-à-dire d'une véritable « démonstration » et non d'un simple « choix » fait par le chercheur).

27. Ces quelques illustrations permettent de montrer que l'inconvénient majeur de l'a-formalisme est l'appel problématique qu'il fait à la subjectivité. Norberto Bobbio estimait que « c'est précisément parce que dans le domaine du droit la certitude est désirable, qu'il arrive que les critères objectifs remplacent, tant que possible, les critères qui laissent une ample marge aux jugements subjectifs »⁹⁵. En ce sens, la prise de distance par rapport à la « normativité formelle » est généralement perçue comme « dangereuse par principe »⁹⁶ : en effet, « la formalisation des cas, le respect des formes et l'attachement aux textes sont bien les remparts inventés par le droit pour éviter [...] de sombrer dans des appréciations subjectives »⁹⁷.

B. Une véritable prépondérance formelle s'expliquant par les vertus du formalisme

28. Si, reprenant l'hypothèse de Michel Villey – selon laquelle « on fit le droit lui-même [...] de ce qui n'était auparavant que pensée de l'homme sur le droit »⁹⁸ –, alors tous les avantages attribués au formalisme juridique doivent d'abord être appréhendés comme des visées que se donnent, non seulement les *systèmes positifs*, mais aussi et d'abord les *systèmes de pensée* du droit. Il a été rappelé que « le formalisme est constitutif des juristes »⁹⁹, ce qui ne saurait être sans conséquences sur l'objet que ces derniers contribuent à informer. Avant d'exposer quelques-unes des principales vertus pratiques du formalisme pour le droit positif (2), il est possible de revenir succinctement sur certaines des considérations qui expliquent la prépondérance formelle de la pensée juridique (1).

1. Les vertus du formalisme pour la « pensée juridique » : la prépondérance formelle du système de pensée

29. La prépondérance formelle de la « pensée juridique » s'explique, pour l'essentiel, par les vertus pratiques que celle-ci tire du formalisme. Pour les besoins de la réflexion, ces avantages proprement pratiques seront directement imputés au système positif¹⁰⁰. C'est ce qui permet ici de ne retenir que les vertus propres à la « pensée juridique » : ainsi, la prépondérance formelle de cette dernière peut s'expliquer par diverses raisons, qu'il s'agisse de considérations méthodologiques, déontologiques et même psychanalytiques.

30. En ce qui concerne, d'abord, les considérations *méthodologiques* : est ici visée la rigueur dans le raisonnement et l'analyse juridiques. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que « c'est dans la logique et les mathématiques [...]

90. H. Ebrein, *Théorie du détournement de pouvoir*, th. Lyon, 1901, p. 120.

91. G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, 1934, p. 166.

92. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », préc., p. 648.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. Perelman (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruylant, 1965, p. 239.

96. F. Brunet, *La normativité en droit*, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 593.

97. F. Rouvière, « La proportionnalité en quête de mesure », préc., p. 257.

98. M. Villey cité par J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1970, p. 16.

99. P. Brunet, « Le formalisme : invariant ou variable ? », *RHFD* 2015, n° 35, p. 432.

100. *V. infra*, n° 33 et s.

que les juristes la trouvent d'abord »¹⁰¹, ce qui explique pourquoi la pensée juridique marque souvent son « attachement à une épistémologie rigoureuse inspirée du formalisme logico-mathématique »¹⁰². À travers ces diverses exigences – « formalisme, rigueur, abstraction »¹⁰³ – c'est, en effet, « l'esprit même des mathématiques qui est insufflé dans le droit »¹⁰⁴. Jean Hauser évoquait, pour sa part, les « classifications et subdivisions empreintes de sagesse qui donnent une solution pratique à des problèmes immédiats »¹⁰⁵ : par cette phrase, on perçoit bien que ces diverses exigences méthodologiques ne sont pas sans lien avec les avantages pratiques que procure le formalisme. À cet égard, le syllogisme reprendrait à son compte l'un des intérêts fondamentaux imputés au formalisme en cela que, par application de principes tirés de la logique formelle¹⁰⁶, ce raisonnement déboucherait sur une conclusion qui ne serait « pas le fait d'une création volontaire et subjective mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective »¹⁰⁷ jugée satisfaisante d'un point de vue de la rigueur poursuivie en méthodologie juridique.

31. La prépondérance formelle du système de pensée s'explique ensuite par des considérations d'ordre *déontologique* : en effet, la pensée formaliste permettrait de ne pas superposer des champs de légitimité distincts puisqu'elle offrirait l'avantage de ne pas empiéter sur la décision politique¹⁰⁸. C'est cette raison qui a notamment justifié le recours à un « formalisme interpréta-

tif »¹⁰⁹, non seulement dans l'activité des juges, mais aussi et surtout dans celle de la doctrine.

32. Enfin, des considérations d'ordre *psychanalytique* sont aussi parfois avancées. Pour Jerome Frank¹¹⁰, par exemple, le droit offre à l'homme un référent qui se substitue à la figure du père et sur lequel il peut compter dans un monde imprévisible. La forme juridique lui permettrait donc « de retrouver la satisfaction émotionnelle d'évoluer dans un univers aussi stable et prévisible que le monde enfantin »¹¹¹. Face à ce « Père-comme-Juge-Infailible »¹¹² qu'est le droit, les juristes se présentent comme des « rationalisateurs [...] professionnels » qui cherchent « à recréer l'image de la certitude »¹¹³ en postulant « un horizon de certitude juridique »¹¹⁴.

2. Les vertus du formalisme pour le « droit positif » : la prépondérance formelle du système positif

33. Si le formalisme de la « pensée juridique » est déterminant pour comprendre le formalisme du droit positif, il s'agit à présent d'en exposer les quelques vertus pratiques principales.

34. Au préalable, il faut rappeler que la première étape du formalisme est la *formulation* du droit positif et, plus précisément, sa mise à l'écrit. Si les théories de l'interprétation ont bien insisté sur la relative indétermination du langage¹¹⁵ – accentuée par l'« essentielle solitude » de l'écrit¹¹⁶ –, ce dernier présente cependant un certain nombre d'avantages par rapport à l'oralité¹¹⁷. Gérard Timsit a ainsi mis en lumière ce qu'il identifie comme une véritable « révolution de l'écrit-

101. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit*, op. cit., p. 47.

102. L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 78.

103. F. Rouvière, « Le raisonnement juridique comme mathématisation de l'argumentation », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 666.

104. *Ibid.*

105. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit., p. 24.

106. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit*, op. cit., p. 397.

107. P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, n° 39, p. 197.

108. A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, 3^e éd., Pedone, 2018, p. 257.

109. P. Alvazzi Del Frate, « Formalisme et interprétation : considérations sur la doctrine des Lumières », in M. Boudot et alii (dir.), *Formalisme et néoformalisme*, LGDJ, coll. « Actes et colloques », 2017, p. 58.

110. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », préc., p. 650.

111. *Ibid.*

112. J. Frank cité par G. Tusseau, *ibid.*

113. *Ibid.*, p. 651.

114. *Ibid.*

115. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 334.

116. M. Blanchot cité par G. Timsit, *Les figures du jugement*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, p. 11.

117. D. Howes, « De l'oralité et de la lettre de la loi », *Droit et société* 1996, n° 32, p. 27 et s.

ture »¹¹⁸ : un tel « changement de statut ontologique »¹¹⁹ a d'ailleurs conduit certains auteurs à qualifier le droit de « religion du texte »¹²⁰ et à insister sur l'« intimité ontologique »¹²¹ qui existe désormais entre celui-ci et l'écrit (ce que caractérise, justement, une certaine « culture juridique moderne de la forme »¹²²).

35. Par suite, le premier avantage généralement imputé au formalisme est la *certification*¹²³, laquelle permet une certaine *officialisation*¹²⁴. En effet, la forme constitue « le sceau de la volonté juridique arrêtée »¹²⁵ et permet de la marquer « du signe de la valeur du droit positif »¹²⁶. Pour ce dernier, « la solennité devient alors un élément constitutif »¹²⁷ qui lui confère « une force additionnelle »¹²⁸ : on retrouve ici la fameuse « force de la forme » mise en lumière par Pierre Bourdieu¹²⁹.

36. Le formalisme permet ensuite une certaine *conservation*. En effet, le langage est par nature « éphémère »¹³⁰ et sa mise à l'écrit constitue d'abord une « méthode d'enregistrement de la parole »¹³¹. Or, si le droit est essentiellement un phénomène de langage, il peut tirer du formalisme de grands profits, notamment en termes de stabilité et de pérennité. Ces dernières doivent, en effet, être assurées « dès lors qu'il est admis que, s'adressant à la conscience des individus, la normativité juridique entretient un certain rapport à la durée »¹³² : en ce sens, la

normativité suppose une certaine anticipation de la part de ses destinataires et se doit de « ménager le temps nécessaire pour qu'[ils] en reçoivent le sens »¹³³. C'est ainsi que « la forme se dresse [...] contre l'anéantissement du droit »¹³⁴, celui-ci ne pouvant « obéir à un principe d'instantanéité »¹³⁵. On retrouve d'ailleurs cette idée dans le préambule de la Déclaration de 1789, justement déclarée afin qu'elle soit « *constamment* présente à tous les membres du corps social »¹³⁶. À cet égard, la relative rigidité du droit ne saurait être dépassée que par ce qu'on appelle communément – et significativement pour notre réflexion – une *réforme*.

37. En lien avec cette idée de conservation, le formalisme est aussi au service de l'*accessibilité* du droit. On retrouve à nouveau cette idée dans la phrase précitée du préambule de la Déclaration de 1789, laquelle doit être « *présente* à tous les membres du corps social »¹³⁷. Pour le juriste français, l'*accessibilité* évoque instantanément l'*intelligibilité* puisque ces deux notions forment, ensemble, un objectif de valeur constitutionnelle¹³⁸. Cette idée se retrouve à nouveau dans le préambule de la Déclaration de 1789 lorsqu'elle renvoie « aux principes *simples* et *incontestables* »¹³⁹. Le formalisme se propose d'y répondre à travers des *formulations* claires et des raisonnements *formels* qui participent à l'« idéal de certitude »¹⁴⁰ déjà évoqué.

118. G. Timsit, *Les figures du jugement*, op. cit., p. 45 et p. 50.

119. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, vol. 64, p. 41.

120. A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, op. cit., p. 253.

121. S. Rials, « *Veritas iuris* », préc., p. 138.

122. *Ibid.*, p. 118.

123. R.-E. Charlier, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE* 1951, n° 5, p. 50.

124. H. Rottleuthner, « Forme juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 271.

125. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 188.

126. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Sirey, 1925, p. 95.

127. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », préc., p. 750.

128. D. Howes, « De l'oralité et de la lettre de la loi », préc., p. 28.

129. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », préc., p. 43.

130. J. Goody, « L'oralité et l'écriture », *Communication et Langues* 2007, n° 154, p. 6.

131. *Ibid.*

132. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 200.

133. *Ibid.*

134. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », préc., p. 750.

135. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 200-201.

136. Nous soulignons.

137. Nous soulignons.

138. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, § 13.

139. Nous soulignons.

140. N. Bobbio, « Considérations introductives sur le raisonnement des juristes », *Rev. int. philos.* 1954, vol. 8, n° 27-28, p. 69.

38. Par ailleurs, le formalisme permet aussi la *généralisation*¹⁴¹ – significativement qualifiée de « rationalité formelle »¹⁴² –, laquelle conduit à une certaine *égalisation*¹⁴³. Cette dernière procède de l'abstraction¹⁴⁴ – sorte de détachement des formes – dont Pierre Bourdieu a pu montrer qu'elle permettait « de passer d'une logique qui est immergée dans le cas particulier à une logique indépendante du cas particulier »¹⁴⁵. Cette visée juridique est notamment rendue nécessaire par le fait que « l'individualité est comme telle rebelle à la rationalisation et qu'elle ne se laisse ordonner que par les formes »¹⁴⁶. C'est ainsi que « l'argumentation en faveur du légalisme s'appuie surtout sur le caractère nécessaire et suffisant [...] d'un régime de droit garantissant l'égalité formelle de tous les individus devant la loi »¹⁴⁷. En ce sens, la loi est significativement définie, par l'article 6 de la Déclaration de 1789, comme « l'expression de la volonté *générale* »¹⁴⁸ et doit, selon cette même disposition, être « *la même pour tous* »¹⁴⁹.

39. Le formalisme répond aussi à l'exigence de *précision* et donc de *certitude* dont ne saurait se passer le droit¹⁵⁰. Comme il a été dit, « c'est précisément parce que dans le domaine du droit la certitude est désirable, qu'il arrive que les critères objectifs remplacent, tant que possible, les critères qui laissent une ample marge aux

jugements subjectifs »¹⁵¹. En effet, le formalisme « minimise l'équivoque et le flou »¹⁵² et a ainsi pour fonction de « prouver »¹⁵³. Son utilité est d'ailleurs souvent mise en avant dans l'administration des divers modes de preuve que le droit mobilise¹⁵⁴. Pour Ihering, « la facilité et la sûreté du diagnostic » constituent, à cet égard, « le grand avantage de la forme »¹⁵⁵.

40. Le formalisme a pour autre vertu la *prévisibilité*. En ce sens, Pierre Bourdieu a montré qu'« un droit formel assure la calculabilité et la prévisibilité »¹⁵⁶. Dans l'ordre institutionnel et social, Georg Jellinek distinguait trois grands types de garanties – sociale, politique et juridique – en affirmant de la dernière qu'elle se distingue des deux autres en ce que son action « peut être calculée d'une manière certaine »¹⁵⁷. Cette conclusion n'est pas sans rappeler la fonction qu'impute Niklas Luhmann au droit¹⁵⁸ : fondé sur ce qu'il identifie comme une « double contingence »¹⁵⁹ (« je ne sais pas ce que l'autre sait, mais je sais qu'il ne sait pas ce que je sais »), le droit a, selon l'auteur, pour fonction de pallier ce problème afin de réduire la complexité sociale¹⁶⁰. Ainsi, par la vertu de prévisibilité, la forme juridique supprime cette double contingence : désormais, « je sais que je vais respecter la norme, mais je sais en même temps que cela est vrai pour autrui »¹⁶¹. Au problème de l'« intransparence »¹⁶² sociale,

141. Il faut préciser ici que la « généralisation » dont il est question n'est pas forcément synonyme de « imprécision » (v. *supra*, n° 17) : en effet, une règle peut très bien être *générale* – au sens où elle s'adresse à une classe abstraite de sujets – sans forcément être *imprécise* – dans le sens où cette classe de sujets, ainsi que l'action qui doit être réalisée par ces derniers, peuvent être précisément définies par la règle (F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2018, p. 200-201).

142. C. Stamatis, *Argumenter en droit*, op. cit., p. 147.

143. R. Ihering, *L'évolution du droit*, 3^e éd., Chevalier-Marescq, 1901, p. 234-235.

144. A. Schiavone, *L'invention du droit en Occident*, op. cit., p. 274 et s.

145. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », préc., p. 43.

146. J. Freund, *L'essence du politique*, Dalloz, 2004, p. 265.

147. B.-S. Jackson, « Légalisme », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 340.

148. Nous soulignons.

149. Nous soulignons.

150. F. Gény, *Science et technique*, t. 3, op. cit., p. 102.

151. N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », préc., p. 239.

152. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », préc., p. 42.

153. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », préc., p. 750.

154. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 67-69.

155. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 189.

156. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », préc., p. 43.

157. G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, t. 2, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2005, p. 570.

158. H. Rabault, « Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et Société* 2014, n° 86, p. 209.

159. *Ibid.*, p. 221.

160. *Ibid.*, p. 222 et s.

161. *Ibid.*, p. 223.

162. *Ibid.*, p. 221.

le droit répond donc par une forme de « rationalité transparente »¹⁶³ qui permet de répondre aux « préoccupations de sécurité de l'homme moyen »¹⁶⁴. Par ailleurs, la prévisibilité peut aussi être rapprochée de la généralisation sus-évoquée puisque cette dernière recouvre, non seulement l'exigence d'une application à des cas similaires, mais suppose aussi l'antériorité de la norme aux faits¹⁶⁵. C'est d'ailleurs cette idée qui est au fondement des articles 5, 7 et 8 de la Déclaration de 1789¹⁶⁶ et, plus généralement, au cœur de l'idée de sécurité juridique, raison pour laquelle certains auteurs ont pu parler de « formalisme de sécurité »¹⁶⁷.

41. Enfin, le formalisme est aussi appréhendé comme un vecteur de *neutralité* et d'*impartialité*¹⁶⁸. Il ne faut, bien évidemment, pas se leurrer sur la réalité de ces dernières qui ne sont jamais absolues¹⁶⁹. Néanmoins, les acteurs du droit préfèrent se fonder sur des critères objectifs afin, justement, de réduire la part des considérations subjectives dans leurs diverses appréciations. En ce sens, « la mise en forme du droit permet d'occulter la part d'arbitraire inhérente à son fonctionnement »¹⁷⁰. Par ailleurs, certains auteurs ont insisté sur la limitation, par la forme, du caractère « agonistique » des représentations verbales¹⁷¹ et, *a fortiori*, du droit, mettant ainsi en lumière les vertus pacificatrices de la formalisation¹⁷².

42. D'autres avantages pratiques pourraient, bien évidemment, être évoqués pour mettre en lumière les mérites qui sont ceux du formalisme en droit¹⁷³. Les quelques vertus citées suffisent cependant à révéler son apport principal, que l'on peut résumer à travers l'idée d'*objectivité* :

cette dernière notion permet d'insister sur la distance que la pratique juridique souhaite prendre avec la *subjectivité* – justement, critiquée dans le recours aux ressorts a-formels¹⁷⁴ –, l'objectivité étant précisément le « caractère de ce qui est objectif »¹⁷⁵, c'est-à-dire de ce qui « se présente à la vue »¹⁷⁶. On retrouve ici l'idée d'« apparence » qui caractérise, par hypothèse, le formalisme puisque c'est à travers lui que « l'invisible devient visible »¹⁷⁷ et que « l'inanimé s'anime »¹⁷⁸.

43. Si le formalisme trouve bien son sens dans l'objectivité qu'il apporte, il ne s'agit pas simplement de constater que le droit s'inscrit dans les cadres du formalisme, mais d'affirmer qu'il se *doit* de le faire : le formalisme du droit – à travers tout ce qu'il véhicule (rationalité, intelligibilité, accessibilité, objectivité, prévisibilité, certitude, etc.) – est d'abord un horizon à atteindre et une tâche à laquelle les décideurs et la doctrine doivent s'atteler au quotidien. D'aucuns peuvent affirmer qu'il y a illusion à estimer que ce dernier *puisse* prétendre à l'objectivité – et à l'évidence il ne le pourra jamais absolument – ; cependant, le droit sera toujours plus rationnel en s'illusionnant sur sa capacité à l'être, qu'en partant du principe qu'il ne l'est pas et qu'il ne pourra donc jamais l'être. Le formalisme, et l'objectivité qu'il véhicule, sont donc ici conçus comme des idéaux auxquels doivent tendre les efforts de la pensée et de la pratique juridiques.

44. Les quelques réflexions qui précèdent permettent ainsi d'expliquer pourquoi le caractère formel du droit est – et doit, très certainement, être – *prépondérant*. Cependant, « prépondérance » ne signifie pas « exclusivité », le droit ne

163. D. Howes, « De l'oralité et de la lettre de la loi », préc., p. 28.

164. B. Chenot cité par G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », préc., p. 651.

165. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 200.

166. J.-M. Carbasse, « Légalité des délits et des peines », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 921.

167. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 62.

168. F. Colonna d'Istria, *Philosophie du droit et pratique des juristes*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2021, p. 284.

169. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit*, op. cit., p. 398 et s.

170. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », préc., p. 751.

171. D. Howes, « De l'oralité et de la lettre de la loi », préc., p. 31.

172. F. Colonna d'Istria, *Philosophie du droit et pratique des juristes*, op. cit., p. 288.

173. S. Saunier, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, op. cit., p. 723 et s.

174. V. *supra*, n° 22 et s.

175. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, op. cit., p. 702.

176. *Dictionnaire Littré*, v° « Objet ».

177. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 197.

178. J.-P. Andrieux, « Formes et procédures », préc., p. 750.

pouvant pas être *strictement et exclusivement* formel : en effet, si le droit peut être conçu comme un système à prépondérance formelle, il ne doit pas l'être sans nuance. C'est ainsi que le formalisme doit parfois savoir céder pour que le droit puisse répondre pleinement à la vocation qui est la sienne, faisant de ce dernier un système marqué par une simple prépondérance formelle.

II. Le droit n'est – et ne doit être – qu'à prépondérance formelle

45. Si le formalisme a triomphé, c'est parce que ses avantages ont prévalu, non seulement par rapport aux inconvénients de l'a-formalisme, mais aussi par rapport à ses propres limites. À cet égard, ce sont notamment ces dernières qui expliquent pourquoi le règne du formalisme n'est pas absolu : en effet, si le caractère formel du droit est ici simplement qualifié de « prépondérant », c'est notamment en raison des limites qui lui sont inhérentes. En ce sens, la prépondérance formelle n'implique pas la forme pour la forme : il s'agit là d'« un formalisme fonctionnel et raisonné »¹⁷⁹ – ou d'un « formalisme réfléchi et utilitaire »¹⁸⁰ – qui laisse une place non-négligeable à l'action de ressorts a-formels en droit. Ces derniers, en cela qu'ils débordent les stricts cadres formels, permettent de suppléer aux limites du formalisme juridique (A) par les assouplissements qu'ils lui apportent (B).

A. Une simple prépondérance formelle s'expliquant par les limites du formalisme

46. Évoquer les limites du formalisme ne revient, bien évidemment, pas à faire tomber le discours dans un anti-formalisme dont le droit ne saurait se satisfaire. Néanmoins, il n'est pas envisageable que le droit soit strictement et absolument formel. C'est la raison pour laquelle il ne doit l'être que dans la mesure du nécessaire, c'est-à-dire de manière simplement *prépondérante*.

47. Il s'agit donc à présent de comprendre pourquoi une marge peut être offerte, en droit, à des

techniques dont certains des ressorts sont a-formels. Cela s'explique d'abord par les limites du formalisme dont il s'agit de présenter les grandes lignes. Pour ce faire, il est possible de partir de la critique qui lui est généralement opposée et qui lui donne sa connotation péjorative : Julien Freund a, par exemple, pu estimer que « le respect purement formaliste [...] n'est que mépris impie et cynique de la loi » et que « l'attitude la plus perverse consiste à la parodier » (l'auteur définissant justement la parodie comme « un travestissement injurieux des formes »¹⁸¹). Ce type de critiques repose généralement sur des exigences qui sont considérées comme plus fondamentales que l'idéal formaliste. Il est ici possible de synthétiser la question en concentrant la critique sur deux plans que sont celui de l'« être » du droit – ou de ce qu'il donne à voir de lui – et celui de son « devoir-être » – ou de ce que l'on attend de lui.

48. Pour bien comprendre la réflexion qui suit, il faut au préalable préciser le sens de la démarche adoptée. Cette dernière se fonde sur une approche *téléologique* de l'ontologie du droit. On a précédemment rappelé que l'essence du droit – c'est-à-dire sa « forme » au premier sens donné à ce terme – pouvait ne pas être purement *formelle*¹⁸². L'adoption d'une approche téléologique pour élucider l'essence de la juridicité s'explique ici, non seulement par l'attrait de telles théories, mais aussi parce que ce type de démarches s'oppose, en tout point, au formalisme définitionnel¹⁸³ : en ce sens, il ne paraît pas inintéressant de confronter la question générale du formalisme à un cadre définitionnel qui prend, justement, ses distances avec le formalisme (en pariant sur le fait que cette confrontation permettra de mieux saisir la place qui est celle du formalisme en droit). En bref, adopter une définition téléologique du droit permet d'expliquer pourquoi le formalisme ne saurait être *exclusif*, sans néanmoins que cela ne conduise à remettre en cause sa *prépondérance* d'un point de vue pratique.

179. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, op. cit., p. 146.

180. F. Génry, *Science et technique*, t. 3, op. cit., p. 103.

181. J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 264.

182. V. supra, n° 9 et s.

183. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit*, op. cit., p. 53.

49. Aussi, cette approche prend le contre-pied de la démarche qui a notamment été adoptée par François Colonna d'Istria. Ce dernier, pour mettre en lumière la place fondamentale de la formalisation dans la « pratique juridique », propose de caractériser cette dernière indépendamment de la définition qui peut être donnée au droit : selon l'auteur, « le concept ontologique du droit n'a rien d'une fatalité ; la pratique des juristes [étant] suffisamment robuste et articulée pour être décrite en elle-même »¹⁸⁴. Autrement dit, François Colonna d'Istria propose une élucidation des caractères propres de la « pratique juridique » en « suspendant l'ontologie juridique »¹⁸⁵. Par cette démarche, l'auteur est arrivé à la conclusion selon laquelle la « formalisation » constituait la fonction spécifique de la « pratique juridique »¹⁸⁶ (ce qui confirme bien la prépondérance formelle du droit conçu comme système de pensée¹⁸⁷). Sans remettre en cause cette conclusion, il s'agit ici d'en amender la démarche en *suspendant la « suspension de l'ontologie juridique »*¹⁸⁸. Autrement dit, le propos qui suit se fonde sur l'idée selon laquelle l'ontologie du droit peut avoir des conséquences sur la pratique et, par conséquent, sur la place du formalisme en droit.

50. La démarche téléologique adoptée ici prend, en réalité, une double direction. En effet, le droit sera, non seulement tenu pour un *instrument*, mais aussi pour une *institution* : la dimension instrumentale sera caractérisée par un premier élément téléologique qu'est la *fonction*, alors que la dimension institutionnelle sera caractérisée par un second élément téléologique qu'est la *finalité* (ou idée d'œuvre). Pour le dire très simplement, la finalité est ici conçue comme l'horizon de la fonction (cette dernière remplissant le rôle de moyen pour réaliser des finalités plus

lointaines¹⁸⁹). Pour ce qui est de la définition instrumentale (ou fonctionnelle), il est possible de partir des conclusions tirées par Paul Amselek qui définit précisément le droit à travers sa fonction spécifique de direction publique des conduites¹⁹⁰. Quant à la définition institutionnelle (ou finaliste) du droit, elle prend pour l'essentiel appui sur les travaux de François Brunet¹⁹¹. Pour résumer cette double perspective téléologique, le droit est – c'est son « être » – conçu comme un instrument de direction publique des conduites ; mais, en tant qu'institution gouvernée par une idée d'œuvre, on attend de lui qu'il réalise certaines finalités – c'est son « devoir-être » (ou ce qui est attendu de lui par-delà sa fonction). C'est à partir de ces deux points de vue – « être » (1) et « devoir-être » (2) du droit – que le formalisme révèle certaines de ses limites principales.

1. Les limites du formalisme tenant à l'« être » du droit

51. Le formalisme peut d'abord être critiqué sur le plan de l'« être » du droit positif (ou de ce qu'il donne à voir de lui) : en effet, ce dernier est loin d'être doté d'une rationalité et d'une complétude formelles absolues¹⁹².

52. Si le droit peut être défini par sa fonction spécifique de direction publique des conduites, c'est parce qu'il constitue un ensemble d'actes d'autorité adoptés par des autorités publiques¹⁹³. Cette considération est au moins déterminante à deux égards pour ce qui concerne le rapport qu'entretient cette fonction spécifique avec la question du formalisme.

53. Le fait que le droit procède d'autorités publiques a une première conséquence. Comme leur épithète l'indique, les autorités dites « publiques » sont en charge de la gouverner du « public », c'est-à-dire d'une population

184. F. Colonna d'Istria, *Philosophie du droit et pratique des juristes*, op. cit., p. 13.

185. *Ibid.*, p. 76.

186. *Ibid.*, p. 241 et s.

187. V. *supra*, n° 29 et s.

188. Cela étant dit, cette « suspension de la suspension de l'ontologie » peut se rapprocher de la recontextualisation parfois nécessaire à laquelle François Colonna d'Istria fait référence en mettant en lumière les limites de la forme (*Philosophie du droit et pratique des juristes*, op. cit., p. 291 et s.).

189. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud et Gay, 1933, p. 99.

190. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, op. cit., p. 219 et s.

191. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 147 et p. 259.

192. C. Stamatis, *Argumenter en droit*, op. cit., p. 243.

193. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, op. cit., p. 259 et p. 351.

humaine déterminée¹⁹⁴. De ce point de vue, la direction publique doit, le plus souvent, se faire *générale*. C'est ainsi qu'Étienne Picard a, par exemple, mis en lumière l'existence d'une « dialogue d'exigences contraires »¹⁹⁵ que sont l'aspiration à une direction *générale* des conduites et la nécessité qu'il y a à la concrétiser pour l'appliquer aux cas *particuliers*. Cette fonction de direction publique des conduites implique donc l'adoption de normes « imparfaitement ou incomplètement élaborée[s] pour résoudre chaque cas »¹⁹⁶. À son tour, cette « inévitable imperfection du sens »¹⁹⁷ des normes implique qu'une décision soit prise pour leur mise en œuvre. En résumé, la fonction spécifique du droit, de par la vocation qui est la sienne de diriger le « public », ne peut être dotée d'une complétude formelle absolue et doit, par conséquent, faire appel à des ressorts qui sortent de la stricte logique formelle pour être appliquée.

54. En second lieu, le fait que le droit procède d'autorités publiques permet aussi de rappeler que son imperfection n'est pas simplement *structurelle* – en cela que le droit ne peut pas faire autrement que d'être structurellement imparfait –, mais aussi *conjoncturelle* puisque les autorités publiques peuvent être défaillantes dans l'exercice de leur fonction de direction des conduites (à travers l'adoption d'actes intelligibles, irréalistes, lacunaires, antinomiques, etc.). Face à des telles malfaçons normatives, le recours aux ressorts du formalisme peut paraître bien limité.

Cette considération trouve une illustration typique dans la question des actes juridiques antinomiques. Pour résoudre ce problème, certains auteurs ont pensé pouvoir mobiliser le principe logique de non-contradiction¹⁹⁸ : l'application d'un principe tiré de la logique formelle aux normes juridiques devrait avoir pour conséquence d'aboutir à la conclusion – logique – de

la nullité des deux normes contradictoires ou du moins à la nullité de l'une d'entre elles (comme c'est le cas lorsqu'il y a contradiction véritable entre deux propositions « Socrate est malade » / « Socrate n'est pas malade »). Or, tel n'est pas ce qui se passe en droit¹⁹⁹ : en effet, l'hypothèse de la nullité est infirmée par la simple observation du droit positif dont les normes, quoiqu'antinomiques, demeurent bien en vigueur. Néanmoins, ce n'est pas parce que ce problème ne relève pas de la *logique formelle* qu'il ne doit pas être résolu : en effet, il existe, d'un point de vue *pratique*, une véritable exigence de cohérence du droit. C'est en ce sens qu'on peut dire que le droit, selon sa *logique pratique*, se doit d'être cohérent sans que les ressorts de celle-ci ne relèvent de la *logique au sens formel*. Ainsi, deux normes antinomiques demeurent bien en vigueur et supposent une résolution pratique pour leur application, ce qui peut éventuellement conduire à l'exclusion de l'une d'entre elles (exclusion qui n'est pas, en la matière, synonyme de nullité). Si l'on insiste ici sur l'exemple des antinomies normatives, c'est bien parce qu'il touche au cœur de la présente réflexion : croire que les principes de la logique formelle s'appliquent directement au droit peut faire tomber dans l'illusion que les solutions existent en puissance dans le formalisme²⁰⁰. Or, si le problème des antinomies normatives ne relève pas de la logique formelle, c'est que le principe de leur résolution doit être trouvé ailleurs. En ce sens, la plupart des auteurs insistent sur la nécessité qu'il y a à opter pour « un rapport préférentiel *ad hoc* »²⁰¹ : ce type de solutions repose généralement sur des ressorts a-formels²⁰² qui sont eux-mêmes gouvernés par des exigences plus fondamentales²⁰³, lesquelles recouvrent souvent un ensemble de finalités que l'on souhaite voir réalisées par le droit et qui constituent, pour lui, un « devoir-être ».

194. *Ibid.*, p. 260.

195. E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », *Revue juridique de l'USEK* 2009, n° 10, p. 107.

196. *Ibid.*

197. *Ibid.*, p. 108.

198. O. Pfersmann, « Antinomie », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 68.

199. *Ibid.*, p. 69.

200. C. Stamatis, *Argumenter en droit*, op. cit., p. 253 et s.

201. *Ibid.*, p. 258.

202. *Ibid.*, p. 266.

203. Ph. Gérard, « Antinomie », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 39.

2. Les limites du formalisme tenant au « devoir-être » du droit

55. Le formalisme peut aussi être critiqué sur le plan du « devoir-être » du droit (ou de ce qui est attendu de lui). Si l'on considère que le droit n'est pas simplement un *instrument* – caractérisé par sa fonction spécifique de direction publique des conduites –, mais aussi une *institution*, alors cela signifie que sa fonction est elle-même finalisée (par ce que les institutionnalistes appellent parfois une « idée d'œuvre »²⁰⁴). La finalité, par définition, n'est pas toujours réalisée puisqu'elle constitue un idéal pour celui qui la poursuit. Concevoir le droit dans une perspective institutionnaliste permet donc de lui imputer une (ou des) finalité(s) idéale(s), non-nécessairement réalisée(s), mais à laquelle (ou auxquelles) celui-ci *doit* tendre. C'est la raison pour laquelle on parle ici de « devoir-être » du droit : il s'agit, par là, de désigner ce que l'on attend de lui au-delà de la mise en œuvre de sa fonction spécifique de direction publique des conduites. En ce sens, François Brunet estime que, « si elle apparaît certainement d'abord comme une technique, la normativité juridique ne l'est [...] pas seulement : la technicité ne vaut qu'à proportion de ce pour quoi elle a été créée »²⁰⁵.

56. À cet égard, le formalisme est parfois jugé comme une entrave au bon fonctionnement du droit et à la juste réalisation des finalités que ce dernier poursuit²⁰⁶ (ce qui doit conduire à nuancer l'idée selon laquelle l'expression « excès de formalisme » serait un oxymore²⁰⁷). Pour comprendre plus fondamentalement pourquoi le droit ne peut se contenter de la forme pour la forme, Gilles Dedeurwaerder a synthétisé les deux grandes dynamiques qui orientent son application : il s'agit, d'une part, de la *sécurité juridique* – que sert le formalisme – et, d'autre part, de l'*adaptation* – qui suppose justement

un assouplissement du formalisme²⁰⁸. Cela étant, le formalisme et son adaptation ne valent ni par eux-mêmes, ni uniquement par les vertus qui sont respectivement les leurs (à savoir, l'objectivité pour le formalisme, et la souplesse pour l'adaptation). C'est ce qui doit conduire à chercher leurs sens respectifs dans ce *qui est attendu téléologiquement – et donc ontologiquement – du droit*. François Brunet estime, en ce sens, que « si le droit peut autoriser un dépassement de sa propre rigueur [...], cela tient à des données propres et internes au droit, c'est-à-dire à la nécessité d'adapter le droit à ses finalités »²⁰⁹. À titre d'illustration, on rappellera simplement les quelques finalités fondamentales qui sont le plus souvent invoquées pour justifier le dépassement du formalisme juridique : à savoir, la justice, la protection des libertés et l'intérêt général.

57. Selon Frederick Schauer, le formalisme juridique se caractérise par « sa tendance à prendre ses propres règles et mots au sérieux même quand ils constituent (dans certains cas) une injustice »²¹⁰. Après avoir rappelé que la rationalité est, certes, « la première vertu du droit »²¹¹, Neil MacCormick et Ota Weinberger ont cependant pu considérer que, « sans sens de la justice, la seule rationalité peut fournir des raisons à ce qu'il est, en réalité, irraisonnable de faire »²¹². En effet, « la "conquête du formalisme" a son revers » en cela « qu'il s'enferme dans la pure neutralité ou l'idée de justice n'a pas de place »²¹³. On retrouve ici la critique classique de l'idéologie formaliste qui consiste à privilégier « la cohérence des décisions les unes par rapport aux autres, fut-ce au détriment du sens de l'équité »²¹⁴. En disant cela, on ne veut cependant pas dire que le formalisme serait étranger à toute idée de justice puisque, comme le précise François Ost, « les différents aspects du formalisme juridique [...], loin de se réduire à de simples caractéristiques techniques,

204. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », préc., p. 98 et s.

205. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 157.

206. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 172 et s.

207. P. Cassia, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, n° 2, p. 296.

208. G. Dedeurwaerder, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Dalloz, coll. « NBT », 2010, p. 107 et s.

209. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 265.

210. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 34.

211. N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, LGDJ-Story Scientia, coll. « La pensée juridique moderne », 1992, p. 219.

212. *Ibid.*

213. P. Brunet, « Le formalisme : invariant ou variable ? », préc., p. 428.

214. B.-S. Jackson, « Légalisme », préc., p. 340.

sont [aussi] des conditions substantielles de production du juste »²¹⁵ (ce que marque, par exemple, la définition « formelle » de la justice à laquelle Frédéric Rouvière fait référence pour définir la forme spécifique du raisonnement juridique²¹⁶). Néanmoins, si le formalisme prend parfois une tournure péjorative, c'est qu'on estime que celui-ci ne répond pas à certaines exigences plus fondamentales telles que l'idée de justice²¹⁷.

58. Le même type de conclusion peut valoir pour la finalité de protection des libertés en ce sens que le formalisme doit parfois savoir céder pour en assurer la garantie. Il faut à nouveau préciser que, si « toute forme est une limite »²¹⁸, le formalisme peut aussi constituer une « garantie pour la liberté »²¹⁹. Sans nier la tension qui existe entre le formalisme et la liberté, cette dernière peut en effet trouver, dans le premier, un véritable support, non seulement *interne* pour éviter qu'elle ne se mue elle-même en licence²²⁰ – la forme limitant ici l'arbitraire de la liberté –, mais aussi *externe* afin que la liberté puisse être préservée des atteintes qui pourraient lui être portées de l'extérieur – la forme limitant ici l'arbitraire du pouvoir²²¹. C'est en ce sens que la forme a pu être conçue comme « la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir »²²² : en effet, l'« extension du formalisme juridique et du légalisme a pour ainsi dire tempéré le style de l'autorité »²²³ et rassuré « les

membres de la collectivité par une délimitation claire de la sphère de la contrainte »²²⁴. Ihering ne pensait pas autre chose lorsqu'il percevait la forme comme l'« ennemie jurée de l'arbitraire [et] la sœur jumelle de la liberté »²²⁵. Dans cette perspective, le formalisme est bien conçu comme étant au service des droits, en cela qu'il offre le plus souvent des garanties pour ces derniers, mais qu'il doit aussi parfois s'effacer lorsque leur protection l'exige²²⁶.

59. Enfin, la dernière grande finalité qui est aussi souvent imputée à l'institution-droit est la réalisation de l'intérêt général. Il faut à nouveau préciser que ce dernier n'est pas non plus complètement étranger au formalisme, non seulement parce qu'il suit des processus de formalisation²²⁷, mais aussi parce qu'on peut légitimement estimer qu'il est d'intérêt général que le droit soit gouverné par un certain formalisme²²⁸. Cela dit, l'intérêt général peut, lui aussi, conduire à écarter les exigences du formalisme (comme l'illustre sa fonction bien connue de dérogation²²⁹). À cet égard, l'intérêt général constitue une manifestation particulièrement typique de ce qui relève, selon la présente réflexion, de l'a-formalisme puisqu'on estime, le plus souvent, qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle²³⁰, ayant une véritable coloration politique²³¹ et qui, en tant que norme, constitue une directive générale – pour ne pas dire « vague » – de nature finaliste et implicite²³²,

215. F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, p. 25.

216. F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in A. Flückiger et T. Tanquerel (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruylant, 2015, p. 121 et s.

217. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 408 et s.

218. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 219.

219. *Ibid.*

220. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 164.

221. N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre, « Regards croisés sur le formalisme », in N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre (dir.), *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 4.

222. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Dalloz, 2002, p. 441.

223. J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 104-105.

224. *Ibid.*, p. 264.

225. R. Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 164.

226. S. Lavric, « Formalisme de l'article 115 *versus* droit à un procès équitable : l'appréciation de la CEDH », *AJ pénal* 2016, n° 10, p. 484; E. Maupin, « Un excès de formalisme qui nuit au droit d'accès au juge », *AJDA* 2022, n° 21, p. 1190.

227. N. Nivert, *Intérêt général et droits fondamentaux*, th. La Réunion, 2012, dir. L. Sermet, p. 131 et p. 159.

228. On retrouve une conclusion de ce type dans l'idée selon laquelle l'ordre public – composante de l'intérêt général – participe à « secréter » le principe de légalité – manifestation du formalisme (E. Picard, *La notion de police administrative*, t. 2, LGDJ, 1984, p. 545 et s.).

229. V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, p. 252 et s.

230. *Ibid.*, p. 370.

231. *Ibid.*, p. 41.

232. G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, op. cit., p. 321 et s.

dont l'application confine à des appréciations en termes d'opportunité²³³ et fait fi de la hiérarchie formelle des normes²³⁴.

60. En résumé, l'approche téléologique permet d'envisager les fonctions et les finalités qui sont attendues du droit. Quelle que soit leur teneur, celles-ci peuvent justifier un dépassement du formalisme dès lors que ce dernier n'est plus apte, par les ressorts qui sont les siens, à les réaliser. En ce sens, l'approche téléologique permet de révéler certaines des limites du formalisme mais aussi de mieux comprendre l'utilité que peut avoir, en la matière, la mobilisation de ressorts juridiques a-formels.

B. Une simple prépondérance formelle s'expliquant par l'utilité des ressorts juridiques a-formels

61. Il n'est pas rare que des ressorts a-formels soient mobilisés pour assouplir les rigidités du formalisme juridique (1). Néanmoins, cette mobilisation doit rester subsidiaire, confirmant par là la prépondérance formelle qui doit être celle du droit (2).

1. Une fonction d'assouplissement du formalisme

62. C'est notamment en raison de la place qu'occupent les ressorts a-formels en droit qu'il est permis d'affirmer que ce dernier n'est qu'à *prépondérance* formelle (sans l'être *exclusive*). On peut même penser que, du fait de la souplesse dont le droit a besoin, les ressorts a-formels *doivent* toujours pouvoir trouver une place, empêchant par là le droit d'être plus qu'à *prépondérance* formelle. L'utilité qui est celle des ressorts a-formels, dans un cadre où le formalisme est prépondérant, peut tout simplement être résumée par l'idée d'*assouplissement* : en effet, il apparaît que l'ensemble des manifestations de l'a-formalisme apporte une certaine

« souplesse » pour, précisément, palier « la lourdeur des formes »²³⁵.

63. Pour reprendre les quelques illustrations utilisées dans les propos qui précèdent, on perçoit d'abord cette vertu d'assouplissement dans les normes à contenu vague (telles que les normes d'objectifs). Ces modes de direction des conduites s'expliquent notamment par la volonté de laisser une marge d'appréciation – et donc de souplesse – aux destinataires²³⁶. L'exemple typique est celui des directives européennes : selon l'article 288 TFUE, la directive lie son destinataire « quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Ce type de normativité présente une dimension a-formelle indéniable en cela qu'il assume l'« implicite » par son absence d'*information* quant aux moyens à adopter. Cette illustration suffit à montrer que l'idée est d'apporter une souplesse dans la direction des conduites afin de permettre aux destinataires d'adopter les moyens les plus adaptés.

64. Par ailleurs, les évaluations en termes de proportionnalité, de bilan et de conciliation, sont aussi marquées par l'idée d'assouplissement²³⁷ : en effet, la doctrine leur attribue généralement la vertu de « remettre en cause l'application mécanique de la règle »²³⁸. Otto Pfersmann a significativement mis en lumière cette idée de souplesse en montrant que ce type d'opérations permettait de passer de la logique juridique traditionnelle du « tout-ou-rien » à une logique plus souple et moins tranchée du « plus-ou-moins »²³⁹. Ce faisant, elles répondent à un certain « idéal du "sur-mesure" »²⁴⁰ qui n'est autre qu'une adaptation souple aux circonstances et aux besoins²⁴¹.

65. Cette idée d'assouplissement apparaît aussi dans les types de contrôle qui portent sur des données a-formelles (telles que l'intention ou le

233. D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE*, n° 50, 1999, p. 368.

234. *Ibid.*, p. 364.

235. N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre, « Regards croisés sur le formalisme », préc., p. 5.

236. F. Schauer, *Penser en juriste*, op. cit., p. 32-33.

237. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, op. cit., p. 457 et p. 459.

238. F. Rouvière, « La proportionnalité en quête de mesure », préc., p. 257.

239. O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in O. Pfersmann et G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 28.

240. F. Rouvière, « La proportionnalité en quête de mesure », préc., p. 257.

241. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 411.

but). En effet, ces appréciations consistent « à ne pas limiter le respect du droit à une vue étroite de la légalité qui n’engloberait que le droit objectif »²⁴². Il s’agit donc de situer le regard au-delà de ce qui *apparaît* (formes et formulations) pour précisément juger l’*inapparent* (puisque’il est ici question du vice « le plus caché »²⁴³). C’est ainsi que ces types de contrôle ont été élaborés pour combler ce qui apparaissait comme une lacune²⁴⁴ en permettant aux juges – par une « application souple »²⁴⁵ – de censurer des actes qui présentaient formellement toutes les « apparences » de la légalité²⁴⁶.

66. Enfin, on retrouve cette idée d’assouplissement dans certaines hypothèses de rationalisation doctrinale, notamment à travers l’élaboration des « notions très souples »²⁴⁷ que constituent les notions fonctionnelles. En effet, l’inévitable imperfection du droit impose parfois à l’observateur une certaine souplesse : comme l’écrivait Jean Hauser, « tout système insuffisamment souple risque de ne pouvoir comprendre tous les aspects mouvants et complexes de l’action juridique »²⁴⁸. En ce sens, l’une des vertus imputées aux notions fonctionnelles est de permettre des rationalisations doctrinales plus souples car « distinctes de la logique formelle »²⁴⁹.

67. En matière juridique, la forme pour la forme ne saurait donc être tolérée. Cela étant, l’assouplissement pour l’assouplissement n’aurait, lui non plus, aucun sens : comme il a été dit, ni la forme ni l’assouplissement ne valent pour eux-mêmes. C’est la raison pour laquelle le formalisme doit parfois pouvoir céder et l’adaptation être encadrée. On retrouve ici les idées de proportion et de mesure qui se situent au

cœur de la question juridique²⁵⁰ : selon François Brunet, une « “mise en balance” est requise par le droit puisque le droit n’a d’autre sens qu’une mise en relation la plus juste qui soit »²⁵¹. Cette mise en balance concerne tous les aspects de la vie juridique. Il n’est donc pas inenvisageable de l’appliquer au rapport qu’entretient le formalisme avec l’a-formalisme. Or, si la mesure entend « rapporter un objet à la rationalité qui le justifie »²⁵², alors le rapport entre le formalisme et l’a-formalisme doit se référer à ce qui est attendu du droit : à savoir, la réalisation des finalités qui peuvent lui être imputées²⁵³. Cette visée suppose donc, parfois, de tempérer une rigidité formelle qui ne serait plus satisfaisante au regard des finalités poursuivies. Georges Vedel estimait, en ce sens, que « la pénétration de la finalité dans la théorie juridique » constituait un « correctif indispensable »²⁵⁴, les ressorts a-formels pouvant ainsi jouer le rôle d’une véritable « technique de “secours” »²⁵⁵. Comme l’affirmait, par ailleurs, Ihering, « abandonner le principe de l’empire *exclusif* de la loi [...], c’est arracher au droit l’aveu qu’il ne peut accomplir sa mission à l’aide de la loi seule »²⁵⁶ : on retrouve ici le dépassement – et donc l’idée d’assouplissement – du formalisme juridique. Néanmoins, dans cette « quête de mesure »²⁵⁷, l’idée soutenue ici est que celui-ci doit rester prépondérant. Par effet de miroir, cela signifie que les ressorts juridiques a-formels doivent remplir un rôle, certes important, mais simplement subsidiaire en la matière.

2. Une fonction subsidiaire par rapport au formalisme

68. Si les ressorts a-formels remplissent bien une fonction d’assouplissement, certains tempéraments doivent être apportés à leur utilisation en

242. F. Lombard, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, coll. « NBT », 2008, p. 326.

243. H. Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, op. cit., p. 28 et p. 119.

244. A. Bahuét, *Le détournement de pouvoir*, th. Paris, Pedone, 1912, p. 7.

245. L. Dubouis, *La théorie de l’abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pu. », 1962, p. 425.

246. H. Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, op. cit., p. 39-40 ; A. Bahuét, *Le détournement de pouvoir*, op. cit., p. 134.

247. G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », préc., n° 4.

248. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l’acte juridique*, op. cit., p. 70-71.

249. G. Tusseau, « Critique d’une métanotion fonctionnelle », préc., p. 647.

250. F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 408.

251. *Ibid.*, p. 410.

252. *Ibid.*, p. 409.

253. V. *supra*, n° 55 et s.

254. G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, op. cit., p. 433.

255. *Ibid.*, p. 486.

256. R. Ihering, *L’évolution du droit*, op. cit., p. 284.

257. F. Rouvière, « La proportionnalité en quête de mesure », préc., p. 257.

raison des limites importantes qui les frappent²⁵⁸. C'est la raison pour laquelle leur utilisation doit, pour l'essentiel, demeurer *subsidaire* dans un système à prépondérance formelle.

69. Cela étant dit, la position défendue ici doit, elle-même, faire l'objet de nuances. En effet, les techniques et opérations qui ont, jusqu'ici, été rattachées à l'a-formalisme sont loin d'être toutes subsidiaires en pratique (et il n'est d'ailleurs pas forcément désirable que cette subsidiarité les frappe toutes à un même degré). La « subsidiarité » dont il est question ne prétend donc à aucune systématisme : il s'agit simplement de soutenir l'idée selon laquelle le droit *doit tendre* au formalisme – par la mise en œuvre d'opérations excluant au maximum le recours à des données implicites –, et ce, autant que cela est possible et nécessaire (c'est-à-dire de manière prépondérante). Dit autrement, le droit doit tendre à exclure au maximum les opérations qui ne répondent pas adéquatement aux canons du formalisme, tout en laissant une marge d'action subsidiaire aux ressorts juridiques a-formels.

70. En réalité, cette subsidiarité se constate déjà dans la réticence générée – aussi bien chez les acteurs du droit que dans la doctrine²⁵⁹ – par les opérations et techniques qui ont été ici globalement rattachées à l'a-formalisme : qu'il s'agisse de la critique de principes vagues ou des énoncés d'objectifs ; de la critique d'un recours trop extensif au contrôle de proportionnalité ou au contrôle des éléments psychologiques sous-jacents aux actes juridiques ; ou encore de la critique qui a pu être faite d'une utilisation pas toujours justifiée des « notions fonctionnelles ». Bref, on peut dire que la subjectivité impliquée

par l'a-formalisme « rend frileuse son application par [des acteurs] en quête d'objectivité »²⁶⁰.

71. Cette réticence n'est pas sans influence quant à l'utilisation des ressorts a-formels en droit puisqu'on constate déjà en pratique une certaine subsidiarité dans leur usage (qui varie néanmoins selon la technique concernée). Par exemple, l'adoption d'énoncés d'objectifs – même si elle s'intensifie²⁶¹ – reste un mode de direction des conduites secondaire par rapport à l'utilisation de normes plus classiques. En matière de contrôle, on constate aussi une prudence dans les techniques qui portent leur regard sur les éléments psychologiques : Raymond Odent a, par exemple, jugé que le détournement de pouvoir était « le moyen sur le fondement duquel le nombre des annulations prononcées est, dans la pratique, le plus réduit, notamment parce qu'il n'est jamais retenu qu'à titre subsidiaire »²⁶². Ce constat vaut, *mutatis mutandis*, pour les autres techniques qui mobilisent le but des actes dans leur contrôle (comme c'est le cas du contrôle du but dans les contrats administratifs²⁶³ ou encore en contentieux constitutionnel dans lequel le Conseil constitutionnel se refuse toujours à contrôler – directement du moins – le but poursuivi par le législateur²⁶⁴). Ce constat de la subsidiarité aurait pu être illustré à divers autres niveaux d'analyse (comme, par exemple, dans les cas d'élaboration des notions fonctionnelles, dont Georges Vedel a pu dire qu'elles devaient être « toujours supplétives »²⁶⁵).

72. Il faut aussi préciser que, sur le plan pratique, cette subsidiarité n'est bien évidemment pas synonyme d'« infériorité » (comme on le voit, par exemple, avec les vices touchant aux buts, lesquels constituent des illégalités graves²⁶⁶). La

258. V. *supra*, n° 22 et s.

259. J.-P. Colson, *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 192.

260. C. Ballandras-Rozet, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *préc.*, p. 2237.

261. B. Tardivel, *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 145 et s.

262. R. Odent, *Contentieux administratif, Les cours de droit*, fasc. VI, IEP de Paris, 1981, p. 2011.

263. F. Lombard, *La cause dans le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 223 et p. 283. Le propos doit cependant être nuancé en ce qui concerne le droit privé, la théorie de l'ancienne cause faisant l'objet d'un usage pratique important, malgré les difficultés qu'elle peut poser et qui ont appelé une certaine canalisation (F. Terré, *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018, p. 447 et p. 607).

264. D. Rousseau et *alii*, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12^e éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2020, p. 348 et s.

265. G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *préc.*, n° 6.

266. G. Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », *RDP* 1966, p. 68 et s.

subsidiarité dont il est question constitue plutôt une tendance générale – un « climat »²⁶⁷ – qui tient à la prudence des acteurs juridiques dans le recours aux données a-formelles. Et s'il est ici conclu au caractère subsidiaire d'un tel recours, ce n'est pas d'abord au plan *pratique* – puisque toute une série d'arguments pourraient le tempérer²⁶⁸ –, mais sur le plan des *principes* : en effet, la subsidiarité dans l'utilisation des ressorts a-formels n'est que le pendant de la prépondérance formelle du droit.

73. On croit d'ailleurs trouver une confirmation de la subsidiarité de l'a-formalisme – et donc de la prépondérance formelle du droit – dans la tendance qu'il y a à « objectiver » le recours aux opérations et techniques a-formelles : cette « objectivation » n'est autre qu'une tentative d'inscrire lesdites opérations dans un cadre plus formel. Quelques exemples suffiront à illustrer cette tendance.

Concernant le contentieux de l'acte administratif unilatéral, Jean-Marie Auby a, par exemple, mis en lumière le fait qu'un certain nombre d'annulations étaient « teintées » de détournement de pouvoir²⁶⁹. C'est ce qui a notamment conduit Manuel Gros à montrer que ce vice « se révèle parfois malgré son absence formelle, à l'état latent »²⁷⁰ : l'auteur montre, en effet, que lorsque ce vice est manifeste, le juge a tendance à l'objectiver en se fondant, dès que possible, sur un autre moyen « d'apparence plus objective »²⁷¹.

Une logique similaire se retrouve dans le contentieux des contrats administratifs puisque l'illicéité de la cause subjective n'y est que rarement sanctionnée. Et pour cause, les observateurs ont insisté sur le « formalisme » particulièrement poussé en la matière²⁷². Frédéric

Lombard a néanmoins mis en lumière l'existence de « techniques d'inspiration causaliste »²⁷³ dont l'idée exprime la volonté qu'il y a à conserver les fonctions remplies par la cause – vectrice d'utilité et de justice²⁷⁴ – tout en les faisant jouer par d'autres techniques considérées comme plus objectives – d'où cette « inspiration causaliste ».

En matière de contentieux constitutionnel, les données a-formelles que constituent les buts poursuivis par le législateur n'ont, à ce jour, jamais fait l'objet d'un contrôle pour détournement de pouvoir. Néanmoins, le Conseil constitutionnel mobilise fréquemment ces buts pour mettre en œuvre d'autres techniques, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité ou, dans une moindre mesure, du contrôle du détournement de procédure. S'agissant de ce dernier, Valérie Goesel-Le-Bihan a cependant montré qu'il faisait, le plus souvent, l'objet d'« objectivations »²⁷⁵. Quant au contrôle de proportionnalité, celui-ci a bien une dimension a-formelle mais est considéré comme plus objectif que le contrôle du détournement de pouvoir – en cela qu'il est souvent assimilé à un simple contrôle de cohérence²⁷⁶ –, ce qui explique pourquoi il lui est préféré en contentieux constitutionnel (alors même qu'il en constitue une sorte de substitut²⁷⁷). Par ailleurs, on constate aussi une certaine objectivation dans la manière dont le Conseil constitutionnel mobilise les raisons a-formelles que constituent les *policy arguments*²⁷⁸. Denis Baranger a, en ce sens, mis en lumière l'« universalisation » dont elles font l'objet, en cela qu'elles sont le plus souvent « converties en “raisons juridiques” »²⁷⁹ : en effet, « tout se passe comme si le Conseil constitutionnel incorporait des bribes de *policy arguments* dans des raisonnements

267. D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pu. », 1977, p. 154.

268. V. par ex. L.-V. Fernandez-Maublanc, « Le prétendu déclin du détournement de pouvoir », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 242 et p. 245.

269. *Ibid.*, p. 242.

270. M. Gros, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *RDP* 1997, p. 1244.

271. *Ibid.*, p. 1247.

272. F. Lombard, *La cause dans le contrat administratif*, *op. cit.*, p. 324.

273. *Ibid.*, p. 321 et s.

274. *Ibid.*, p. 273 et s.

275. V. Goesel-Le-Bihan, « Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation », *RFDA* 2016, n° 6, p. 1251.

276. G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « BCSP », 2004, p. 267 et s.

277. *Ibid.*, p. 235.

278. V. *supra*, n° 18.

279. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *préc.*, p. 21.

présentés comme intégralement déductifs »²⁸⁰, celles-ci s’inscrivant ainsi dans la présentation hyperformaliste des décisions du Conseil.

D’autres exemples illustrant cette tendance à l’objectivation pourraient être donnés, comme le constat du « glissement vers le contrôle d’éléments d’ordre objectif » dans l’appréciation de l’abus de droit²⁸¹ ou encore lorsque Georges Vedel, répondant à l’objection selon laquelle les notions fonctionnelles étaient instables, affirmait qu’il ne fallait pas « exagérer » cet inconvénient puisque « la jurisprudence est amenée peu à peu à dresser un catalogue des principaux cas où elles trouvent application », assurant ainsi la stabilité et la prévisibilité « aussi bien que possible »²⁸².

* * *

74. La mise en balance des vertus et des limites du formalisme, confrontées aux inconvénients des données a-formelles, conduit à défendre l’idée selon laquelle le droit est – et doit être – à *prépondérance formelle* : par cette idée, on estime que, pour des raisons pratiques, le droit doit tendre à s’inscrire au maximum dans les cadres du formalisme à travers la mobilisation de données marquées du sceau de l’« apparence » et de l’« objectivité ». Cependant, « prépondérance » ne signifie pas « exclusivité » : en effet, une *exclusivité formelle* risquerait d’être sclérosante au regard de ce qui est attendu du

droit. C’est la raison pour laquelle le formalisme doit parfois céder afin de répondre de la manière la plus adéquate à certaines exigences plus fondamentales. Cet assouplissement nécessaire du formalisme prend notamment corps à travers la mobilisation subsidiaire de ressorts a-formels qui confirme l’idée selon laquelle le droit est bien à prépondérance formelle mais que ce formalisme ne saurait être plus que simplement prépondérant.

75. C’est ainsi que la réflexion qu’il s’agit de conclure se veut normative pour le droit en cela qu’elle prétend donner à ce dernier une mesure désirable : en effet, cherchant à établir, entre le formalisme et l’a-formalisme, une mesure – au sens d’*équilibre* –, elle propose une mesure – au sens de *norme* – selon laquelle le caractère formel du droit doit être prépondérant sans être davantage que simplement prépondérant. C’est à dessein que cette conclusion se présente de manière relativement vague afin d’éviter, elle-même, de tomber dans un excès de systématisation et de formalisation. De par sa généralité, elle permet surtout de rappeler que les choses du droit sont souvent affaire de mesure : ainsi, la détermination de la juste place du formalisme en droit ne saurait être formalisée plus avant sans ternir cette idée, a-formelle par excellence, selon laquelle la mesure de l’analyse juridique est d’être sur-mesure.

280. *Ibid.*, p. 24.

281. L. Dubouis, *La théorie de l’abus de droit*, *op. cit.*, p. 356.

282. G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *préc.*, n° 4.

Dossier

Le formalisme en droit

Relire ses classiques. Réflexions sur le formalisme contractuel

Gaël Chantepie

Professeur à l'université de Lille

À quoi reconnaît-on un classique ? Parmi plusieurs tentatives de définition, Italo Calvino suggère qu'ils exerceraient « une influence particulière aussi bien en s'imposant comme inoubliables qu'en se dissimulant dans les replis de la mémoire par assimilation à l'inconscient collectif ou individuel »¹. À chaque lecture, un classique ouvrirait de nouvelles pistes au lecteur, recomposées au gré de son évolution personnelle.

Assurément l'article consacré par Jacques Flour au formalisme fait figure de classique aux yeux des juristes, cité et exploité depuis plus d'un demi-siècle², au point d'avoir servi de fil directeur à une journée d'hommage à son auteur³.

L'étude est connue pour sa définition du formalisme, empruntée largement à Gény⁴, laquelle repose sur l'efficacité des formalités, plus que sur

leur objet : « Le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée "d'inefficacité juridique à un degré quelconque" »⁵. De cette définition découle d'ailleurs une autre thèse, particulièrement disputée, celle de l'assimilation entre les formalismes *ad validitatem* et *ad probationem*⁶.

Chacun se souvient surtout, évidemment, de l'opposition esquissée entre les positions respectives prêtées au législateur et au juge à l'égard du formalisme contractuel : le premier qui y verrait les avantages procurés par son rôle préventif ; le second qui constaterait les inconvénients attachés à la mise en œuvre d'une sanction lors du

-
1. I. Calvino, *Pourquoi lire les classiques*, trad. J.-P. Manganaro et C. Mileschi, coll. « Folio », Gallimard, 2018.
 2. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93.
 3. Association Henri Capitant, *Journée hommage à Jacques Flour, Defrénois* 2000, n° 15-16, p. 867.
 4. F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, p. 98-99 : « pour qu'il s'agisse de formes juridiques, à proprement parler, il faut encore, que les manifestations envisagées soient requises, à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque, des circonstances, proprement constitutives du droit, qu'elles ne font pourtant qu'enrober » (italiques dans l'original).
 5. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc., spéc. n° 4.
 6. *Ibid.*, n° 6. Sur cette question, v. not., I. Dauriac, « Forme, preuve et protection du consentement », in *Ruptures, mouvements et continuité de droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 403 ; L. Grynbaum, « La querelle des images (Pour la liberté de la preuve des contrats et... le renforcement du formalisme) », *ibid.*, p. 429. Pour une mise à l'épreuve des contrats conclus par la voie électronique, v. F. Binois, *Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique. Étude de droit civil*, PUAM, 2021.

procès⁷. La thèse paraît sans doute plus difficile à soutenir désormais⁸, au point d'avoir progressivement accédé au rang de lieu commun.

Moins discutée est, en revanche, la prémisse de la démonstration relative à la fonction du formalisme, celle d'encadrer les modes d'expression de la volonté. Appliqué au contrat, le formalisme s'opposerait au principe du consensualisme et aurait partie liée avec l'abandon de l'autonomie de la volonté. L'auteur concluait qu'« en la forme comme au fond, le législateur ne croit plus qu'il suffise que la volonté s'affirme pour se réaliser »⁹.

Sans même retenir une approche sociologique du formalisme, qui conduirait à l'assimiler aux modalités concrètes du processus de conclusion du contrat, peu important leur caractère impératif ou même leur origine légale¹⁰, celui-ci demeure sujet à des hésitations sur son domaine et sa nature¹¹. Si elle n'est plus « un élément d'identification des contrats, [la forme] demeure un élément de leur réglementation »¹². Le formalisme instituant du code civil aurait laissé sa place à des manifestations tournées vers la protection des contractants¹³. Le formalisme servirait ainsi de béquille à une volonté vacillante dans le droit contemporain des contrats.

Précisément, le formalisme informatif, symbole de sa renaissance sous des formes plus souples, est souvent présenté comme étant destiné à améliorer la qualité du consentement de l'une des parties, réputée en situation de fai-

blesse. Le consentement serait ainsi purgé, préventivement, des vices susceptibles de l'affecter. De nombreux auteurs font d'ailleurs le lien entre les mesures curatives du consentement et les mesures préventives, dont le formalisme informatif serait un maillon important, aux côtés des délais de réflexion et de rétractation¹⁴. La forme serait ainsi devenue « un élément d'accompagnement de la volonté contractuelle »¹⁵, ce qu'un auteur a qualifié d'interprétation « consensualiste du formalisme, ce dernier étant alors relégué au rang de simple technique destinée à favoriser la protection du consentement »¹⁶.

Mais ce lien, pertinent dans une approche volontariste du contrat, le reste-t-il encore dans un droit des contrats marqué par l'expansion de droits spéciaux de protection et l'introduction, en droit commun, de la figure du contrat d'adhésion¹⁷ ? Si le consentement de l'adhérent demeure effectivement un consentement au contrat, et ne lui fait pas perdre sa nature contractuelle, il témoigne d'une transformation du rapport à l'expression de la volonté des parties dans la majorité des contrats¹⁸. Le contrat de gré à gré, ancré sur un postulat volontariste, s'accommode d'un formalisme informatif, en dépit de l'atteinte qu'il fait subir au principe du consensualisme. La protection du consentement n'est pas, en revanche, l'enjeu du contrat d'adhésion, qui se place dans une perspective différente. Il s'agit bien plutôt d'encadrer la puissance

-
7. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc., spéc. n° 19.
 8. V. not., J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17^e éd., Sirey, 2022, n° 518; X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170, n° 3.
 9. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc., spéc. n° 18.
 10. V. ainsi, J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Éd. Yvon Blais, coll. « Le droit aussi... », 1998, p. 43, qui y intègre les procédures internes de l'entreprise, notamment ses propres formulaires et contrats-types.
 11. V. récemment, outre les études précitées, A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597; B. Nuytten et L. Lesage, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois* 1998, p. 497; N. Randoux, « *Réflexions actuelles sur le formalisme* », *JCP N* 2012, 1350; S. Tisseyre, « Le renouvellement du formalisme en droit commun des contrats », in N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre (dir.), *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, LGDJ, 2017, p. 97.
 12. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, n° 419.
 13. Rapp., X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 14.
 14. V. not., F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 340. V. également, N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988.
 15. J.-L. Aubert, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », in *Journée hommage à Jacques Flour*, *Defrénois* 2000, n° 15-16, p. 931.
 16. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 4. L'auteur critique ici le rôle de la doctrine qui, « en affirmant la primauté et la positivité du dogme consensualiste, [...] a[urait] favorisé les actuels débordements du formalisme en jurisprudence ».
 17. Sur l'incidence présentée par le contrat d'adhésion sur la théorie générale, v. not., T. Révet, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016/HS, p. 5.
 18. V. sur ce point, G. Chantepie, « Le consentement de l'adhérent », *RDC* 2019, p. 140.

de la volonté de son auteur, qui s'imposera à l'adhérent quelles que soient les formes retenues.

Postulons alors que les limites souvent relevées du formalisme informatif contemporain trouveraient leur explication dans un constat similaire : la protection du consentement des parties n'est plus systématiquement l'objet de ce formalisme. La dissociation de l'instrument, la forme, et de sa fin, le consentement, produirait des interférences, renforcées par l'inaptitude d'un modèle théorique volontariste à fournir une explication satisfaisante.

Si effectivement, « le législateur ne croit plus qu'il suffise que la volonté s'affirme pour se réaliser »¹⁹, il lui faut dépasser le strict cadre de l'information transmise en usant du formalisme pour contraindre ceux qui, parmi les contractants, le croiraient encore. À cet égard, certaines manifestations d'un formalisme de protection ont sans doute déjà dépassé la stricte dimension informative pour relever d'un formalisme structurant tourné vers le contenu du contrat.

I. La protection du consentement par le formalisme

En protégeant le consentement de la partie faible, le formalisme informatif permettrait de restaurer les conditions d'un processus de formation du contrat équilibré. S'inscrivant dans une tendance contemporaine à la procéduralisation du contrat²⁰, cette variété de formalisme trouverait particulièrement à s'appliquer dans les droits spéciaux marqués par une inégalité structurelle entre les parties, notamment le droit de la consommation. Mais quelles qu'en soient les modalités de mise en œuvre, le formalisme informatif est souvent critiqué pour son inefficacité.

A. Les modalités du formalisme informatif

Poursuivant une finalité unique, la protection du consentement de sa cible, le formalisme informatif présente plusieurs visages, en raison de l'ambivalence de l'information. Le terme « infor-

matif » est en effet utilisé pour désigner le fait qu'une règle de forme soit imposée pour attirer l'attention des parties, en visant leur compréhension, ou pour signaler que cette règle de forme ait pour objet l'exécution d'une obligation d'information²¹. Le formalisme se réalise autant par le contenu de l'information transmise que par la méthode de transmission; il recouvre à la fois une fonction informative et pédagogique.

1. La finalité informative

Dans une acception classique, le formalisme informatif « n'a d'autre but que de porter à la connaissance du cocontractant diverses informations, portant indifféremment sur le droit ou le fait »²². Sa mise en œuvre est réalisée au sein même du contrat, qui se confond alors avec l'écrit qui le constate, ou dans d'autres documents fournis aux contractants.

Sans entrer dans une fastidieuse énumération, les informations transmises au sein du contrat présentent plusieurs natures. Les informations juridiques sont couramment fournies par la reproduction de textes de loi. Ainsi, l'article L. 211-2 du code de la consommation impose au professionnel de mentionner dans ses conditions générales l'existence, les conditions de mise en œuvre et le contenu de la garantie légale de conformité et de la garantie des vices cachés dues par le vendeur, ainsi que, le cas échéant, l'existence d'une garantie commerciale et d'un service après-vente. Concrètement, l'exigence se traduit par un encadré informant le consommateur des modalités de mise en œuvre des garanties légales précitées, conformément à des modèles réglementaires²³. La transmission de l'information juridique repose ainsi sur un formalisme impératif au stade de la rédaction du contrat.

Le même dispositif se retrouve à l'égard d'informations de nature technique ou factuelle. Le dossier de diagnostic technique, créé par l'ordonnance du 8 juin 2005, et annexé à la promesse de vente ou l'acte authentique de vente²⁴, comprend ainsi de multiples informations relatives à

19. J. Flour, *op. et loc. cit.*

20. Sur laquelle, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., PUF, 2021, n° 155.

21. B. Dabosville, *L'information du salarié*, Dalloz, 2013, n° 434.

22. A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », *préc.*, spéc. n° 5.

23. Art. D. 211-2 C. consom. (réd. D. n° 2022-946 du 29 juin 2022) et son annexe, qui prévoit une distinction suivant que le contrat porte ou non sur la vente d'animaux domestiques.

24. Art. L. 271-4 CCH.

la sécurité des occupants (plomb, amiante, etc.) ou à la solidité de l'immeuble (termites, état des risques naturels et technologiques, etc.)²⁵, voire à ses qualités au sens large (performance énergétique, etc.). Le législateur ne se contente pas, dans ce cas, de l'existence d'une obligation générale d'information²⁶ ou de la sanction des vices du consentement. Il impose par la forme le contenu et les modalités de transmission des informations jugées nécessaires, voire seulement pertinentes, pour l'acheteur d'un immeuble. Et ce type de formalisme déborde de beaucoup le secteur immobilier, pour viser des biens de consommation courante, par exemple la disponibilité des pièces détachées d'appareils électroménagers ou électroniques²⁷. Ce n'est déjà plus tant l'enjeu financier qui impose le formalisme qu'une prise de conscience souhaitée par un « consommateur »²⁸.

Quoi qu'il en soit, l'information transmise au contractant se traduit également par des formalités extérieures au contrat, réalisées au cours de la période précontractuelle. Considérant le temps de réflexion nécessaire pour certains actes, le législateur impose la fourniture de documents d'information préalablement à la conclusion du contrat. Ainsi du document d'information précontractuelle visé à l'article L. 330-3 du code de commerce, lequel doit permettre au candidat franchisé²⁹ de se faire une idée précise du réseau qu'il entend intégrer. Son contenu est particulièrement analysé au stade du contentieux ultérieur, pour apprécier d'éventuels vices du consentement, sans pour autant en déterminer automatiquement l'existence. Ainsi qu'on l'a relevé, « ces règles révèlent l'existence d'un goût du législateur pour le détail caractéristique

de son intention d'aller au-delà d'une simple formalisation de l'acte grave »³⁰. Mais ce luxe de détails ne garantit pas la compréhension par le destinataire de l'information, ce qui explique l'existence concomitante d'un formalisme à visée pédagogique.

2. La finalité pédagogique

S'il se trouve peut-être des contrats « pédagogiques »³¹, détachés de toute finalité normative, il existe assurément un formalisme pédagogique, destiné à assurer l'effectivité et l'efficacité des formes prescrites.

Du côté du récepteur de l'information, d'une part, l'exemple le plus évident est celui de la mention manuscrite. Pourquoi imposer à une caution de recopier un texte juridique, plutôt que d'en reproduire simplement le contenu ? Pour assurer, espère-t-on, une prise de conscience de sa part quant à la portée de son engagement³². Le temps passé, l'effort déployé, garantirait que l'information ait été parfaitement assimilée. La forme ne vise alors pas seulement à informer, mais à expliquer³³, voire à convaincre.

Du côté de l'émetteur, d'autre part, le rédacteur du contrat est tenu de reproduire certaines informations en soignant leur présentation. Ainsi des mentions très apparentes³⁴, des encadrés³⁵, des polices de caractères d'une taille minimale³⁶. Il s'agit alors d'éviter que l'information soit noyée dans un formulaire ou une page internet trop dense, et que le contractant n'en prenne pas connaissance par oubli ou par dépit. On retrouve cette idée dans les conditions générales de certaines entreprises appliquant spontanément des principes de *legal design*. Le contrat écrit devient alors lui-même un instrument de commerciali-

25. Rapp., J.-F. Sagaut, « Flexible contrat : amiante, saturnisme, termites, gaz... la liberté contractuelle plie mais ne rompt pas », *RDC* 2003, p. 265.

26. Art. 1112-1 C. civ.

27. Art. L. 111-4 C. consom., qui vise désormais les « biens meubles », et D. 111-4.

28. V. sur ce point, S. Bernheim-Desvaux, « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur. Les nouveaux défis du droit de la consommation », *JCP G* 2017, 841, n° 7.

29. Le texte est cependant applicable, plus largement, à « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité », ce qui inclut par exemple les concessionnaires.

30. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 15.

31. Sur lesquels, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 474.

32. « Toute la force du rite d'écriture est d'agir sur la délibération du contractant, il invite à la vigilance » (I. Dauriac, « Forme, preuve et protection du consentement », préc., spéc. n° 8).

33. J. Julien, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LGDJ, 2022, n° 214.

34. V. not., art. L. 113-15 C. ass.; art. 48 CPC.

35. V. not., art. L. 312-28 C. consom.

36. V. not., annexe à l'art. R. 313-4 C. consom.

sation, usant de techniques de séduction³⁷. Ces initiatives témoignent cependant du rapport qu'entretiennent certains rédacteurs de contrats à leur objet. Car le constat qui y préside est un brin désabusé : quelles que soient ses modalités, le formalisme informatif d'origine légale serait demeuré inefficace.

B. L'inefficacité du formalisme informatif

Les critiques formulées à l'encontre du formalisme informatif en matière contractuelle remontent aussi loin que l'identification du phénomène. La plupart se réduisent à des interrogations sur l'efficacité des mesures. Pour apprécier cette efficacité, entendue comme la faculté de la norme à produire les effets attendus, il faut disposer d'une idée précise de la finalité visée. Or ces critiques témoignent d'une ambiguïté irrésolue du formalisme informatif : est-il destiné à protéger le consentement pour favoriser la liberté contractuelle et la réalisation effective d'un contrat de gré à gré reposant sur la volonté des parties ? Est-il plutôt destiné à protéger le contractant en situation de faiblesse³⁸ ? Les critiques, souvent mêlées, n'ont pas la même portée suivant qu'elles s'attachent à l'information transmise par la forme ou au contrat qui en résulte. L'information serait inadaptée voire, plus radicalement, indésirable.

1. Une information inadaptée

Une première série de critiques tient à l'inadaptation des informations transmises. Le volume d'informations, les détails requis, rien ne semble jamais satisfaisant. C'est, ou trop, ou trop peu. Trop peu, à suivre le mouvement d'expansion des informations que l'écrit contractuel doit reproduire. Le dossier de diagnostic technique était déjà copieux, avant que s'y ajoutent, au fil du temps, des informations sur la présence d'un risque de mэрule³⁹ ou sur le bruit à proximité

des aérodromes⁴⁰, mais pas assez pour qu'on ne songe à l'enrichir d'un diagnostic numérique⁴¹. Le document d'information précontractuel de l'article L. 330-3 du code de commerce est souvent critiqué pour les lacunes qu'il laisserait subsister dans l'information du franchisé, en n'obligeant pas, par exemple, à l'informer des raisons de la sortie du réseau par d'anciens franchisés ou du sort de l'unité pilote⁴². Il semble que le formalisme informatif ne connaisse jamais de limites.

Mais cet accroissement du formalisme informatif, réel ou souhaité, coexiste avec une critique de ses excès. Trop d'informations tuerait l'information, le contractant ne pouvant assimiler la masse de renseignements contenus dans la liasse de documents fournis. Cet effet de « pape-rasse »⁴³ a peut-être vécu, physiquement, mais les interminables pages qui défilent sur l'écran d'un téléphone suggèrent que le volume n'a pas diminué avec la fin du support papier. On dénoncera alors ces reproductions de textes, ces encadrés, ces mentions imposées, d'autant plus aisément qu'elles augmenteraient les coûts de transaction⁴⁴ sans pour autant parvenir à améliorer le consentement de leurs destinataires. En somme, le formalisme informatif échouerait à réaliser ce pour quoi il aurait été conçu : assurer un consentement éclairé permettant de placer les parties dans une position de relative égalité lors d'une libre négociation.

Et l'on constate peut-être le début d'un reflux. Ainsi, alors que l'acte de cession de fonds de commerce devait historiquement comprendre certaines énonciations obligatoires limitativement énumérées⁴⁵, dont l'omission pouvait entraîner la nullité de l'acte de vente, le législateur a récemment supprimé cette exigence dans un souci de simplification⁴⁶. Si cette suppression formelle ne devrait pas inciter les cédants à réduire la quantité d'informations transmises au

37. V. not., les CGV de Clarins Unlimited : <https://www.clarins-unlimited.fr/conditions-generales-vente> [consulté le 20 févr. 2023].

38. V. sur ce point, G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », in *Journée hommage à Jacques Flour, Defrénois* 2000, p. 880.

39. Art. L. 271-4, 9° CCH, renvoyant à l'art. L. 131-3 CCH.

40. Art. L. 271-4, 10° CCH, renvoyant à l'art. L. 112-6 C. urb.

41. Sur lequel, v. S. Becqué-Ickowicz, « Le diagnostic "geek" », *Defrénois* 2011, p. 1621.

42. V. not., N. Dissaux, « L'information précontractuelle du franchisé, un joyeux anniversaire », *JCP G* 2010, 134, spéc. n° 19 et s.

43. B. Fages, *Droit des obligations*, 11° éd., LGDJ, 2021, n° 102.

44. A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », préc., spéc. n° 9, qui estime que « le formalisme informatif a donc tendance à se retourner contre les intérêts pécuniaires du consommateur ».

45. Anc. art. L. 141-1 C. com.

46. L. n° 2019-744 du 19 juill. 2019, art. 1 et 2.

candidat cessionnaire⁴⁷, elle limitera la sanction, en cas de non-respect, aux seules hypothèses dans lesquelles elles présentaient un caractère déterminant du consentement de l'acquéreur.

2. Une information indésirable

D'autres critiques sont plus radicales. Il ne suffirait pas d'essayer d'améliorer le formalisme informatif, c'est son principe même qui serait hors de propos, en ce qu'il nuirait tant aux intérêts des destinataires de l'information que des rédacteurs de contrat.

Les contractants visés, d'une part, ne prennent pas la peine de lire leur contrat. Nul besoin, dans ces conditions, d'améliorer l'accessibilité du contrat, ils ne le liront pas plus. L'argument repose sur un constat sociologique, tiré du détachement observé à l'égard des documents contractuels. Ainsi, par exemple, étudiant, à partir d'entretiens, la procédure de conclusion des contrats de services funéraires au Québec, Michelle Cumyn montre que même lorsque la conclusion est précédée en moyenne de deux entretiens d'une heure et demie environ, les clients ne parcourent qu'à peine les contrats⁴⁸. Dans une autre étude menée sur 90 éditeurs de logiciels, proposant leurs services en ligne, seule une proportion d'un à deux clients pour mille consultent le contrat de licence et, même parmi eux, n'en lisent pas plus que de courts extraits⁴⁹. À un tel niveau, l'hypothèse d'une minorité informée de contractants, qui suffirait à inciter les rédacteurs à garantir un certain équilibre au sein des clauses contractuelles, peut difficilement être soutenue⁵⁰.

Le constat sociologique rejoint alors un argument économique. À quoi bon lire un contrat, si le temps et la peine consacrés n'ont aucune

incidence sur son contenu ? Ainsi qu'on a pu le résumer, de manière lapidaire, ce que veulent les consommateurs, c'est le produit ou le service, pas les contrats⁵¹. Par conséquent, il serait illusoire de veiller à la simplification de l'énoncé contractuel, faute d'une quelconque attente en ce sens des contractants⁵².

Alors que le formalisme « instituant » éveille chez ceux auquel il est destiné un sentiment de rupture et les porte vers un état de vigilance⁵³, la « normalisation du contrat d'adhésion contribue par le fait même à sa légitimation »⁵⁴. Ne pouvant être modifié, le contrat d'adhésion s'apparente à une norme légale dont il recueille une partie de l'autorité, sinon juridique, du moins de fait. Assurément, un tel constat ne vaut-il que dans les formes de contrats standardisés, où la maîtrise de l'écriture est assurée par un seul, et la réplication du texte est une condition de son existence même. Mais la critique du formalisme informatif n'y est pas limitée.

Les rédacteurs de contrats, d'autre part, rejettent également le formalisme informatif, pour des raisons complémentaires. Il favoriserait, d'abord, l'esprit de chicane, chez leurs rares lecteurs, ceux qui ne manqueront pas de soulever, après coup, une quelconque irrégularité devant les tribunaux. C'est le thème classique de l'instrumentalisation du formalisme et de l'effet pervers des règles de protection. Le formalisme informatif offrirait une prime à la mauvaise foi et à l'abus des personnes protégées⁵⁵. Les recueils de jurisprudence contiennent maints exemples de débiteurs tentant d'échapper à leurs créanciers en invoquant des omissions dérisoires, n'ayant pu, en tout cas, présenter la moindre influence sur leur consentement. La crispation autour de

47. V. en ce sens, D. Houtcieff, *Droit commercial*, 5^e éd., Sirey, 2022, n° 631.

48. M. Cumyn, « Les mentions exigées par la loi protègent-elles les consommateurs ? Le cas du contrat d'arrangements préalable de services funéraires », *Les Cahiers de Droit*, vol. 63, n° 3, sept. 2022, p. 595, spéc. p. 623.

49. Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler et D. R. Trossen, « Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts », *Journal of Legal Studies*, vol. 43, n° 1, 2014, p. 1. L'étude repose sur le comportement de 48 154 clients au cours d'une période d'un mois, en intégrant le temps passé sur chacune des pages.

50. *Ibid.*, p. 32 et s.

51. O. Ben-Shahar, « The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law », *ERCL* 1/2009, p. 1, spéc. p. 10.

52. V. sur ce point, G. Chantepie, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC* 2012, p. 975. Il faut cependant relever que la simplification du contenu permettrait d'accroître la proportion de contractants lisant leur contrat avant la conclusion. V. not., V. C. Plaut et P. Bartlett, « Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements », *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, p. 293.

53. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 14.

54. M. Cumyn, « Les mentions exigées par la loi protègent-elles les consommateurs ? Le cas du contrat d'arrangements préalable de services funéraires », préc., spéc. p. 634.

55. V. déjà, X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 2.

certaines contentieux, par exemple au sujet de la mention manuscrite de la caution, a d'ailleurs parfois conduit à une réaction du législateur, visant à offrir une réponse judiciaire proportionnée pour éviter la remise en cause de contrats pour des brouilles. Ainsi du basculement de la mention manuscrite exigée de la caution personne physique vers une « mention cognitive »⁵⁶, tournée vers la compréhension plutôt que vers le recopiage servile⁵⁷. Serait ainsi promue une sorte de « formalisme raisonné, prenant en compte les effets du défaut d'accomplissement du formalisme sur le contractant pour en déduire la sanction ou non de l'irrégularité »⁵⁸.

Cela étant, ce discours repose également sur une analyse tronquée de la jurisprudence. On comprend bien, évidemment, qu'il soit gênant d'offrir des voies trop lâches pour contester le contrat. Mais il faudrait être naïf pour considérer que le non-respect du formalisme et, plus généralement, des règles impératives qui s'imposent à de nombreuses catégories de contractants, soit seulement le fait d'oublis malencontreux. L'analyse rationnelle des professionnels qui ne respectent pas le formalisme requis se fait à partir d'un calcul économique sur une masse de contrats, et attacher trop d'importance à des cas isolés, au regard du nombre de contrats, méconnaît tout autant la réalité de la pratique contractuelle.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que l'individualisation des formalités requises suscite une autre difficulté aux rédacteurs de contrats, en ce qu'elle rend plus complexe leur standardisation. Comment parvenir à viser efficacement le consentement individuel ? Comment prendre en compte les spécificités de chaque contractant ? C'est alors le fondement même de la rationalisation du processus contractuel par les contrats d'adhésion qui est en jeu. Nul ne saurait, dans un processus largement standardisé, revenir sur le contenu contractuel, parce que celui-ci ne peut être individualisé, considérant la gestion de

masse qu'il faut rendre possible. De sorte que les inconvénients relevés du formalisme informatif conduisent le législateur contemporain à ne plus tant viser la protection du consentement que la structuration de la volonté de l'auteur du contrat.

II. La structuration de la volonté par le formalisme

Que le formalisme conduise à encadrer l'expression de la volonté des parties relève du truisme. Il est évident que les formes imposées par la loi limitent l'exercice de la liberté contractuelle⁵⁹. Mais aux solennités traditionnelles, telles que l'exigence d'un acte authentique, le législateur a ajouté des formes qui semblent plutôt se rattacher aux variétés de formalisme informatif précédemment évoquées. Elles s'inscrivent en effet dans une approche similaire de protection des parties faibles dans des rapports inégalitaires. Mais plutôt que de compenser cette inégalité par une information accrue de la partie faible, ce formalisme encadre le pouvoir de la volonté du contractant en position de force. Les manifestations croissantes de ce phénomène méritent qu'on s'attarde sur ses finalités.

A. Les manifestations d'un formalisme structurant

Le formalisme contractuel se manifeste désormais par une structuration du contrat⁶⁰. Dans sa version la plus connue désormais, qui confine au « formularisme »⁶¹, elle recourt à la technique des contrats-types, en leur conférant une valeur réglementaire par leur source. Dans d'autres manifestations plus récentes, la structuration s'opère de manière plus diffuse, sous l'influence du pouvoir réglementaire, lequel concède aux parties l'illusion de la puissance de leur volonté. La formulation du contrat⁶² par le pouvoir réglementaire cohabite avec sa modélisation sous son influence.

56. P. Dupichot, « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », *D.* 2022, p. 251, n° 19.

57. Art. 2297 C. civ.

58. H. Barbier, *RTD civ.* 2017, p. 377.

59. V. déjà, L. Aynès, « Formalisme et prévention », in I. Fadlallah (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 63.

60. Sur la place des structures dans le contrat, v. récemment, N. Randoux, « La structure contractuelle », in G. Chantepie et N. Disaux (dir.), *La stylistique contractuelle*, Dalloz, 2022, p. 109; F. Auque, « La structure du contrat », *ibid.*, p. 121.

61. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *préc.*, spéc. n° 16.

62. Au sens d'action de mettre en formule, c'est-à-dire en un modèle qui contient les termes exacts dans lesquels un acte doit être rédigé (*Le Petit Robert*, v° « Formulation » et « Formule »).

1. La formulation du contrat par le pouvoir réglementaire

Mettre le contrat en formule n'a rien de novateur. Ainsi les notaires sont-ils les garants d'une tradition rédactionnelle⁶³, qui s'est certes transformée au contact des logiciels de rédaction assistée⁶⁴, mais qui demeure ancrée dans une structure commune. La volonté des parties s'exerce alors dans un cadre suggéré par le rédacteur, qui en façonne les contours et l'expression⁶⁵.

Imposer une formulation du contrat comme exigence de validité ne l'est guère plus. La figure du contrat-type, déjà ancienne⁶⁶, est généralement évoquée parmi les manifestations d'un renouveau du formalisme contractuel⁶⁷. Cette technique évite assurément que la présentation du contrat permette à son rédacteur de dissimuler au contractant un élément déterminant⁶⁸. Lorsque le pouvoir réglementaire établit un contrat-type par décret, il détermine par avance non seulement les informations requises ou les clauses interdites, à l'image de tout type de formalisme protecteur, mais aussi le contenu précis du contrat, son agencement, ce qui doit être prévu et ce qui ne peut l'être. Couramment, ce contrat-type résulte d'un accord négocié en amont par des organismes professionnels. Tout se passe alors comme si la négociation collective avait absorbé la négociation individuelle pour en limiter l'exercice. L'intervention du pouvoir réglementaire élève l'autorité normative de l'accord, mais ne marque qu'une emprise modérée sur son contenu, lequel demeure déterminé au préalable par les acteurs du secteur d'activité concerné.

Une telle emprise sur la volonté des contractants est pourtant perceptible dans d'autres variétés de contrats-types. C'est évidemment le cas de certains contrats de consommation, par exemple en matière de crédit à la consommation⁶⁹. Mais ce phénomène se développe ailleurs, dans des relations où l'État entend assurer une forme de police contractuelle. Parmi les exemples les plus récents, le contrat-type des syndicats de copropriété traduit le mieux l'ambition du législateur⁷⁰. C'est seulement après de multiples mises en garde de l'administration⁷¹ et avis de diverses autorités⁷² que, constatant la persistance des pratiques dénoncées, le législateur a imposé un contrat-type très précis. L'enjeu le plus visible réside évidemment dans les modalités de détermination de la rémunération du syndic, notamment les prestations incluses ou non dans le forfait. Mais l'importance pratique des clauses relatives à la rémunération ne doit pas éclipser le fait que la formulation du contrat affecte bien l'intégralité de son contenu, lequel doit respecter le contrat-type établi par décret sous peine d'une amende administrative⁷³. De manière surprenante, l'imposition d'un tel contrat-type n'a pas même pour but de créer de nouvelles contraintes aux syndicats. Il leur impose seulement, par la forme, de se plier aux exigences posées par le législateur, dont l'ineffectivité demeurerait patente⁷⁴.

D'autres formules s'avèrent moins contraignantes encore, le contrat-type de bail d'habitation s'apparentant plus à un canevas, un modèle lâche quoique non obligatoire⁷⁵. Y sont alors proposées des alternatives, des clauses optionnelles,

63. J.-L. Sourieux, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Libr. du Journal des notaires et des avocats, 1967.

64. V. sur cette question, le dossier « L'art de la clause », *JCP N* 2015, n° 21.

65. V. not., M. Mille-Delattre, *L'écriture du contrat*, thèse Lille, 2021, dactyl., n° 360.

66. J. Léauté, « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953, p. 429.

67. V. not., A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 124.

68. J. Julien, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LGDJ, 2022, n° 212.

69. Art. R. 312-10 C. consom., qui détaille les différentes rubriques que doit comprendre l'offre de crédit, l'ordre de présentation et la taille minimale des caractères.

70. Décr. n° 2015-342 du 26 mars 2015 définissant le contrat type de syndic de copropriété.

71. La DGCCRF a mené plusieurs enquêtes, notamment en 2014 (<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/contrats-syndic-copropriete>). Les pratiques litigieuses n'ont pas totalement cessé depuis l'instauration d'un contrat-type obligatoire, à en croire la dernière enquête publiée en 2021 (<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/syndics-de-copropriete-recherche-de-pratiques-anti-concurrentielles-et-controle-des-contrats>) [consultés le 20 févr. 2023].

72. Commission des clauses abusives, recommandations n° 96-01 et n° 11-01 relatives aux syndicats de copropriété.

73. L. 10 juill. 1965, art. 18-1 A, al. 4.

74. Le contrat-type de syndic reproduit ainsi, pour l'essentiel, les prescriptions de l'art. 18 de la loi du 10 juill. 1965.

75. Décr. n° 2015-587 du 29 mai 2015 relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale.

bref, de quoi aménager le contrat en fonction des attentes des parties. Ce dernier exemple présente l'intérêt de montrer que la formulation par le pouvoir réglementaire peut s'accommoder d'un certain degré de latitude conféré aux parties dans la rédaction, ce qui se retrouve nettement dans des hypothèses où la formule stricte laisse le pas à un modèle apparemment plus souple, bien que restant sous l'influence du pouvoir réglementaire.

2. La modélisation du contrat sous influence du pouvoir réglementaire

La modélisation du contrat renvoie au phénomène plus global de la standardisation contractuelle, laquelle n'est qu'indirectement liée au formalisme. Que les conditions générales d'un secteur d'activité se ressemblent par leur structuration et le contenu de leurs clauses relève, au plus, d'un formalisme par imitation⁷⁶. Il ne faut toutefois pas en négliger la portée, alors que l'usage de logiciels de rédaction et, surtout, de logiciels destinés au pilotage des contrats s'impose dans les directions juridiques⁷⁷. La transformation qui s'opère, quoique non obligatoire, n'en recèle pas moins une évolution de la norme contractuelle issue de la pratique⁷⁸. Et son incidence n'est pas nécessairement moins grande que celle issue du formalisme probatoire. Le passage des clauses d'un contrat au crible de logiciels de contrôle implique nécessairement leur mise en formule⁷⁹.

Le législateur exerce lui aussi, dans le même temps, une influence sur la rédaction du contrat, dans un objectif assez similaire à celui recherché par les *contract managers* des directions juridiques. Le phénomène est particulièrement perceptible dans le droit des négociations commerciales, où se sont imposées plusieurs variétés de ce qui est généralement dénommé « convention unique »⁸⁰. Dans sa version générale⁸¹, la

convention unique est une « convention écrite » conclue entre un fournisseur et un distributeur, « établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application »⁸². Une telle convention présente une nature ambivalente.

Étant conclue à l'issue de la négociation commerciale, elle en reproduit les résultats, ce qui la rattache à l'exercice de la liberté contractuelle. Étant cependant dirigée par le législateur, elle doit nécessairement comprendre un certain nombre d'obligations relatives à la détermination du prix, telles que « les conditions de l'opération de vente [...] y compris les réductions de prix et, le cas échéant les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ». Le luxe de détails requis montre ce qui est en jeu : clarifier le prix réel en y intégrant l'ensemble des paramètres, même les plus opaques. En somme, à partir des conditions générales du fournisseur⁸³, une négociation doit s'établir, dont le résultat sera formalisé de manière précise.

Cette modélisation du contrat est réalisée par une « mise en forme [laquelle] relève d'une logique qui n'est pas civiliste mais qui lui est propre : elle a pour but principal de faciliter les contrôles de l'Administration »⁸⁴. C'est toute l'ambivalence de ce nouveau type de formalisme. Sans interdire l'exercice de la liberté contractuelle, à la différence d'une liste de clauses noires ou grises, ou par l'imposition de clauses obligatoires, l'action de l'administration s'exerce en enserrant la liberté contractuelle dans un moule prédéterminé, favorisant son contrôle ultérieur.

B. Les finalités d'un formalisme structurant

Imposer le respect d'une forme permet d'enserrer le pouvoir exercé par l'auteur du contrat.

76. Rappr., évoquant un formalisme « imaginaire », A. Piédelièvre, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, thèse Paris, 1959, p. 111 et s.

77. V. not., G. Leveau, *Pratique du contract management*, 3^e éd., Gualino, 2019.

78. Rappr., R. Libchaber, *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020, n° 47 et s.

79. V. not. sur ce thème, H. Christodoulou, « Les nouvelles technologies à l'origine de l'évolution contractuelle », *Com. Com. Elec.* 2000, Étude 20, n° 4.

80. Ou « convention récapitulative » (D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 9^e éd., LexisNexis, 2019, n° 357).

81. Une version spécifique est prévue pour les produits de grande consommation, « définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation » (art. L. 441-4 C. com.).

82. Art. L. 441-3, I C. com.

83. Lesquelles constituent le socle unique de la négociation dès lors qu'elles sont établies (art. L. 441-1, III C. com.).

84. F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 344.

Son imagination est bridée par le cadre posé par le législateur. Ainsi qu'on le relevait, « la réglementation de la forme opère simultanément une réduction de la matière juridique qu'elle structure ; elle fixe un cadre dans lequel le fait doit se couler pour produire les effets juridiques voulus par les sujets de droit »⁸⁵. Il s'agit moins d'une atteinte à la liberté contractuelle que d'une restriction du pouvoir de celui qui est en mesure de créer, unilatéralement, une norme qu'il pourra imposer à ses partenaires. C'est au fond une manifestation banale de la figure du contrat-dirigé. Mais l'enjeu principal réside toujours dans l'efficacité des contraintes exercées.

Le formalisme contractuel devrait *a priori* simplifier le contrôle judiciaire ultérieur du contenu contractuel. Sa simplicité radicale expose en effet le contrat à une appréciation tranchée ; son non-respect scrupuleux à une sanction inévitable. Néanmoins, les manifestations contemporaines du formalisme informatif ont déjà montré combien l'hésitation demeurerait, au stade du prononcé de la sanction⁸⁶. Subsisterait l'idée que la protection d'un contractant ne devrait pas dégénérer en chausse-trappe pour l'autre. De sorte que la jurisprudence éviterait de prononcer la nullité de manière « aveugle »⁸⁷. À ce constat initial s'ajoute la faible efficacité des recours individuels dans les matières où s'épanouit le formalisme informatif. Droit de la consommation, droit du travail ou droit des relations commerciales, sont autant de secteurs marqués par une forte asymétrie, théoriquement corrigée en amont par la transmission de l'information, mais qui persiste au stade du contentieux.

Les doutes sur l'efficacité du formalisme informatif ont conduit le législateur à adopter une autre voie, celle d'un contrôle indépendant du pouvoir judiciaire. L'exercice d'actions de grande

ampleur par le ministre de l'Économie répond à cette ambition⁸⁸. Les centrales d'achat de la grande distribution ou, désormais, les géants de l'internet, se voient reprocher les clauses qui, dans leurs contrats, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La spécificité de ces actions repose sur les importants pouvoirs d'enquête dont dispose l'administration, laquelle peut, par exemple, solliciter l'ensemble des contrats liant un distributeur à ses dizaines de fournisseurs.

C'est là que se révèle l'intérêt principal des conventions uniques, formalisées selon le modèle établi par le législateur. La comparaison entre les pratiques tarifaires, les pénalités, les services logistiques proposés, permet de dégager des traits communs, une régularité caractéristique de l'absence effective de négociation⁸⁹. Ici réside le piège subtil tendu par le législateur. La modélisation n'est guère contraignante et semble permettre l'exercice de la liberté contractuelle. Mais elle trahit aisément l'absence de négociation, le non-exercice de la liberté contractuelle. Ce formalisme par modélisation constitue ainsi un instrument puissant de normalisation du contenu contractuel⁹⁰.

Flour achevait sa démonstration sur le constat que « le législateur ne croit plus qu'il suffise que la volonté s'affirme pour se réaliser ». Il ajoutait cependant : « Le juge a encore tendance à le croire »⁹¹. Il semble que, par l'imposition d'un nouveau formalisme, le législateur ait choisi de contourner cet obstacle judiciaire supposé pour confier à ses propres organes le soin de contrôler le contenu du contrat. Flour aurait donc présenté ce mouvement, confirmant qu'est un classique, l'article « qui n'a jamais fini de dire ce qu'il a à dire »⁹².

85. V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, op. cit., p. 225.

86. V. en ce sens, A. Bénabent, *Droit des obligations*, op. cit., n° 123 : « le pointillisme de ces exigences développe un certain contentieux : avec bon sens la jurisprudence tient la main à ce qui assure leur finalité [...] mais rejette les tentatives d'instrumentalisation ».

87. Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, n° 389.

88. Art. L. 442-4 C. com.

89. V. not., relevant que « les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs », Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387. V. aussi, Com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865.

90. Rapp., Ph. Ropenga, « Les évolutions du formalisme. Entre légalité et légitimité », *RIEJ* 2018, vol. 81, p. 5, spéc. p. 27 : « L'administration ne se contente pas de transcrire les lois en actes réglementaires directement applicables ; elle détermine les questions auxquelles il doit être répondu et les réponses à y apporter ».

91. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc., spéc. n° 18.

92. I. Calvino, *Pourquoi lire les classiques*, op. et loc. cit.

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme en procédure civile : d'un formalisme raisonné... à un formalisme déraisonnable ?

Lucie Mayer

Professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas

1. Formalisme et procédure. Le procès est l'un des lieux privilégiés du formalisme, au point que la définition de la procédure a longtemps été cantonnée à une succession d'actes et de formes¹. En 1880, on pouvait ainsi lire chez Carré et Chauveau : « Les formalités judiciaires [...], dans leur ensemble, constituent ce qu'on appelle la procédure »². C'est cette même conception qu'exprimait, avant eux, le juriste Thouret lorsqu'il préconisait un allègement du formalisme devant le juge de paix : il faut « des formes expéditives, très peu dispendieuses et qui fassent arriver au jugement sans que l'on s'en soit aperçu, pour ainsi dire sans qu'on ait fait une procédure »³ ! Autrement dit, supprimer les formes, c'était supprimer la procédure même. À compter de la fin du XIX^e siècle, une conception plus moderne de la procédure a toutefois progressivement émergé, aux termes de laquelle la procédure ne devait plus être considérée comme un recueil de formes

imposées, mais comme un ensemble de principes essentiels destinés à permettre aux citoyens de réaliser leurs droits substantiels dans des conditions de loyauté telles que la décision rendue par le juge soit la plus juste possible⁴.

2. Point de procédure sans formalisme. Si la place du formalisme dans la définition de la procédure a ainsi été fortement relativisée au cours du siècle dernier, celui-ci n'en constitue pas moins une composante indispensable du procès. La mise en œuvre des principes essentiels évoqués ci-dessus suppose en effet le respect de formes. Selon une formule de Loisel, citée par Solus et Perrot, « les formes de procédure sont nécessaires comme les cerceaux du muid⁵ ou comme le ciment qui colle et retient les pièces de l'édifice »⁶. Sans formes obligatoires, point de débat loyal, point de respect des droits de la défense et point de sécurité juridique pour les

1. Sur l'évolution de la définition de la procédure et de son existence en tant que discipline autonome, lire C. Chainais, in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, n° 3 et s.

2. G.-L. J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, vol. 1, 5^e éd., LGDJ, Marchal et Billard, 1880, n° 3.

3. À propos de la discussion de la loi du 26 octobre 1790, cité par C. Chainais, in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 14.

4. C. Chainais, in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 19 et s.

5. Le « muid » est un tonneau.

6. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, 1961, n° 19.

plaideurs⁷, comme l'a admirablement synthétisé Ihering : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »⁸.

3. Définition retenue du formalisme. Dans une acception étroite du formalisme plutôt propre au droit des contrats, le terme désigne l'exigence légale de formes requises pour la validité d'un acte juridique, un formalisme *ad validitatem* dont le non-respect est sanctionné par la nullité de l'acte. Certains auteurs civilistes, notamment Jacques Flour⁹, dans la lignée de François Géný¹⁰, adoptent un sens plus large, susceptible d'englober les formes dont l'absence ne remet pas en cause la validité de l'acte mais interdit qu'il soit opposable à tous ou complique sa preuve (formalisme *ad probationem*). Le formalisme est alors défini comme l'exigence d'une forme déterminée par la loi et à défaut de laquelle la manifestation de volonté se trouve « frappée d'inefficacité à un degré quelconque »¹¹. En procédure civile, précisément, les exigences formelles ne sont pas toujours requises à peine de nullité de l'acte. D'autres sanctions sont parfois choisies par le législateur : principalement l'irrecevabilité, mais aussi la paralysie du délai de voie de recours ou encore l'absence de saisine de la juridiction d'un moyen ou d'une prétention. C'est pourquoi c'est la définition large du formalisme que nous adopterons, en nous en tenant, pour ne pas être trop longue, au seul formalisme qui concerne les actes accomplis par les parties au procès, à l'exclusion des actes du juge. Nous excluons également de cette étude les exigences temporelles de respect d'un délai, qui répondent à des enjeux différents.

4. Définition retenue de la forme. Il faut encore préciser que la notion de « forme exigée par la loi » désigne, en procédure civile, un ensemble très vaste puisqu'elle englobe toutes les formalités qui doivent être effectuées pour que l'acte soit accompli et adressé à son destinataire. Constituent ainsi des règles de forme toutes les règles qui imposent aux parties d'accomplir un acte en empruntant le support formel

prévu par la loi (assignation, requête, conclusions, déclaration orale...), d'intégrer à ce support un certain nombre de mentions et de signatures, de concevoir l'acte selon une structure précise et de le notifier aux parties selon des modalités détaillées. Entrent ainsi, selon nous, dans la catégorie des règles de forme, des règles qui ne paraissent pas formelles à première vue, mais qui constituent pourtant bien des formalités nécessaires à la rédaction ou à la notification de l'acte. Il en est ainsi de l'obligation de faire appel à un commissaire de justice territorialement compétent pour signifier un acte, dans la mesure où cette obligation est nécessaire à l'envoi de l'acte selon la forme de la signification. De même, toutes les recherches auxquelles le commissaire de justice est censé se livrer pour tâcher de joindre effectivement le destinataire, tous les avis de son passage qu'il est censé laisser en divers lieux, etc., sont des formalités nécessaires à l'accomplissement d'une signification. L'ensemble des textes sur la hiérarchie des significations (articles 653 à 664-1, CPC) constituent donc des règles de forme. Dans le même ordre d'idées, les règles qui rendent la représentation *ad litem* obligatoire devant certaines juridictions, ainsi que les règles qui précisent les critères que doit réunir le représentant *ad litem* choisi (tantôt, il doit s'agir d'un avocat territorialement compétent, tantôt d'une personne figurant sur une liste de représentants autorisés, v. *infra* n° 13 et 16), peuvent selon nous être considérées comme formelles, au sens où ces exigences contraignent les justiciables à accomplir les actes de la procédure d'une certaine façon, à savoir par l'intermédiaire d'un représentant *ad litem* possédant, en fonction des juridictions, telle ou telle caractéristique. Il ne s'agit nullement d'en déduire que l'inobservation de l'une de ces formalités devrait être qualifiée de vice de forme et soumise au régime adéquat. Il s'agit simplement d'englober toutes ces règles dans le champ d'une étude consacrée au « formalisme » procédural.

5. « Tension fondamentale ». L'enjeu classique en matière de formalisme, quelle que soit la

7. C. Chainais, in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 21 et s.; L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Lexisnexis, 2020, n° 16; J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, 2019, n° 5; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis », 2014, n° 3.

8. R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, trad. Meulenaere, A. Maresq, 1880, p. 158.

9. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges Georges Ripert*, t. 1, 1950, LGDJ, p. 93.

10. F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Recueil Sirey, 1921, n° 203.

11. *Ibid.*

matière concernée, consiste à identifier le moyen idoine de résorber la « tension fondamentale » qui lui est inhérente¹². D'un côté, les formes obligatoires sont indispensables en ce qu'elles permettent d'assurer le bon fonctionnement de la justice et garantissent le respect des droits de la défense. D'un autre côté, le formalisme présente de sérieux inconvénients : outre que, de façon générale, la multiplication de formes obligatoires rend la procédure d'une complexité telle que le formalisme risque finalement de nuire aux objectifs qu'il poursuit, la sanction d'une irrégularité formelle présente un risque de disproportion par rapport à la gravité réelle du défaut, laissant ainsi le champ libre aux esprits chicaniers.

6. Une recherche permanente d'équilibre.

Le « bon » formalisme est ainsi un « formalisme raisonné »¹³ : celui qui se situe au point d'équilibre entre préservation des droits des parties et complexité excessive du procès. C'est d'ailleurs également le souci qui ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle veille à ce que les États ne mettent pas en œuvre un « formalisme excessif », qui peut « s'avérer contraire à l'article 6 § 1 de la Convention lorsqu'il est opéré au détriment de l'une des parties »¹⁴, en particulier lorsqu'il porte atteinte au droit d'accès au juge « d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »¹⁵.

Qu'en est-il du formalisme dans le procès civil français ?

7. Plan. Les auteurs du Nouveau Code de procédure civile ont eu à cœur d'instaurer un système équilibré, dont la Cour de cassation, après une période au cours de laquelle il a été quelque peu malmené, assure désormais le respect (I). Toutefois, ces dernières années, diverses innovations, tant réglementaires que jurisprudentielles, guidées pour la plupart par des considérations de

gestion des flux, ont mis à mal ce précieux équilibre, en particulier dans la procédure d'appel. Le formalisme procédural, de raisonné, tend ainsi à devenir déraisonnable (II).

I. Le formalisme raisonné instauré par le Code de procédure civile

8. Les conditions de l'équilibre. Pour que le formalisme soit « raisonné »¹⁶, deux conditions doivent être réunies. Premièrement, il faut que la règle de forme instituée par le législateur ne soit pas exigée pour elle-même mais ait vocation à poursuivre un objectif (A). Deuxièmement, il faut que la sanction prévue en cas de violation de la règle de forme soit adaptée à cet objectif (B).

A. Des règles de forme au service d'objectifs substantiels

9. Rituel judiciaire. Le formalisme se traduit en procédure civile par l'obligation faite à l'auteur d'un acte d'accomplir un certain nombre de formalités à son sujet, à peine de voir atténuée ou anéantie l'efficacité juridique de celui-ci. Toutes ces exigences poursuivent un objectif. Le temps mystique des formes procédurales exigées pour elles-mêmes est heureusement révolu¹⁷. Un auteur souligne néanmoins que toute fonction symbolique du formalisme n'a pas disparu, en ce sens que le procès, étant la contrepartie de l'interdiction de se faire justice à soi-même, « est le substitut verbal de l'affrontement physique »¹⁸. Ce substitut ne peut valoir comme tel que s'il se manifeste avec une certaine solennité, quelle qu'elle soit. Il n'en reste pas moins que le choix d'imposer telle forme plutôt que telle autre est aujourd'hui toujours le fruit d'une réflexion orientée vers un objectif substantiel à atteindre.

10. Quels sont les objectifs dont le formalisme a vocation à garantir le respect ? Ils sont très divers, mais on peut tenter de les regrouper en deux

12. C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 357 et s., spéc. n° 69.

13. C. Chainais, préc., p. 386, n° 67.

14. CEDH, 31 mai 2007, n° 61655/00, *Miholapa c. Lettonie*, § 24.

15. Par exemple, CEDH, Grande chambre, n° 40160/12, 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, § 78.

16. C. Chainais, *loc. cit.*

17. Ainsi, Gaius rapporte qu'un plaideur, qui entendait exercer l'action *de arboribus succisis* afin d'obtenir réparation de coupes de vigne qu'il avait subies, s'était vu interdit de le faire parce que sa formule, au lieu d'utiliser le mot « *arbores* » utilisait le mot « *vites* » (*vignes*) : cité par Jean-Paul Andrieux, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, v° Formes et procédure, p. 747, spéc. p. 748.

18. X. Lagarde, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, v° Formalisme, p. 527.

catégories, étant entendu que certaines formalités poursuivent plusieurs objectifs à la fois.

1. Règles de forme au service des droits de la défense des parties

11. Notion de droits de la défense. L'essentiel du formalisme imposé en procédure civile a pour but de protéger les droits de la défense des parties, au sens large revêtu par l'expression en matière civile, qui désigne la défense aussi bien du demandeur que du défendeur. L'exigence d'une forme permet de garantir notamment le respect du principe de la contradiction, de l'égalité des armes ou encore du droit à l'exécution effective du jugement.

12. Formalisme informatif. La plupart des règles de forme procédurales visent à assurer une parfaite information des parties. Ainsi, la plupart des *mentions obligatoires* (identité complète du demandeur et du défendeur et de leurs éventuels représentants à l'action, domiciles des parties, coordonnées de leurs avocats, prétentions émises, moyens en fait et en droit...) permettent d'informer l'adversaire d'un élément qui peut s'avérer utile pour l'exercice de sa défense ou pour faire exécuter le futur jugement. Poursuivent également cet objectif toutes les formalités relatives à la *notification des actes de procédure et des jugements*. Le luxe de détails avec lequel le Code de procédure civile organise en particulier la signification – les multiples formalités que le commissaire de justice doit accomplir avant d'établir son procès-verbal de signification – vise à garantir que tout a été mis en œuvre pour tâcher d'informer le destinataire qu'un procès est intenté à son encontre ou qu'un jugement a été rendu contre lui. L'assignation est ainsi le mode d'introduction de l'instance le plus protecteur des droits de la défense du défendeur. Entre donc dans la catégorie des formalités qui visent à protéger les droits de la défense des parties l'obligation d'utiliser le support formel de l'assignation pour introduire l'instance devant certaines juridictions.

13. Autres formalités protectrices des droits de la défense. Il existe des formalités qui visent également à protéger les droits de la défense des parties, mais sans apporter une information

particulière. Il en est ainsi de l'obligation pour les parties, lorsque la représentation est facultative, de choisir un représentant *ad litem* qui se trouve répondre aux critères prévus par les textes : par exemple, devant le tribunal judiciaire lorsque la représentation n'est pas obligatoire, les parties peuvent se faire assister ou représenter par un avocat, leur conjoint, leur concubin ou leur partenaire de Pacs, leurs parents ou alliés ou une personne exclusivement attachée à leur service personnel ou à leur entreprise (art. 762, CPC)¹⁹. Le législateur s'assure ainsi que le représentant *ad litem* aura à cœur de défendre correctement les intérêts de la partie au procès. Mentionnons dès à présent que la violation de cette formalité est qualifiée de vice de fond par la Cour de cassation (v. *infra* n° 26).

2. Règles de forme au service de l'organisation judiciaire

14. Notion d'organisation judiciaire. Un second ensemble de règles de forme regroupe les formalités qui sont au service de l'organisation judiciaire, expression assez large qui désignera dans ces lignes les règles destinées à garantir la sécurité juridique par la mise en place d'un cadre formel pour les procès civils, celles qui visent à une bonne administration de la justice et enfin celles qui permettent le bon fonctionnement des professions judiciaires. Est ici absente l'idée de protection des intérêts privés des parties.

15. Sécurité juridique. Une première série d'exigences formelles se rattache ainsi à la nécessité « de fixer, de garder mémoire, de prouver »²⁰. La sécurité juridique impose de conserver une trace de ce qu'un tribunal a été saisi, d'où l'exigence d'un écrit adressé au greffe, soit par le biais du placement de l'assignation, soit par la remise de la requête. Il est également conservé une trace écrite des prétentions, soit dans les conclusions déposées au greffe, soit dans les notes écrites prises par le greffier à l'audience des débats. Le même objectif de garder une trace est aujourd'hui également réalisé par l'emprunt de la voie électronique, obligatoire pour accomplir les actes de procédure devant la Cour de cassation, la cour d'appel et le tribunal judiciaire lorsque la représentation est obligatoire. La communication

19. V. également : devant le conseil de prud'hommes, l'article L. 1453-1 A, C. tr. ; devant le tribunal paritaire des baux ruraux, l'article 884, CPC.

20. J.-P. Andrieux, préc., spéc. p. 751.

électronique a en outre pour objet de simplifier, d'accélérer et de rendre plus économique la transmission des moyens et des pièces entre parties ainsi qu'entre les parties et la juridiction.

16. Bon fonctionnement des professions judiciaires. Les formalités au service du bon fonctionnement des professions judiciaires sont, par exemple, les règles de territorialité de la postulation, qui contraignent le justiciable dont le litige est soumis au tribunal judiciaire, dans le cadre d'une procédure avec représentation obligatoire, soit à être assisté et représenté par un avocat appartenant au barreau de l'un des tribunaux judiciaires situés dans le ressort de la cour d'appel dont dépend le tribunal saisi, soit à adjoindre à l'avocat qui l'assiste un avocat exclusivement postulant qui doit alors nécessairement appartenir au barreau du tribunal saisi (art. 5, loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971). Ces exigences ont pour but, traditionnellement, de permettre au juge d'évaluer la confiance qu'il peut placer dans les avocats constitués et d'assurer une répartition égale des avocats sur le territoire national²¹, et aujourd'hui, plutôt de protéger les avocats locaux. C'est un motif du même ordre qui justifie l'obligation faite au justiciable de faire appel à un commissaire de justice territorialement compétent, c'est-à-dire dans le ressort de la cour d'appel du siège de leur office (art. 1^{er}, décret n° 2021-1625 du 10 décembre 2021). Comme on le verra, la Cour de cassation traite la violation des règles de territorialité comme un vice de fond lorsqu'elle concerne les avocats, mais pas lorsqu'il s'agit d'un commissaire de justice incompétent (v. *infra* n° 25 et 26).

17. Bonne administration de la justice. Enfin, les formes destinées à assurer une bonne administration de la justice sont, par exemple, les exigences de structuration des écritures, qui visent à faciliter l'analyse du dossier par le juge. Dans les procédures écrites devant le tribunal judiciaire et devant la cour d'appel, les conclusions doivent en effet suivre un plan précis : d'abord un exposé des faits et de la procédure, puis une « discussion » des prétentions et des moyens et enfin un « dispositif » récapitulant les prétentions (art. 768, al. 2, CPC ; art. 954, al. 2, CPC). Cette obligation n'est d'ailleurs pas réservée à la procédure écrite, puisqu'elle est formulée dans les mêmes termes à

propos de la procédure orale, lorsque toutes les parties comparantes sont assistées ou représentées par un avocat et que des écritures sont déposées (art. 446-2, al. 2, CPC). Il semble qu'une telle exigence soit rendue nécessaire par la difficulté qu'éprouvent souvent les magistrats à la lecture de conclusions totalement désordonnées.

3. Les signatures obligatoires

18. Double objectif. Les signatures des parties ou de leurs représentants tendent à un double but : permettre à l'adversaire d'identifier l'auteur de l'acte de procédure et assurer ainsi le respect des droits de la défense, mais également laisser une trace de l'adhésion de l'auteur de l'acte au contenu de celui-ci. La signature du commissaire de justice a une utilité d'un autre ordre : elle confère à l'acte la nature d'un acte authentique et atteste ainsi, jusqu'à inscription de faux, que les diligences mentionnées dans l'acte ont bien été effectuées, ce qui, là encore, sert à la fois les droits des parties et la sécurité juridique.

19. La profusion de formes indispensables qui viennent d'être énumérées montre assez que le souhait, formulé par Thouret en 1790, que l'on parvint au prononcé du jugement « sans que l'on s'en soit aperçu » était radicalement incompatible avec les principes de sécurité juridique et des droits de la défense dont le procès a vocation à assurer le respect.

B. Des sanctions pour l'essentiel adaptées à l'objectif des règles de forme

20. Le fait qu'une règle de forme soit toujours au service d'un objectif substantiel permet de concevoir la sanction de sa méconnaissance d'une façon souple. Il arrivera en effet très souvent que l'objectif ne soit pas compromis en dépit de l'inobservation de la formalité. Dans ce cas, il est inutile de la sanctionner. C'est l'idée à l'origine du système instauré par le Nouveau Code de procédure civile (1). Toutefois, cette souplesse ne sied pas à la sanction de la violation de toutes les règles de forme. C'est pourquoi la jurisprudence a cherché à interpréter les textes en fonction de considérations d'opportunité, générant de ce fait une importante insécurité juridique, qu'un arrêt du 7 juillet 2006 a cependant considérablement réduite (2). Aujourd'hui,

21. Ph. Théry, *RTD civ.* 2011, p. 586.

le système de sanction des vices de forme, s'il n'est pas parfait, est globalement satisfaisant (3).

1. Le régime des nullités de forme instauré par le Nouveau Code de procédure civile

21. Histoire²². Avant l'ordonnance civile de 1667, face à un acte de procédure irrégulier, la nécessité de ne pas annuler automatiquement les actes de procédure entachés d'un vice de forme était apparue puisque certains parlements mettaient en œuvre l'adage « Nullité sans grief n'opère rien ». L'ordonnance de Colbert avait toutefois supprimé l'adage, lui préférant l'adage « Pas de nullité sans texte », et l'Ancien Code de procédure civile avait perpétué le système²³. Une loi du 12 janvier 1933 avait cependant réintroduit l'exigence d'un grief, en subordonnant la nullité des exploits d'ajournement et actes d'appel à la démonstration que l'irrégularité avait eu pour effet de « porter atteinte aux intérêts de la défense ». Un décret-loi du 30 octobre 1935 avait ensuite étendu la solution à tous les actes de procédure : il était exigé de démontrer que l'irrégularité avait « nui aux intérêts de la partie adverse » (art. 173, al. 1^{er}, ACPC). La jurisprudence n'avait cependant pas tardé à réduire la portée de l'exigence, notamment en excluant de son domaine d'application la violation des formalités jugées substantielles. Un tel dévoiement des intentions claires du législateur avait été vigoureusement critiqué, en particulier par Henri Solus et Roger Perrot.

22. Nouveau Code de procédure civile. Il faut savoir gré aux rédacteurs du Nouveau code de procédure civile d'avoir pris en considération ces critiques et d'avoir conçu un régime de nullité des actes de procédure pour vice de forme tout entier articulé autour de la volonté d'éviter la contestation chicanière et à mauvais escient des irrégularités formelles. Au centre de ce régime on trouve ainsi l'adage « Pas de nullité sans grief » (art. 114, al. 2, CPC) et l'admission de la régularisation lorsqu'elle ne laisse subsister aucun grief (art. 115, CPC). Le grief est en effet la « pierre angulaire du système »²⁴

de sanction du formalisme procédural : à partir du moment où chaque règle de forme poursuit un objectif situé en dehors d'elle, d'une part, il est concevable que sa violation n'interdise pas audit objectif d'être atteint, du moins lorsqu'il s'agit du formalisme informatif évoqué ci-dessus (v. *supra* n° 12), et d'autre part, même lorsque l'irrégularité compromet l'objectif visé, la simple rectification *a posteriori* de celle-ci peut permettre de l'atteindre finalement. Ces deux règles constituent la traduction technique de l'idée selon laquelle la nullité pour vice de forme a une fonction « essentiellement réparatrice »²⁵. C'est pourquoi il est important d'apprécier l'existence d'un grief *in concreto*²⁶ : si la violation de certaines règles de forme était considérée comme causant un grief en elles-mêmes, *in abstracto*, le but de l'adage serait compromis et la nullité risquerait d'être automatiquement prononcée alors que l'irrégularité n'aurait en réalité aucunement perturbé la défense de la partie.

23. Imperfections. L'application de ce régime à l'intégralité des vices de forme n'a cependant jamais fait l'unanimité, ni en jurisprudence ni en doctrine. En effet, la violation de certaines règles est insusceptible d'engendrer le moindre grief pour la partie adverse : il en est ainsi de la méconnaissance des règles de territorialité applicables aux avocats ou aux commissaires de justice, ou encore du fait que la cour d'appel ait été saisie d'un recours par voie papier et non par voie électronique. On dénombre également des règles dont on peut concevoir que leur violation engendre un grief pour les parties, sans cependant que la soumission de l'irrégularité à l'adage « Pas de nullité sans grief » apparaisse opportune. Il en est ainsi, par exemple, de l'interdiction pour le commissaire de justice d'instrumenter à la requête d'un justiciable qui présente avec lui un lien de parenté (art. 8 de l'ord. n° 2016-728 du 2 juin 2016) : il n'est pas impossible qu'en réalité, le commissaire de justice soit capable de rester parfaitement impartial, mais comment le savoir ? Mieux vaut annuler l'acte en tout état

22. Pour les références des arrêts antérieurs au NCPC, v. notre thèse, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. L. Cadet, IRJS, 2009, n° 24 et s.

23. Art. 1029 ACPC : « Aucune nullité n'est comminatoire ».

24. J. Lemée, « La règle "pas de nullité sans grief" depuis le nouveau Code de procédure civile », *RTD civ.* 1982, p. 23, n° 11.

25. R. Perrot, « Rapport sur les nullités de procédure en matière civile selon le droit français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 14, 1961-1962, *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Dalloz, 1965, p. 731.

26. Jurisprudence constante. Par ex. Civ. 2^e, 20 oct. 2011, n° 10-24.109. V. L. Mayer, *Rép. proc. civ. Dalloz*, v° Nullités, 2016, n° 210.

de cause. De même, devant le tribunal judiciaire lorsque la représentation est facultative, si le justiciable choisit d'être représenté *ad litem* par son ex-conjoint, en violation de l'article 762 du Code de procédure civile, peut-être est-il fondé à avoir toute confiance dans le zèle de celui-ci, mais là encore, la négligence éventuelle du représentant sera difficile à caractériser et en outre elle le sera trop tard : il vaut mieux sanctionner l'irrégularité, si toutefois elle n'est pas régularisée en cours d'instance.

C'est pourquoi la Cour de cassation a longtemps soustrait de nombreuses irrégularités de forme au régime de la nullité pour vice de forme.

2. L'évolution de la jurisprudence en matière de nullités de forme

24. Insécurité juridique. Afin d'appliquer à certaines irrégularités de forme un régime suffisamment sévère, la Cour de cassation a longtemps usé de deux procédés : tantôt elle qualifiait certains vices formels de vices de fond, en procédant à une extension – au demeurant autorisée par la formulation du texte – des cas de vices de fond énumérés à l'article 117 du Code de procédure civile, tantôt elle constatait que le vice de forme était tellement grave qu'il interdisait même d'estimer qu'on était face à un véritable acte de procédure. Autrement dit, l'acte devait être considéré comme omis, ce qui était une application de la théorie de l'inexistence²⁷. De tels procédés avaient cependant conduit à une grave insécurité juridique. Face à un acte entaché d'un vice formel, il devenait très difficile de savoir si son annulation serait normalement subordonnée à la réunion des conditions posées par le régime de la nullité pour vice de forme ou si l'acte serait privé d'effets automatiquement.

25. Réaction. C'est pourquoi, dans un arrêt de Chambre mixte du 7 juillet 2006²⁸, la Cour de

cassation a posé fermement en principe que la liste de vices de fond de l'article 117 du Code de procédure civile était limitative²⁹, et que toute irrégularité non rattachable à l'article 117 devait être qualifiée de vice de forme et soumise en tant que telle au régime correspondant.

Cette ligne stricte a été plutôt bien suivie par la Cour de cassation. La plupart des irrégularités autrefois qualifiées de vices de fond ont réintégré le giron des vices de forme. Il en est ainsi par exemple de l'incompétence territoriale du commissaire de justice³⁰, ou de son absence de signature sur une assignation³¹. Il en est également ainsi en matière d'actes d'exécution d'une mesure d'instruction, auxquels les dispositions relatives à la nullité des actes de procédure sont réputées applicables par l'article 175 du Code de procédure civile. Dans la mesure où aucun des vices de l'article 117 ne pourra probablement jamais être constaté à propos de l'un de ces actes, tous les vices sont désormais qualifiés de vices de forme, y compris les manquements par l'expert au principe de la contradiction, par exemple³². Et il n'arrive presque³³ plus jamais à la Cour de cassation d'estimer qu'un acte formellement déficient a été omis.

26. Tempéraments. Pour autant, la méconnaissance de certaines formalités est encore soumise à l'application de la nullité pour vice de fond. On citera ainsi la méconnaissance des règles de territorialité de la postulation, assimilée par la Cour à un défaut de pouvoir de représentation *ad litem*³⁴, ce qu'à proprement parler, elle n'est pas³⁵. Il en est de même du choix par le plaideur d'un représentant *ad litem* qui ne répond pas aux conditions posées par un texte propre à une juridiction³⁶ (v. *supra* n° 13). D'autres méconnaissances d'une règle de forme ont été qualifiées de vices de fond, sans qu'on puisse pareillement les assimiler à un vice énuméré par l'article 117 du

27. Sur cette jurisprudence, v. notre thèse, *op. cit.*, n° 49 et s.

28. Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20.026, *RTD civ.* 2006, p. 820, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, 10146, note E. Putman ; *JCP G* 2006, 183, n° 12, obs. Y.-M. Serinet ; *Procédures* 2006, n° 200, obs. R. Perrot ; *Dr. et patr.* 2007, n° 156, obs. Amrani Mekki.

29. Affirmation jurisprudentielle qui n'était en réalité pas nouvelle, mais qui n'avait jusqu'alors pas été respectée par la Cour de cassation elle-même.

30. Civ. 2°, 5 juin 2014, n° 13-13.765.

31. Civ. 2°, 15 janv. 2009, n° 08-11.446.

32. Par ex. Civ. 2°, 21 mars 2013, n° 12-16.995.

33. V. cependant : Civ. 2°, 2 juill. 2020, n° 19-14.893 ; Civ. 2°, 2 sept. 2015, n° 13-28.017 ; Civ. 2°, 4 sept. 2014, n° 13-22.654.

34. Civ. 2°, 28 janv. 2016, n° 14-29.185.

35. J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *op. cit.*, n° 222 ; Ph. Théry, *RTD civ.* 2014, p. 944.

36. Civ. 2°, 25 mars 2010, n° 09-13.672.

CPC. Il en est ainsi, par exemple, de l'existence d'un lien de parenté entre l'huissier et la partie qui le requiert d'instrumenter³⁷, ou encore de l'absence de signification de l'acte au curateur du destinataire sous curatelle, en violation de l'article 467, al. 3, C. civ.³⁸ Mais ces extensions de la catégorie des vices de fond restent rares³⁹.

27. Sanctions alternatives à la nullité. Enfin, il faut citer des irrégularités formelles qui sont soustraites au régime de la nullité pour vice de forme parce que le législateur ou la jurisprudence leur infligent une sanction d'une autre nature.

Premièrement, la loi préfère parfois l'irrecevabilité à la nullité pour vice de forme, notamment à l'égard du défaut de motivation de l'acte (articles 75, 85, 126-2, 306, 344, etc., CPC) ou en cas d'omission d'une mention obligatoire dans certains actes (articles 57, 59, 961, etc., CPC). La jurisprudence, de son côté, sanctionne par une irrecevabilité le défaut de saisine régulière de la juridiction, c'est-à-dire le cas dans lequel l'auteur de la saisine de la juridiction n'a pas emprunté le bon support formel⁴⁰. C'est également la sanction fulminée par l'article 930-1 du Code de procédure civile lorsque les actes de procédure ne sont pas remis par voie électronique à la cour d'appel alors que la représentation est obligatoire.

Deuxièmement, la Cour de cassation applique une sanction originale aux actes de signification d'un jugement qui indiquent de façon erronée la voie de recours ouverte, son délai ou ses modalités : le délai de recours ne court pas, mais tous les autres effets de l'acte sont maintenus⁴¹.

28. Libéralisation temporelle de la régularisation. Une autre évolution jurisprudentielle doit être signalée à propos du second aspect essentiel du régime de la nullité pour vice de forme, la régularisation. L'article 115 du Code de

procédure civile dispose en effet que « la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte *si aucune forclusion n'est intervenue* et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief ». En principe, la régularisation d'un acte entaché d'un vice, pour être efficace, devrait ainsi intervenir avant qu'expire le délai de prescription ou le délai préfix que l'acte vicié aurait eu pour effet d'interrompre en l'absence de la cause de nullité. Tel était l'état du droit positif avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 relative à la prescription extinctive. Toutefois, désormais, l'article 2241, alinéa 2, du Code civil dispose que la demande en justice interrompt les délais même lorsque « l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ». Il en résulte que l'acte entaché d'un vice de forme a néanmoins interrompu le délai, à la suite de quoi aucun délai n'a couru pendant tout le procès (art. 2242, C. civ.). La régularisation n'est donc plus enserrée dans un quelconque délai et elle peut intervenir à tout moment au cours de l'instance⁴². La Cour de cassation a en outre choisi d'appliquer la règle de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil à un acte de saisine d'une juridiction de recours (déclaration d'appel, déclaration de pourvoi, mais pas déclaration de saisine de la juridiction de renvoi⁴³) affecté d'un vice de forme, ce qui n'allait pas de soi, comme un auteur l'a montré⁴⁴. Il en résulte que l'acte de saisine interrompt le délai de recours même en présence d'un vice. La Cour de cassation en déduit ici encore qu'une régularisation peut intervenir pendant toute la durée de l'instance⁴⁵, ce qui ne s'imposait pas davantage⁴⁶.

3. *Appréciation du droit positif applicable aux nullités de forme*

29. Diversité des opinions doctrinales. Le droit positif actuel en matière de sanction non-respect du formalisme, que l'on vient de

37. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2016, n° 15-11417.

38. Civ. 1^{re}, 22 oct. 2017, n° 16-24869.

39. Pour d'autres exemples, v. L. Mayer, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° Nullités, 2016, n° 124 à 149.

40. Par ex., Civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 13-10.462, dans lequel la cour d'appel avait été saisie par télécopie au lieu de la déclaration au greffe requise.

41. Par ex., Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 14-23768.

42. Civ. 1^{re}, 25 nov. 2010, n° 09-69124, *Procédures* 2011, n° 50, obs. R. Perrot.

43. Civ. 2^e, 14 mars 2021, n° 19-13.344, *Dalloz act.* 29 mars 2021, note G. Maugain. V. cependant, en sens contraire : Com., 20 nov. 2012, n° 11-26581, *Gaz. Pal.* 9 mars 2013, p. 40, obs. L. Mayer.

44. Lire à ce sujet : Ph. Théry, *RTD civ.* 2018, p. 962.

45. Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 16-14300 ; Civ. 2^e, 7 juin 2018, n° 17-16661, *RTD civ.* 2018, p. 962, obs. Ph. Théry.

46. Ici encore : lire Ph. Théry, obs. préc.

décrire, fait l'objet de critiques doctrinales. Certains auteurs lui reprochent d'être insuffisamment sévère à l'égard de la violation de règles de forme qui sont en réalité fondamentales, d'autres au contraire estiment que le système fait encore une part trop belle à un formalisme stérile.

Un auteur décèle par exemple dans l'arrêt de Chambre mixte du 7 juillet 2006 le « coup de grâce » porté à une catégorie « en souffrance », celle des nullités de procédure⁴⁷. Par sa faute, des « irrégularités massives » échappent à toute sanction, ainsi de la violation du contradictoire par l'expert, qui « devient une simple irrégularité formelle »⁴⁸. À l'inverse, selon un autre auteur, qui salue « l'effort de simplification et de clarification des catégories procédurales », il s'agit d'un « grand et bel arrêt »⁴⁹.

30. Bilan globalement positif. Nous risquant à notre tour à une appréciation du système actuel, nous l'approuverons pour l'essentiel. Le fait que la violation de principes fondamentaux soit traitée comme une simple irrégularité formelle ne nous paraît pas choquant. La qualification d'« irrégularité formelle » n'a rien d'infamant, et si l'expert n'a pas respecté la formalité de la transmission à toutes les parties de l'avis d'un sapiteur, par exemple, il n'est nul besoin d'annuler le rapport si l'expert ne s'est pas fondé sur cet avis. L'adage « Pas de nullité sans grief » paraît particulièrement adapté à ce type d'obligations faites à l'expert, puisqu'il s'agit de règles qui ont pour objet d'informer les parties d'éléments utiles à leur défense (v. *supra* n° 12).

En revanche, il est exact que la violation des règles de forme qui n'ont pas pour objet d'informer une partie d'éléments utiles à sa défense se prête mal à l'exigence de la démonstration d'un grief. Il ne faut donc pas subordonner le prononcé de la sanction à l'exigence d'un grief impossible à démontrer⁵⁰. C'est dire que nous approuvons la qualification de vice de fond conférée à la constitution d'un avocat qui n'ap-

partient pas au bon barreau (v. *supra* n° 26), solution qui, au demeurant, n'engendre aucune insécurité juridique, dès lors qu'elle est claire et constante. Toutefois, cela ne signifie pas qu'un acte accompli par un tel avocat doit toujours être annulé. Il faut au contraire faciliter au maximum la régularisation des actes entachés de ce type de vices de fond, en l'occurrence par la constitution dans des conclusions postérieures d'un avocat postulant compétent, sans limitation de délai. C'est d'ailleurs le sens de la jurisprudence⁵¹. En revanche, l'incompétence territoriale du commissaire de justice, aujourd'hui qualifiée de vice de forme (v. *supra* n° 25), devrait pouvoir entraîner l'annulation de l'acte sans démonstration d'un grief, par hypothèse inexistant pour les parties, mais il faudrait là encore permettre à celles-ci de délivrer un nouvel acte par voie d'huissier, tout en conservant le bénéfice de l'interruption de délai attachée au premier acte.

Quant à la suppression de tout délai pour régulariser un acte introductif d'instance ou un acte de saisine d'une juridiction de recours (v. *supra* n° 28), il est vrai qu'elle repose sur une interprétation audacieuse des textes s'agissant de ce dernier acte, puisque aussi bien, il aurait pu être décidé que, certes, l'acte vicié interrompait le délai de recours, mais que celui-ci recommençait alors à courir pour le même temps⁵². La Cour de cassation décide au contraire que la régularisation peut intervenir pendant toute la durée de l'instance. Cette solution mérite cependant approbation : dès lors qu'on admet qu'une déclaration de recours entachée d'un vice de forme puisse être régularisée, pourquoi priver de tout droit à un recours le plaideur qui n'aurait pris conscience de l'irrégularité que tardivement, après l'expiration d'un nouveau délai nécessairement très court ?

31. Gêne persistante. L'arrêt de Chambre mixte du 7 juillet 2006 laisse finalement assez peu de sujets de mécontentement. Il en subsiste

47. X. Lagarde, « La fragilité des catégories », in X. Lagarde et B. Pireyre (dir.), *Vers un renouvellement des catégories en procédure civile ?*, Actes des dixièmes rencontres de procédure civile, IRJS, 2022, p. 11, spéc. p. 14.

48. *Ibid.*

49. L. Boré, « Les catégories à l'épreuve de la pratique. Apologie pour les faiseurs de système et pour l'arrêt du 7 juillet 2006 », in X. Lagarde et B. Pireyre (dir.), *Vers un renouvellement des catégories en procédure civile ?*, préc., p. 19, spéc. p. 21.

50. J. Lemée, « La règle "pas de nullité sans grief" depuis le nouveau Code de procédure civile », *RTD civ.* 1982, p. 23 ; Ph. Théry, *RTD civ.* 2011, p. 586 ; J. Pellerin, « L'omission de l'acte de procédure », in *Mélanges Jean Buffet*, LPA, 2004, p. 379 ; C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile, À la recherche d'un clavier bien tempéré », préc.

51. Civ. 2^e, 5 mai 2011, n° 10-14.066.

52. En ce sens : Ph. Théry, *RTD civ.* 2018, p. 962.

néanmoins un, dénoncé par plusieurs auteurs⁵³. Il s'agit de la sanction de l'irrecevabilité que la Cour de cassation, et parfois le législateur, ont choisi d'appliquer au défaut de saisine régulière de la juridiction (v. *supra* n° 27). Certes, il n'est pas souhaitable que le tribunal puisse être saisi par un coup de téléphone au greffe. Or, le régime de la nullité pour vice de forme ne permettrait pas une annulation puisque l'adversaire ne serait pas susceptible de démontrer un quelconque grief du fait de cette irrégularité. De la même façon, lorsqu'une cour d'appel a été saisie par une déclaration papier alors qu'elle aurait dû être saisie par la voie électronique (art. 930-1, CPC), l'irrégularité ne nuit pas à la partie adverse, et pourtant il convient de la sanctionner.

Pour autant, la sanction de l'irrecevabilité ne paraît pas satisfaisante. D'abord, parce que, si une fin de non-recevoir peut être régularisée (art. 126, CPC), la régularisation n'empêchera pas que l'effet interruptif de prescription et de forclusion attaché à l'acte de saisine irrégulier soit réputé non avenu en application de l'article 2243 du Code civil. L'irrecevabilité ne bénéficie pas, en effet, des largesses offertes par l'article 2241, alinéa 2, à la nullité pour vice de procédure. Or, une telle sévérité ne paraît pas justifiée, face à ce qui demeure la méconnaissance d'une formalité uniquement destinée à prouver facilement que le tribunal a été saisi. Ensuite, parce que, comme le fait observer un auteur, il n'est sans doute pas nécessaire de sanctionner avec une telle brutalité des irrégularités qui pourraient être intégralement évitées par un « dispositif qui aurait pour ambition non pas de résoudre le problème que posent ces irrégularités en fulminant une sanction mais de le dissoudre en concevant des formulaires procédurales informatiques adaptés, créant un monde procédural idéal sans irrégularité, dans lequel les avocats et les juges n'auraient

plus à se préoccuper de la police des formes procédurales (les uns pour y échapper, les autres pour la faire respecter), et pourraient se concentrer uniquement sur les problèmes de fond, les vrais, ceux qui touchent aux droits litigieux des plaideurs » ?⁵⁴ Il faut d'ailleurs mentionner que la France a été récemment condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Xavier Lucas c. France*⁵⁵, à propos de l'irrecevabilité d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale déposé par une déclaration papier au lieu d'une déclaration par voie électronique. Il est vrai, cependant, que le formalisme excessif constaté en l'occurrence par la Cour EDH résultait des circonstances très particulières de l'espèce.

32. Un formalisme raisonné pour l'essentiel. Pour conclure, tel qu'il est mis en œuvre, le système de sanction des irrégularités formelles est encore susceptible d'être ponctuellement amélioré. Diverses propositions de modification des articles 112 à 121 du Code de procédure civile ont d'ailleurs été émises en ce sens⁵⁶, ainsi que des propositions plus générales de réorganisation du complexe système des sanctions procédurales⁵⁷. Pour autant, bon an, mal an, grâce à la mise en œuvre de l'adage « Pas de nullité sans grief » et de larges possibilités de régularisation, la violation de la plupart des règles de forme n'entraîne que rarement une sanction disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis.

Il en était du moins ainsi jusqu'à récemment.

II. Le glissement vers un formalisme déraisonnable en appel

33. Évolution récente. Avec le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, de nouvelles exigences formelles ont fleuri dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire⁵⁸. Certaines d'entre elles présentent sans doute une

53. L. Boré, préc., n° 13 et s. ; N. Cayrol, « Antithèses sur les nullités des actes de procédure », in *Mélanges Natalie Fricero*, Dalloz, à paraître.

54. N. Cayrol, *ibid.*, n° 23.

55. CEDH, sect., 9 juin 2022, n° 15567/20, *Xavier Lucas c. France*, *Gaz Pal.* 25 oct. 2022, p. 56, obs. M. Plissonnier ; *JCP G* 2022, 1345, n° 2, note L. Mayer ; *Procédures* 2022, comm. 202, note N. Fricero.

56. V. en dernier lieu : N. Cayrol, « Antithèses sur les nullités des actes de procédure », préc. Auparavant : L. Mayer, *Rép. proc. civ. Dalloz*, v° Nullités, 2016, n° 96 et s. ; et encore avant : notre thèse (*Actes du procès et théorie de l'acte juridique, op. cit.*), mais notre opinion a sensiblement évolué depuis lors.

57. C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré », préc. ; G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, th. Aix-Marseille Université, dir. E. Putman, 2019.

58. La procédure d'appel sans représentation obligatoire est, quant à elle, laissée en dehors de cet emballage du formalisme. V. par ex. : *Civ. 2^e*, 9 sept. 2021, n° 20-13.662, *RTD civ.* 2022, p. 445, obs. N. Cayrol ; *Civ. 2^e*, 29 sept. 2022, n° 21-23.456.

utilité, quoique la sanction de leur méconnaissance paraisse excessive. Il en est ainsi de l'obligation de structurer ses conclusions, déjà évoquée (v. *supra* n° 17). La sanction paraît excessivement sévère : les textes cités précisent que le juge ou la cour « ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion » (art. 954, CPC, ainsi que les articles 446-2, al. 2 et 768, CPC). On ne voit pas l'intérêt de priver ainsi d'accès au juge la partie dont l'avocat a commis une simple erreur formelle. La sanction est d'autant plus sévère en appel que la Cour de cassation estime que les conclusions doivent répondre à l'exigence dès le délai légal prévu à l'article 908 du CPC⁵⁹, ce qui semble enserrer la possibilité d'une régularisation dans un délai très court. Au moins l'exigence formelle en elle-même est-elle compréhensible.

Il n'en est pas de même des nouvelles mentions obligatoires que le législateur, puis la Cour de cassation ont imposées dans la perspective d'un potentiel futur retour à une conception de l'appel considéré comme un recours dirigé exclusivement contre un jugement et non plus comme une voie d'achèvement du litige. Ce renforcement du formalisme ne laisse pas d'inquiéter, dès lors que l'utilité de ces nouvelles règles de forme n'apparaît pas toujours (A) et que la sévérité des sanctions appliquées par la Cour de cassation à leur méconnaissance paraît, en tout état de cause, disproportionnée (B).

A. De nouvelles exigences formelles à l'utilité douteuse

1. Les exigences nouvelles

34. Déclaration d'appel. Une première exigence formelle nouvelle est issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, lorsqu'il s'agit d'une procédure avec représentation obligatoire, la déclaration d'appel doit mentionner, à peine de nullité : « 4° Les chefs du jugement expressément criti-

qués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible » (art. 901, CPC). Les mentions « appel total » ou « appel général », en usage jusqu'alors, constituent ainsi désormais une méconnaissance de l'article 901, 4° du CPC.

35. Conclusions d'appel. Une autre règle nouvelle de forme concerne la rédaction des conclusions d'appel. Elle a été posée par la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 2020⁶⁰. Selon la Cour, « il résulte des articles 542 et 954 du code de procédure civile que lorsque l'appelant ne demande dans le dispositif de ses conclusions ni l'infirmité ni l'annulation du jugement, la cour d'appel ne peut que confirmer le jugement ». Sans analyser pour l'heure la sanction choisie par la Cour, il résulte d'une telle formule que l'appelant⁶¹ doit désormais, dans le dispositif de ses conclusions, solliciter expressément l'infirmité ou l'annulation du jugement avant de reprendre les prétentions dont il a été débouté en première instance. Intellectuellement, l'exigence n'a rien d'absurde, puisque la cour d'appel doit d'abord détruire le chef de jugement concerné afin d'être en mesure de statuer à nouveau sur la demande. Il n'empêche qu'il s'agit d'une contrainte formelle inédite, qui résulte d'une interprétation large du terme « prétention » employé à l'article 954 du Code de procédure civile : la demande d'infirmité ou d'annulation est désormais considérée comme une prétention, et à ce titre elle doit être mentionnée dans le dispositif des conclusions, faute pour la cour de n'en être pas saisie. La Cour reconnaît bien volontiers qu'il s'agit là « de l'interprétation nouvelle d'une disposition au regard de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 et qui n'a jamais été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt publié », raison pour laquelle elle écarte « l'application immédiate de cette règle de procédure dans les instances introduites par une déclaration

59. Civ. 2^e, 9 sept. 2021, n° 20-17263, *Procédures* 2021, comm. 288, note S. Amrani Mekki ; *D.* 2021, p. 1848, note M. Barba ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° GPL428i7, note L. Mayer.

60. Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 18-23626, *JCP G* 2020, 1472, n° 6, note L. Mayer ; *Dalloz act.* 1^{er} oct. 2020, obs. C. Auché et N. de Andrade ; *D.* 2020, p. 2046, note M. Barba.

61. La solution a ensuite été étendue aux conclusions de l'appelant incident : Civ. 2^e, 1^{er} juill. 2021, n° 20-10.694, *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° GPL428g9, note S. Amrani Mekki. La solution a été réaffirmée plusieurs fois : Civ. 2^e, 20 mai 2021, n° 19-22.316 et 20-13.210, F-B, *Dalloz act.* 4 juin 2021, obs. C. Lhermitte ; *D.* 2021, p. 1217, comm. M. Barba ; *Procédures* 2021, comm. 186, obs. R. Laffly.

d'appel antérieure à la date du présent arrêt », car elle « aboutirait à priver les appelants du droit à un procès équitable ».

Reste à caractériser l'objectif poursuivi par ces nouvelles exigences.

2. Leur utilité ?

36. Sécurité juridique et efficacité de la procédure d'appel ? L'utilité de mentionner les chefs de jugement critiqués dans la déclaration d'appel a été caractérisée en termes très flous par un arrêt postérieur : une telle mention « encadre les conditions d'exercice du droit d'appel dans le but légitime de garantir la bonne administration de la justice en assurant la sécurité juridique et l'efficacité de la procédure d'appel »⁶². On cherchera en vain en quoi l'exigence assure « la sécurité juridique et l'efficacité de la procédure d'appel »⁶³. S'agit-il de garantir que les parties et la cour d'appel soient informées avec certitude des chefs du jugement qui sont critiqués ? Mais une telle certitude résultait déjà de la mention, dépourvue d'ambiguïté, « appel général ». On ne voit guère en quoi obliger les parties à un fastidieux recopiage contribuerait à rendre la procédure d'appel plus efficace. Quant à l'obligation de demander d'abord l'infirmité du jugement, qui résulte d'une interprétation innovante de l'article 954 du Code de procédure civile, elle n'a pas davantage d'effet « sécurisant » pour « le travail du juge d'appel et des conseils des parties »⁶⁴. De fait, lorsque l'appelant se contente de réitérer les prétentions qui n'ont pas été accueillies en première instance, ce n'est peut-être pas satisfaisant intellectuellement, mais concrètement il ne fait de doute pour personne qu'il demande implicitement à ce que la décision soit préalablement détruite sur ce point – ce qu'il a d'ailleurs déjà explicitement sollicité dans la déclaration d'appel⁶⁵.

37. Le véritable objectif : la volonté de recentrer l'appel sur la critique du jugement. Au sujet de l'arrêt du 17 septembre 2020, la

lecture de la lettre de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation de juin 2022 offre une perspective différente et instructive. La lettre précise en effet que la nouvelle exigence des conclusions d'appel vise à « prendre en juste considération l'esprit de la réforme opérée par le décret du 6 mai 2017 en liant la finalité de l'appel, voie de réformation ou d'annulation, telle que l'énonce l'article 542 du code de procédure civile, et l'exigence de structuration des écritures prescrite à l'article 954, lesquelles doivent être "dispositives", en d'autres termes doivent comporter un dispositif formulant des prétentions »⁶⁶.

Ainsi s'expliquent en réalité les deux exigences que nous avons choisi d'étudier plus particulièrement. Il faut ici rappeler le contexte dans lequel s'est inscrit le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, à l'origine notamment de la création de l'article 901, 4° du CPC. Hostile depuis quelques années à la conception de l'appel comme une voie de réformation du jugement doublée d'une voie d'achèvement du litige, conception consacrée par les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile en rupture avec le passé, le Ministère a pour dessein à plus ou moins long terme de revenir à un appel qui serait une voie de réformation pure, sans possibilité d'élargir la saisine de la cour d'appel au-delà de ce dont le juge de première instance avait lui-même été saisi – sauf si la nécessité en est apparue postérieurement au jugement attaqué. Toutefois, les auteurs du décret n° 2017-891 n'ont pas consacré cette dernière conception de l'appel. Ils se sont contentés, sur le plan des exceptions à la prohibition des prétentions nouvelles, de restreindre le champ d'application d'une seule d'entre elles (celle prévue à l'article 566 du CPC) et, sur un plan plus symbolique, de reformuler les articles 542 et 562 du Code de procédure civile de façon à mettre en avant le fait que l'appel, s'il est toujours une voie d'achèvement, n'en est pas moins avant tout une voie de réformation, c'est-à-dire un recours dirigé contre un jugement. Aussi l'article 542

62. Civ. 2^e, 30 janv. 2020, n° 18-22528, *Gaz. Pal.* 28 avr. 2020, p. 45, obs. S. Amrani Mekki ; D. 2019, p. 576, obs. N. Fricero ; *JCP G* 2020, 336, note Ph. Gerbay ; *Procédures* 2020, n° 55, note H. Croze ; *JCP G* 2020, 708, n° 8, obs. L. Mayer.

63. En ce sens : S. Amrani Mekki, *Gaz. Pal.* 28 avr. 2020, p. 45.

64. Tel est l'objet, selon le Directeur des affaires civiles et du sceau de l'époque, des exigences de formalisation des actes en appel issues du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 (qui n'englobent donc pas celle ajoutée ultérieurement par l'arrêt du 17 septembre 2020) : T. Andrieu, « La réforme de la procédure d'appel », *Gaz. Pal.* 31 oct. 2017, p. 45, spéc. p. 48.

65. C. Lhermitte, « Proposition de réforme de la procédure d'appel : le nivellement par le bas ? », *Dalloz act.* 24 nov. 2022. Comp. M. Barba, D. 2022, p. 2046.

66. Lettre de la Civ. 2^e, Hors-série n° 2, *Procédure de l'appel civil*, juin 2022.

dispose-t-il désormais : « L'appel tend, *par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré*, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel »⁶⁷. Et corrélativement à l'adjonction d'un 4° à l'article 901, l'article 562 du Code de procédure civile a été modifié, en ce qu'il dispose désormais que « l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement *qu'il critique expressément* et de ceux qui en dépendent », alors qu'auparavant étaient également déferés à la cour les chefs de jugement « implicitement » critiqués.

Les modifications purement rédactionnelles des articles 542 et 562 visent à acclimater progressivement l'idée d'un appel tout entier orienté vers la critique du jugement, dans le but de supprimer un jour toutes les possibilités d'élargir la saisine de la cour d'appel à des éléments factuels ou juridiques non discutés en première instance, ainsi que l'explique un auteur : « Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 a déjà planté les graines d'une telle mutation en ancrant symboliquement dans l'article 542 du Code la "critique du jugement" que doit formuler l'appel, signifiant par là même qu'il ne doit pas s'agir d'un nouveau procès au contenu largement ouvert. [...] Recentrer le procès civil sur la première instance, tel est le crédo »⁶⁸.

Dans cette perspective, il apparaît que l'exigence nouvelle de mentionner expressément tous les chefs de jugement critiqués, y compris lorsque l'appel est total, a pour objectif d'attirer l'attention de la partie et de son avocat, contraint de recopier consciencieusement tous les chefs de jugement dans la déclaration d'appel – ou désormais, dans une annexe⁶⁹ –, sur le fait que le recours qu'ils choisissent d'exercer a pour objet principal la critique du jugement attaqué, et seulement accessoirement la soumission à la cour d'appel de nouveaux moyens ou de nouvelles prétentions. L'avocat est sans doute également censé s'interroger, à propos de chaque chef de jugement qu'il recopie, sur l'opportunité réelle de le critiquer. S'il se rend compte qu'un appel limité à certains chefs lui suffit, c'est autant de temps gagné pour la cour d'appel.

Quant à l'obligation de demander d'abord l'infirmité du jugement dans le dispositif des conclusions d'appel, elle a pour but d'attirer subliminalement l'attention de l'appelant et de son avocat sur le fait que l'appel est une voie de recours, dont l'objet est d'abord de faire juger qu'une décision de justice a été mal rendue⁷⁰, décision dont il convient donc de commencer par demander l'infirmité au lieu de soumettre directement à la cour d'appel des prétentions sur le fond. D'où le visa, par l'arrêt du 17 septembre 2020, de l'article 542 du Code de procédure civile dans sa nouvelle rédaction.

38. Scepticisme. Il faut cependant reconnaître que les effets réels de ces deux nouvelles exigences sont très hypothétiques. Par quel miracle le *pensum* exigé par l'article 901, 4° du CPC pourrait-il conduire l'appelant et son avocat à prendre conscience que l'appel est d'abord une voie de recours orientée vers la critique du jugement ? Quant à l'espoir que l'avocat obligé d'énumérer expressément les chefs du jugement renoncera à en critiquer certains, il ne paraît pas réaliste (d'autant que la formalité s'accomplira le plus souvent par un simple copier-coller...). Pas davantage, le fait pour les avocats d'énoncer en toutes lettres dans le dispositif leur souhait de voir d'abord le jugement infirmé avant de former à nouveau leurs prétentions de première instance ne semble de nature à susciter intimement chez eux une modification de leur conception de l'appel. Et ce, d'autant plus que les justiciables et même les avocats n'ont, dans leur très grande majorité, aucune connaissance du débat qui oppose aujourd'hui les tenants des deux conceptions de l'appel. Ils ignorent pour la plupart l'existence d'un projet visant à supprimer toutes les possibilités d'évolution du litige en appel (sauf exceptions) et sont donc bien loin de comprendre que l'obligation qui leur est faite d'évoquer expressément le jugement attaqué a pour but de les préparer à une telle réforme.

Encore ces deux innovations seraient-elles inoffensives si leur méconnaissance donnait lieu à la mise en œuvre de la sanction appropriée à ces deux vices de forme : une nullité qui sup-

67. Le passage souligné a été ajouté par le décret du 6 mai 2017.

68. F. Ferrand, in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit., n° 1318. Lire également : T. Andrieu, « La réforme de la procédure d'appel », préc., spéc. p. 47.

69. Sur l'imbrroglio de l'annexe à la déclaration d'appel et son épilogue, v. L. Veyre, *JCP G* 2022, 661, n° 2 et *JCP G* 2022, 1345, n° 5. 70. J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 684.

pose la démonstration d'un grief, par hypothèse indémontrable. Mais la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a veillé à éviter pareille conséquence.

B. Des sanctions nouvelles et disproportionnées

39. Textes. L'article 901 du Code de procédure civile prévoit que les mentions de la déclaration d'appel lorsque la représentation est obligatoire sont requises « à peine de nullité ». Trois avis de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avaient eu l'occasion de préciser qu'il s'agissait d'une nullité pour vice de forme⁷¹. Quant à l'obligation de demander expressément l'infirmité du jugement dans le dispositif des conclusions d'appel, elle n'existait pas dans les textes et n'était donc pas assortie de sanction.

40. Jurisprudence : absence de saisine de la cour d'appel. La Deuxième Chambre civile a donc innové également en ce qui concerne la sanction du non-respect des deux nouvelles règles.

S'agissant de la méconnaissance de l'article 901, 4° du Code de procédure civile, un arrêt du 30 janvier 2020, après avoir rappelé l'article 562 du CPC, selon lequel, rappelons-le, « l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent », affirme : « Il en résulte que lorsque la déclaration d'appel tend à la réformation du jugement sans mentionner les chefs de jugement qui sont critiqués, l'effet dévolutif n'opère pas ». Ainsi, la Cour interprète l'article 562 du CPC dans l'esprit qui était probablement celui de ses rédacteurs en 2017, c'est-à-dire en lien avec l'obligation formelle de mentionner les chefs de jugement critiqués dans la déclaration d'appel, dont il prolonge les conséquences relativement à l'étendue de l'effet dévolutif.

Il y a pourtant lieu de souligner que les textes ne contraignaient nullement la Deuxième Chambre civile à une telle interprétation. Il était en effet parfaitement concevable de décor-

réler l'article 562 du CPC de l'article 901, 4° dudit code, comme le suggère un auteur⁷², et d'admettre que les expressions « appel général » ou « appel total » signifient, de manière « expresse », que la totalité des chefs de jugement attaqué sont critiqués par l'appelant. Certes, cette interprétation autonome du texte n'aurait sans doute pas été conforme à l'intention des rédacteurs du décret, mais, outre qu'elle eût présenté l'avantage de neutraliser une règle à l'utilité douteuse, elle était également la seule susceptible d'assurer une sécurité juridique aux justiciables ignorants des desseins du législateur⁷³ (v. *supra* n° 38). L'arrêt du 30 janvier 2020 a pris au contraire le parti de renforcer le formalisme.

Quant à la sanction de l'absence de demande d'infirmité dans le dispositif des conclusions d'appel, elle réside, selon l'arrêt du 17 septembre 2020, dans l'obligation pour la cour d'appel de confirmer le jugement, exactement comme si elle n'avait été saisie d'aucune demande⁷⁴. Dans des arrêts postérieurs, la Cour a également estimé que les conclusions qui doivent être déposées dans les trois mois selon l'article 908 CPC sont des conclusions conformes aux exigences de l'article 954 CPC, c'est-à-dire, depuis le 17 septembre 2020, des conclusions qui contiennent une demande d'infirmité ou d'annulation du jugement, et qu'en conséquence, en l'absence de cette demande dans les premières conclusions d'appel, la caducité de la déclaration d'appel peut également être prononcée, soit par la cour d'appel, soit d'office par le conseiller de la mise en état⁷⁵. Ainsi, à nouveau, une sanction radicale vient frapper l'erreur purement formelle de l'appelant négligent : l'impossibilité d'obtenir l'infirmité du jugement qu'il viendra de critiquer à longueur de pages dans le corps de ses conclusions.

41. Régularisation. La sévérité des sanctions ainsi attachées au non-respect du nouveau formalisme d'appel est renforcée par les conditions drastiques auxquelles la Cour de cassation soumet la régularisation. S'agissant de l'absence de mention des chefs de jugement critiqués, l'arrêt

71. Civ. 2^e, avis, 20 déc. 2017, n° 17-70.034, n° 17-70.035 et n° 17-70.036, n° 2017-026470 et n° 2017-026469, *JCP G* 2018, 173, note Ph. Gerbay; *Gaz. Pal.* 6 févr. 2018, p. 34, note S. Amrani Mekki.

72. Ph. Gerbay, obs. préc.

73. V. H. Croze, obs. préc. sous Civ. 2^e, 30 janv. 2020.

74. Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 18-23626, préc.

75. Civ. 2^e, 4 nov. 2021, n° 20-15.766; Civ. 2^e, 9 juin 2022, n° 20-22.588; Civ. 2^e, 29 sept. 2022, n° 21-14.681.

du 30 janvier 2020 précisait que « la déclaration d'appel affectée de ce vice de forme peut être régularisée par une nouvelle déclaration d'appel, dans le délai imparti à l'appelant pour conclure au fond conformément à l'article 910-4, alinéa 1, du code de procédure civile »⁷⁶, autrement dit dans les trois mois à compter de la déclaration d'appel (art. 908, CPC). Malheur à l'appelant qui aura pris conscience trop tard de son erreur... La solution semble en outre doublement incohérente avec la jurisprudence habituelle en matière de régularisation d'un acte de procédure entaché d'une cause de nullité. Elle est plus restrictive, d'une part, en ce qu'elle exige une nouvelle déclaration d'appel alors que la régularisation d'un acte d'appel doit pouvoir être effectuée par des conclusions, dès lors que celles-ci contiennent la mention qui était omise ou erronée dans l'acte originel⁷⁷, et d'autre part, en ce qu'elle soumet la régularisation à un délai très court en cours d'instance alors qu'elle a admis, à propos d'autres irrégularités, que la régularisation de la déclaration d'appel pouvait avoir lieu à tout moment (v. *supra* n° 28).

Quant à l'absence de demande d'infirmité dans le dispositif des conclusions d'appel, on ne sait si elle peut être régularisée. D'ailleurs, la lettre de la Deuxième Chambre civile de juin 2022 n'évoque pas une telle possibilité lorsqu'elle souligne que « les parties disposent de différentes facultés de régularisation prévues par les textes ou dégagées par la jurisprudence ». Peut-être, dans la mesure où la Cour de cassation estime que la demande d'infirmité ou d'annulation du jugement doit figurer au dispositif des conclusions déposées dans le délai de l'article 908 du CPC⁷⁸, peut-on estimer que si les premières conclusions ne contiennent pas

cette demande mais que l'appelant s'en aperçoit à temps, il peut déposer de nouvelles conclusions dans le délai de trois mois et régulariser la situation⁷⁹. Là encore, ce serait en tout état de cause bien court. Quel avantage peut-il résulter de ce que le dispositif des conclusions soit parfaitement rédigé dans les trois premiers mois de l'instance, plutôt qu'au moment plus tardif où la cour d'appel sera effectivement amenée à lire les conclusions en vue de statuer ?

42. Conclusion. En conclusion, le formalisme en procédure civile offre aujourd'hui un visage contrasté, à l'image de l'attitude adoptée à son égard par la Cour de cassation. D'un côté, dans la ligne de l'esprit des rédacteurs du Code de procédure civile, la Haute Cour s'attache à éviter que l'omission d'une formalité qui n'a causé aucune perturbation réelle aux parties n'entraîne des conséquences irrémédiables, grâce à une définition stricte des vices de fond, au bannissement de la théorie de l'inexistence, à une mise en œuvre rigoureuse de l'adage « Pas de nullité sans grief », et à la libéralisation temporelle des possibilités de régulariser les actes viciés. D'un autre côté, dès lors qu'est en cause la procédure d'appel avec représentation obligatoire, cette saine préoccupation cède le pas à une tout autre logique, inspirée par le souci de préparer les esprits à une future réforme qui transformerait l'appel, voie d'achèvement, en une voie de réformation pure, c'est-à-dire en un recours intégralement tourné vers la critique du jugement, sans possibilité d'admettre de nouveaux moyens ou de nouvelles prétentions, sauf rares exceptions.

Pourtant, et sans même aborder le fond du débat relatif à la conception idéale de l'appel⁸⁰, il est permis, d'une part, de demeurer sceptique quant à la véritable utilité, même dans la pers-

76. Cette solution avait déjà été énoncée par les trois avis précités de la Cour de cassation du 20 décembre 2017 (n° 17-70034, 17-70035 et 17-70036).

77. V. les arrêts cités par J. Beauchard, « Nullité des actes de procédure, Vices de forme », *JCl. pr. civ.*, fasc. 600-50, actualisé par N. Cayrol, 2022, n° 56 ; v. également les arrêts cités à propos du délai de régularisation, v. *supra* n° 28.

78. Civ. 2^e, 9 juin 2022, préc. ; Civ. 2^e, 29 sept. 2022, préc.

79. La question se pose également à propos de la possibilité de régulariser l'absence d'énoncé d'une (véritable) prétention au dispositif : Civ. 2^e, 9 sept. 2021, n° 20-17263, *Procédures* 2021, comm. 288, note S. Amrani Mekki ; D. 2021, p. 1848, note M. Barba ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° GPL428i7, note L. Mayer.

80. V. à ce sujet : F. Ferrand, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Mélanges Serge Guinchard*, 2010, p. 249 ; Rapport de l'Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité (l'office du juge au XXI^e siècle)*, mai 2013 ; Rapport Ph. Delmas-Goyon, *Le juge du XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, déc. 2013 ; les actes du colloque « Repenser l'appel », *Gaz. Pal. hors-série*, 31 oct. 2016 ; T. Andrieu, « La réforme de la procédure d'appel », préc. ; B. Defoort (dir.), *L'appel – Regards croisés en procédures civile et administrative*, LGDJ, 2020 ; Rapport du comité des États généraux de la justice, *Rendre justice aux citoyens*, avr. 2022, p. 175 ; M. Barba, « L'appel civil et les États généraux de la justice », *JCP G* 2022, 1013.

pective d'une future transformation de l'appel, des nouvelles obligations formelles instaurées par le décret du 6 mai 2017 et par la jurisprudence, et d'autre part, de s'inquiéter des graves conséquences attachées à la méconnaissance de ces obligations, lesquelles se sont d'ailleurs traduites par une augmentation significative de la sinistralité des avocats. Au point qu'à l'heure actuelle, le seul véritable intérêt de ce formalisme semble être l'allègement des rôles auquel il contribue, du reste, largement. Les États généraux de la justice, récemment achevés, ont certes été l'occasion d'évoquer cette situation. Les auteurs du Rapport « Justice civile » ont ainsi « appelé de leurs vœux un allègement du formalisme de la procédure d'appel, afin de limiter la multiplication et l'enchevêtrement des sanctions qui apparaît contreproductif au regard de la fluidité attendue de cette procédure »⁸¹. Mais les préconisations formulées à ce stade concernent plutôt les délais ainsi que les formalités de signification et de notification de la déclaration d'appel, et peu le formalisme évoqué dans ces lignes. À ce dernier sujet, tout au plus est-il préconisé, sans doute dans un louable souci de sécurité juridique, de prévoir expressément dans le Code de procédure civile que l'appel « total » ou « général » est irrecevable⁸².

43. Réflexions futures ? Le constat ici opéré devrait sans nul doute être prolongé par deux séries de réflexion, qui outrepassent les limites de cette étude.

Premièrement, la question se pose nécessairement de la conformité d'une telle évolution du formalisme à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de « formalisme excessif », constitutif

d'une entrave au droit d'accès au juge. La Cour a ainsi eu l'occasion de condamner un « formalisme excessif » « quand l'interprétation trop formaliste des règles applicables faite par une juridiction empêche, de fait, l'examen au fond du recours exercé par l'intéressé »⁸³. La question mériterait d'être approfondie à propos du formalisme procédural français⁸⁴.

Deuxièmement, il serait certainement utile d'observer les autres systèmes juridiques afin d'en tirer des enseignements. Contentons-nous ici d'évoquer le projet ELI/Unidroit de procédure civile⁸⁵, élaboré avec le souci d'identifier, à propos de chaque thème, la meilleure règle de procédure parmi toutes celles en vigueur en Europe. À la lecture des dispositions qu'il propose, on constate que, si des mentions obligatoires sont naturellement requises pour l'information des parties et de la cour d'appel, elles n'ont pas à atteindre le degré extrême de précision exigé par les textes et la jurisprudence française. Ainsi, la déclaration d'appel indique-t-elle simplement « qu'appel est interjeté » et précise-t-elle « le jugement qui en est l'objet », tandis que les conclusions d'appel indiquent, notamment, « les prétentions de l'appelant » et les « moyens » au soutien de l'appel (art. 157). De façon plus générale, une place plus grande est laissée au principe de proportionnalité des sanctions (art. 7), à la possibilité de sanctionner la mauvaise foi d'une partie par le biais de la répartition des frais du procès (art. 241), et surtout à la régularisation, à laquelle le juge doit inviter les parties (par ex. art. 53, 3^o, art. 27). Un tel système paraît bien loin du formalisme exacerbé et, à certains égards, quasi archaïque qui caractérise la procédure d'appel française contemporaine.

81. Rapport remis au comité des États généraux de la justice, *Simplification de la justice civile*, févr. 2022, n° 30 et s. et p. 100 et s. (proposition n° 13).

82. *Ibid.*, p. 104. Mais le Rapport préconise également que cette irrecevabilité pourrait être prononcée d'office, et que la régularisation devrait obligatoirement intervenir dans le très court délai pour conclure.

83. CEDH, 30 mars 2021, *Oorzhak c. Russie*, § 19, *Procédures* 2021, comm. 168, note N. Fricero.

84. V. déjà à ce sujet : B. Pireyre (dir.), « Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », Annexe au Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020, p. 16 et s. ; A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *Justice actualités* 2020, n° 24, p. 60 ; V. Rétornaz, *L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile*, Helbing et Lichtenhahn, 2014.

85. Sur lequel : E. Jeuland, « Les règles modèles ELI / Unidroit et la déconstruction des concepts de procédure civile », in X. Lagarde et B. Pireyre (dir.), *Vers un renouvellement des catégories en procédure civile ?*, op. cit., p. 47.

Dossier

Le formalisme en droit

Droit pénal et formalisme

Romain Ollard

Professeur à l'Université de Poitiers

Antinomie. « Droit pénal et formalisme » : voici deux propositions qui pourraient a priori apparaître antinomiques : d'abord, parce que si le droit pénal protège, les personnes, les biens, l'intérêt général, ce n'est point par le recours au formalisme, comme le droit civil, mais par la technique de l'incrimination, porteuse de valeurs sociales; ensuite, parce que le droit pénal, réaliste par nature, presque par philosophie, n'a cure, en principe, des règles formalistes, spécialement lorsqu'elles sont issues d'autres disciplines juridiques. C'est que la matière pénale, volontiers pragmatique, se donnerait pour mission de débusquer la réalité du comportement criminel se masquant derrière le voile des formalités extra-pénales, au besoin en se libérant de l'étreinte du « juridisme » affectant la matière civile *lato sensu*. Pourtant, dès lors que le droit pénal ne saurait fonctionner en vase clos, il doit composer avec le formalisme venu d'ailleurs, adoptant une attitude ambivalente à son égard, admettant tantôt de le renforcer, par l'effet de la loi, refusant tantôt d'en faire application, dans une attitude autonomiste, fruit de la jurisprudence. Le sujet invite ainsi à s'interroger sur les rapports de la loi pénale avec les autres disciplines et, plus loin, sur les fonctions mêmes du droit pénal.

Formalisme interne : procédure pénale.

Encore faut-il réserver, en premier lieu, le cas de la procédure pénale dont le code éponyme regorge de formalités, exigées à peine de nullité, dont les autorités publiques sont débitrices. Le formalisme y poursuit deux finalités distinctes, selon qu'il est exigé *ad validatem*, comme condition de validité même de l'acte de procédure, ou *ad probationem*, à titre probatoire. Dans le premier cas, la loi viendra exiger, par exemple, que la citation directe¹ ou la convocation à l'interrogatoire de première comparution², délivrées selon des formes impératives, comportent diverses mentions obligatoires permettant au suspect de préparer sa défense dans un certain délai. Subordonnant la validité de l'acte à l'accomplissement de certaines formalités requises par la loi, le formalisme se veut alors protecteur des intérêts du suspect, garant tout à la fois de ses droits de la défense et du principe du contradictoire; le formalisme peut encore poursuivre une finalité probatoire, comme en matière d'audition du suspect au cours de l'enquête policière, où la loi vient prévoir que différents chefs d'information lui sont dus, tant en ce qui concerne ses droits (droit de se taire, d'être assisté par un avocat, etc.) que l'accusation portée contre lui³. Si une telle information doit être renforcée par un écrit, consistant en un procès-verbal, dûment signé par le suspect, c'est que seul l'écrit permet

1. C. proc. pén., art. 390 et 550 et s. *Adde*, pour la convocation par officiers de police judiciaire ou par procès-verbal, C. proc. pén., art. 390-1 et 394.

2. C. proc. pén., art. 80-2.

3. V. en matière d'audition libre, C. proc. pén., art. 61-1; en matière de garde à vue, 63-1, 2°.

de garantir – et prouver – que les informations dues lui ont été effectivement communiquées⁴. Aussi bien, la charge de la preuve de la délivrance de l'information pèse-t-elle logiquement en la matière sur l'autorité publique, apte à l'administrer par la production d'un écrit, non sur la personne auditionnée qui, elle, ne saurait apporter la preuve – diabolique s'agissant d'un fait négatif – selon laquelle elle n'a pas été informée.

Formalisme externe : droit pénal substantiel. Ambivalent en procédure pénale, le formalisme l'est encore, en second lieu, en droit pénal substantiel. C'est qu'en effet, si le droit pénal de fond, volontiers réaliste, rejette par principe le formalisme issu d'autres disciplines, il va parfois, à l'inverse, venir le renforcer, en lui apportant le soutien de ses sanctions coercitives. Dans le premier cas, c'est un fait purement jurisprudentiel qui est à l'œuvre, lorsque le juge pénal, ne s'estimant pas lié par les formalités venues d'ailleurs, s'inscrit dans une logique d'émancipation à l'égard des autres disciplines, au nom de l'autonomie du droit pénal; dans le second, c'est au contraire la loi qui va s'attacher à renforcer le formalisme issu d'autres disciplines, en sanctionnant de ses peines le non-respect de certaines des formalités qu'elles édictent : appelé au chevet d'autres matières, dont il cherche à garantir l'effectivité par le secours de ses sanctions, le droit pénal n'est plus autonome, mais dépendant, cantonné dans un rôle sanctionneur des normes extra-pénales. Pour autant, ici et là, qu'il renforce (I) ou rejette (II) le formalisme issu d'autres disciplines, le droit pénal poursuit invariablement une même logique, répressive, s'inscrivant tantôt dans une optique sanctionnatrice du formalisme extra-pénal, tantôt dans une optique réaliste visant à écarter les formalités

ou autres fictions extra-pénales qui viendraient paralyser la répression.

I. Le renfort du formalisme

Politique législative. Normatif, lorsqu'il pose des interdits porteurs de valeurs sociales essentielles, le droit pénal se fait, à l'inverse, sanctionneur lorsqu'il est appelé au renfort d'une réglementation extra-pénale, à laquelle il ne fait que prêter son bras puissant et armé, pour garantir l'effectivité des prescriptions qu'elle édicte. Réduit à un rôle purement utilitaire de « gendarme du droit »⁵, la législation pénale se contente alors d'apporter le soutien de ses sanctions répressives à des dispositions d'essence technique, en cas de violation de certaines obligations ou formalités, comme s'il fallait nécessairement brandir l'étendard de la loi pénale pour assurer l'effectivité d'une réglementation. Témoignant d'une certaine politique législative, par la laquelle la loi vient contraindre le droit pénal à s'immiscer dans les autres disciplines dans un objectif d'efficacité, la tendance est globale, affectant toutes les disciplines, sans exception. Si aucune matière n'échappe à l'emprise, du droit du travail au droit de la construction, deux d'entre elles apparaissent emblématiques d'une telle politique juridique. Placé sous la dépendance de l'action administrative⁶, c'est d'abord le droit pénal de l'environnement qui viendra sanctionner, par exemple, le fait de ne pas fournir à l'administration les registres de suivi des déchets dangereux⁷ ou le fait d'éliminer des déchets sans être titulaire de l'agrément délivré par l'administration⁸. Ce sont encore les dispositions du droit de la consommation qui toutes – ou presque – comportent leur lot de sanctions pénales⁹, qu'il

4. Valant encore pour l'audition libre, dépourvue de contrainte, l'analyse vaut moins, il est vrai aujourd'hui, pour la garde à vue, depuis que la loi du 27 mai 2014 a décidé que toute personne privée de liberté devait bénéficier de la délivrance d'un document écrit consistant en une déclaration écrite de ses droits (C. proc. pén., art. 803-6), de sorte que l'écrit ainsi remis est exigé moins à titre probatoire, qu'à titre de validité.

5. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, t. 1, 7^e éd., 1997, n° 146.

6. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, th. Paris-Panthéon-Assas, 2010; F. Rousseau, « Technique et éthique du droit pénal français de l'environnement », *REDD* 2017, Étude 10.

7. C. environ., art. L. 541-46, 1^o.

8. C. environ., art. L. 541-46, 7^o et 8^o.

9. A. Lepage, « Droit pénal et droit de la consommation », in *Droit pénal et autres branches du droit*, Cujas, 2012, p. 247; R. Ollard, « L'(in)effectivité du droit pénal de la consommation », *RDC* 2019, p. 119; Y. Picod, « La nature de la sanction : sanction civile ou sanction pénale », in *La pertinence du droit pénal de la consommation*, Travaux ISJC, Cujas, vol. 6, 2017, p. 317.

s'agisse, ici, de sanctionner la violation de l'obligation de remise d'un exemplaire d'un contrat conclu à distance¹⁰ ou, là, le non-respect des formalités en matière de crédit à la consommation¹¹ ou de crédit immobilier¹².

Réalité judiciaire. Ce qui frappe, c'est la large ineffectivité du droit pénal – sanctionnateur – en ces matières, au premier chef en droit de l'environnement puisque le contentieux pénal demeure marginal en la matière, représentant moins de 1 % du volume global des condamnations prononcées chaque année¹³. Le droit de la consommation n'est pas mieux loti puisque les infractions « formalistes » irriguant la matière, peu appliquées, sinon totalement délaissées, sont l'objet d'un taux de classement sans suite particulièrement important¹⁴. Sans appel, le constat de l'ineffectivité tranche avec la profusion des infractions existantes, qui sont l'objet d'un maillage particulièrement étroit, d'une rare densité, en ces deux disciplines. Sans doute serait-il possible de considérer que l'ineffectivité de la législation pénale constitue le meilleur signe de son efficacité; jouant à plein son rôle préventif, la norme pénale produirait l'effet recherché, en dissuadant les acteurs de commettre des faits illicites. L'explication serait toutefois largement naïve car lorsqu'un même comportement est doublement sanctionné, pénalement et civilement ou au plan administratif, le juge aura le plus souvent tendance à privilégier la sanction extra-pénale, ce qui montre bien que les causes de l'ineffectivité sont à rechercher ailleurs que dans la seule fonction préventive du droit pénal¹⁵.

Qualité de la norme. Une première cause à l'ineffectivité du droit pénal sanctionnateur peut être trouvée – le procès a été maintes fois mené – dans la piètre qualité formelle de la norme, tant consumériste qu'environnementale. Ces législations ont en effet atteint un tel degré de technicité, de précision et de complexité que la norme demeure largement ignorée, tant par les parquets eux-mêmes, en charge de l'action publique, que par les juridictions de jugement¹⁶, sans que ce soit faire injure à nos magistrats qui, « généralistes » du droit, souffrent d'un déficit de compétences sur des questions d'une technicité parfois redoutable. L'ineffectivité du droit pénal pourrait être résumée tout entière dans un paradoxe¹⁷ : parce qu'elles offrent un niveau de protection particulièrement élevé tant au consommateur qu'à l'environnement, ces législations souffrent d'un déficit de connaissance par les autorités en charge de leur application, qui ignorent bien souvent l'existence même des sanctions pénales en raison tant de la profusion des incriminations que de leur technicité excessive¹⁸. Il est vrai, certaines lois récentes ont cherché à combler un tel déficit – et donc à renforcer l'effectivité du droit pénal – sinon en droit de la consommation, du moins en droit de l'environnement en créant des juridictions spécialisées, en l'occurrence des pôles régionaux qui, composés de magistrats bénéficiant d'une formation spécifique, sont compétents « dans les affaires qui sont ou apparaîtraient complexes, en raison notamment de leur technicité, de l'importance

10. C. consom., art. L. 242-5.

11. C. consom., art. L. 341-12.

12. C. consom., art. L. 341-37.

13. Inspection générale de la justice, « Une justice pénale pour l'environnement », app. CGEDD n° 012671-01 IGJ n° 019-19, 2019; M. Bouhoute et M. Diakhate, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale entre 2015 et 2019 », *Infostat avr.* 2021, n° 182.

14. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^e éd., 2020, n° 685; J. Julien, *Droit de la consommation*, Domat, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 39; Y. Picod, « La nature de la sanction : sanction civile ou sanction pénale », préc. Encore faut-il réserver le cas des infractions non « formalistes » qui, participant d'un droit pénal normatif (pratiques commerciales déloyales, abus de faiblesse, fraudes et falsifications), sont effectivement appliquées : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/les-condamnations-32584.html>.

15. Ainsi, en cas de manquement aux formalités afférentes au crédit immobilier (C. consom., art. L. 341-27 et L. 341-28) ou à la consommation (C. consom., art. L. 341-2), où la sanction pénale cohabite avec la déchéance du droit aux intérêts, le juge aura tendance à privilégier cette dernière sanction civile, jugée plus adaptée au rapport de consommation car économiquement ciblée.

16. S. Mabile et E. Tordjman, « Le droit pénal de l'environnement à la croisée des chemins », *JCP G* 2020, 1293.

17. J. Julien, *Droit de la consommation*, Domat, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 6.

18. V., symptomatique, en matière de démarchage en droit de la consommation, C. consom., art. L. 242-5 et L. 2426, où la loi use – et abuse – de la technique de l'incrimination par renvoi, ce qui rend l'accès à la norme particulièrement difficile.

du préjudice ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent »¹⁹.

Symbolique de la norme. Mais, en réalité, le déficit de connaissance de la norme sanctionnatrice n'est pas la seule cause de l'ineffectivité du droit pénal. C'est qu'en effet, ces infractions formalistes sont à peu près nulles au plan axiologique, dotées d'une charge symbolique négligeable : d'abord, parce qu'au plan quantitatif, la plupart de ces infractions revêtent une faible gravité, s'agissant le plus souvent de contraventions; ensuite parce qu'au plan qualitatif, ces infractions techniques, qui ne sont porteuses d'aucune valeur, viennent placer le droit pénal sous l'entière dépendance de la norme extra-pénale qu'elles se bornent à sanctionner. Aussi bien, peut-on comprendre que ces litiges à faible enjeu soient loin de constituer une priorité de la politique pénale des parquets qui n'ont ni le temps, ni les ressources pour poursuivre des faits qui pour certains peuvent apparaître dérisoires au regard du contentieux de masse qu'ils ont à traiter. Ce qui est perceptible en droit de l'environnement où, hormis quelques affaires exceptionnelles, le ministère public est peu enclin à poursuivre²⁰, l'est encore en droit de la consommation, du moins lorsque sont en cause des infractions de réglementation qui, ne générant que des préjudices minimes et ayant pour seule visée de protéger les droits individuels du consommateur, n'intéressent pour ainsi dire pas l'intérêt général²¹.

Concurrence de la norme. Dans ces conditions, plutôt que de tolérer une norme pénale affaiblie, largement ineffective, ne faudrait-il pas promouvoir d'autres formes de réponses, extra-pénales, peut-être plus adaptées pour sanctionner le manquement à des formalités qui, fondamentalement, relèvent d'autres disciplines ? Il s'agirait

en définitive de réserver les foudres de la loi pénale aux seules hypothèses où elle est évidemment légitime, lorsque sont en cause des valeurs sociales essentielles, car au-delà de sa fonction répressive et utilitaire, la loi pénale doit encore poursuivre une fonction symbolique. C'est précisément en ce sens que, jadis, s'était prononcé le rapport Coulon qui préconisait, en droit des affaires, une dépenalisation limitée aux seules infractions de réglementation, sanctionnatrices de règles de forme, laissant intact le droit pénal normatif, cœur vivant du droit de la consommation (pratiques commerciales déloyales, fraudes et falsifications, abus de faiblesse, usure)²². Ainsi réservé aux comportements les plus graves, le droit pénal gagnerait assurément en crédibilité et, partant, sans doute, en effectivité. S'inscrivant dans un mouvement déjà largement amorcé, tant en droit de la consommation²³ qu'en droit de l'environnement²⁴, l'œuvre de dépenalisation pourrait consister à généraliser le mécanisme – aussi redoutable qu'efficace²⁵ – des amendes administratives, spécialement dans le champ des contraventions, affectées par un fort taux d'ineffectivité. Encore une telle dépenalisation serait-elle plus formelle que réelle dès lors qu'en dépit d'un transfert de compétences de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative, les amendes administratives revêtent une même nature que les amendes pénales. S'attachant à promouvoir une certaine « pluridisciplinarité »²⁶ en ces matières, la loi offrirait une autre forme de réponse, plus rapide et moins lourde qu'une procédure pénale classique qui peut décourager les plaideurs, qui s'exposent tant à un classement sans suite qu'à d'interminables recours formés par les professionnels.

Déconcentration des pouvoirs. C'est qu'en effet, face au défaut de spécialisation de nos

19. C. pr. pén., art. 706-2-3, créé par la loi n° 2020-1672 du 24 déc. 2020.

20. D. Guihal, « La Charte de l'environnement et le juge judiciaire », *RJE*, n° spécial 2005, p. 245.

21. L. Saenko, « L'originalité des règles de forme », in *La pertinence du droit pénal de la consommation*, op. cit., p. 348.

22. *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport du groupe de travail présidé par J.-M. Coulon, La Documentation française, Rapports officiels, 2008, p. 32.

23. C. consom., art. L. 522-1, renvoyant aux manquements aux dispositions visées aux articles L. 511-5 et s., par exemple à la violation des règles relatives au droit de rétraction dans les contrats à distance (art. L. 242-13).

24. V. par ex., C. envir., art. L. 229-25, III et R. 229-50-1, punissant d'une amende administrative n'excédant pas 1 500 € la non-réalisation ou la non-transmission du bilan d'émission de gaz à effet de serre.

25. V. en droit de la consommation, C. consom., art. L. 522-7, admettant que les amendes, multipliées par le nombre de consommateurs victimes, puissent se cumuler sans limite.

26. N. Sauphanor-Brouillaud, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC* 2016, p. 492.

magistrats, l'effectivité du « droit répressif » – et non plus spécifiquement pénal – n'implique-t-elle pas une forme de déconcentration des pouvoirs vers des organes spécialisés, rompant avec une conception centralisée de la matière pénale, exercée par le seul ministère public ? Déjà à l'œuvre s'agissant du mécanisme de la transaction pénale²⁷, une telle déconcentration des pouvoirs répressifs peut emprunter deux voies distinctes, la première consistant à créer des parquets spécialisés, comme tel est le cas, désormais, en droit de l'environnement²⁸. Plus efficace pourrait toutefois apparaître la seconde voie consistant à amplifier, en droit de la consommation, le mécanisme de transfert de pouvoirs de l'autorité judiciaire vers l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation (DGC-CRF), ce qui participerait de la création d'un véritable ordre administratif répressif en la matière. À la vérité, les deux hypothèses ne sont peut-être pas si éloignées dès lors que l'autorité administrative apparaît comme une autorité de poursuites autonome, prenant en charge une affaire dans sa globalité, de l'enquête à la sanction ; elle apparaît déjà comme une forme de parquet spécialisé, sinon au plan organique, du moins au plan fonctionnel. Alors que pendant longtemps, l'effectivité des formalités extra-pénales était assurée selon le moyen privilégié du recours au droit pénal, la diversification contemporaine des sanctions pourrait permettre de proposer la clé de répartition suivante : au droit pénal – normatif – la répression des valeurs sociales essentielles ; à la répression administrative, rapide et efficace, l'objectif de régulation, ce qui serait cohérent au regard des fonctions respectives de chacune des disciplines²⁹. Car ce qui importe, en définitive, c'est peut-être moins la nature de la réponse – pénale ou administrative – apportée

au fait infractionnel que l'existence même d'une réponse et, surtout, sa qualité.

II. Le rejet du formalisme

Indifférence au formalisme. Si le renfort du formalisme extra-pénal apparaît comme un fait législatif, son rejet apparaît à l'inverse comme une œuvre jurisprudentielle – graduelle – se traduisant, d'abord, par une forme d'indifférence, comme en matière de délégation de pouvoirs où l'efficacité de ce mode d'exonération de responsabilité du chef d'entreprise n'est « soumise à aucune condition de forme » particulière, si ce n'est qu'elle doit être « certaine » et « exempte d'ambiguïté »³⁰. Ce qui est décisif en effet, pour que le mécanisme puisse produire son effet exonératoire, c'est moins la forme de la délégation que sa certitude, son aptitude à démontrer que le chef d'entreprise a effectivement délégué ses pouvoirs à un salarié – délégataire – pourvu « de la compétence, de l'autorité et des moyens » suffisants pour accomplir correctement sa mission³¹. Si un écrit n'est ainsi pas exigé³², ni *ad validitatem*, ni *ad probationem*, la pré-constitution d'une preuve écrite se révélera toutefois utile en pratique dès lors que la charge de la preuve de la délégation pèse sur le chef d'entreprise³³ : d'une part, parce que, pour n'être pas demandeur à l'action en responsabilité, il n'en est pas moins demandeur à l'exonération ; d'autre part, parce que la charge de la preuve de l'absence de délégation serait un fardeau trop lourd pour le salarié délégataire, s'agissant de la preuve d'un fait négatif, impossible en fait à administrer.

Défiance à l'égard du formalisme. Indifférents au formalisme, la jurisprudence vient parfois, plus radicalement, rejeter les règles de forme

27. C. consom., art. L. 523-1 ; C. environ. L. 173-12. Si la transaction pénale, ayant pour effet d'éteindre l'action publique, témoigne d'une forme de déconcentration des pouvoirs dès lors qu'elle est menée par l'autorité administrative, le procureur de la République reste toutefois maître de l'opportunité des poursuites, puisque la transaction ne peut être mise en œuvre qu'après « après [son] accord » en droit de la consommation et qu'elle doit être homologuée par lui en droit de l'environnement. La déconcentration des pouvoirs apparaît davantage comme une délégation de pouvoirs.

28. C. pr. pén., art. 706-2-3 (v. *supra*). *Adde*, en droit de la consommation, C. proc. pén., art. 704, 9°, s'agissant de la compétence spéciale des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) pour les « délits prévus par le code de la consommation ».

29. J.-C. Bonichot, « Les sanctions administratives en droit français et devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2001, n° spécial Les sanctions administratives, p. 73 ; O. Décima, « La nature de la sanction : sanction pénale ou sanction administrative ? », in *La pertinence du droit pénal de la consommation*, *op. cit.*, p. 331.

30. Crim., 2 févr. 1982, n° 81-92.569, Bull. n° 36.

31. Crim., 11 mars 1993, Bull. n° 112 ; *JCP E* 1994, II, 571, note J.-H. Robert.

32. Crim., 27 oct. 1976, Bull. n° 303 ; Crim., 27 févr. 1979, Bull. n° 88 ; Crim., 22 oct. 1991, *DP* 1992, comm. 74, J.-H. Robert.

33. V. par ex. Crim., 11 mars 1993, préc.

issues d'autres disciplines, témoignant d'une certaine défiance à leur égard. La tendance, aussi ancienne que récurrente, s'inscrit dans un mouvement qui veut que les juges répressifs s'autorisent à s'émanciper des règles extra-pénales, au nom de l'autonomie du droit pénal³⁴. Jadis, à une époque où les infractions en matière de chèque étaient autrement plus répandues, les juges décidaient ainsi qu'un vice de forme affectant le chèque était impuissant à paralyser la répression³⁵ dès lors du moins que le titre litigieux, support de la fraude, avait été « accepté comme tel »³⁶ par la victime parce qu'il « présent[ait] toutes les apparences d'un chèque »³⁷. Aujourd'hui encore, lorsqu'un acte juridique est exigé à titre d'élément constitutif, comme en matière d'abus de confiance ou de détournement de gage, il est de jurisprudence constante que les causes de nullité civile qui pourraient affecter le contrat ne constituent pas un obstacle à la répression³⁸, quelle que soit d'ailleurs la cause de la nullité, que l'acte soit entaché d'un vice de fond ou de forme³⁹ : tandis que le contrat nul, censé n'avoir jamais existé, ne peut produire aucun effet civil, il peut néanmoins fonder des poursuites et produire ainsi des effets pénaux. De façon comparable, les juges répressifs décident que le délit de détournement d'objets saisis demeure applicable nonobstant la nullité de la saisie au sens des voies d'exécution⁴⁰, dès lors du moins que « l'acte de saisie [a été] opéré dans

les formes prescrites par la loi »⁴¹. C'est qu'en effet, s'il « n'est pas nécessaire que toutes les formalités exigées pour faire accomplir à l'acte ses effets civils eussent été accomplis »⁴², encore faut-il, à tout le moins, que l'acte – non informe – présente les apparences d'une saisie régulière.

Réalisme du droit pénal. Ouvertement fondé sur la théorie de l'apparence⁴³, qui tend à faire primer les faits extérieurs et visibles sur les exigences purement formelles, le rejet du formalisme extra-pénal s'inscrit en réalité dans un mouvement plus large qui veut que le droit pénal, réaliste par nature, n'ait cure des fictions issues du droit civil. De même qu'elle écarte la fiction – temporelle – de la rétroactivité⁴⁴, qui voudrait qu'un acte juridique affecté de nullité, censé n'avoir jamais existé, puisse ne produire aucun effet, pas même en droit pénal, la jurisprudence rejette encore la fiction – matérielle – de l'immobilisation par destination : alors qu'ils excluent par principe les immeubles dans le champ du vol, les juges répressifs n'en décident pas moins d'y attirer les immeubles par destination⁴⁵, conçus comme des choses mobilières, fictivement considérées en droit civil comme des immeubles en raison du lien (matériel ou économique) qui les unit à un immeuble par nature. C'est que dans une optique réaliste, la jurisprudence pénale s'attache, non point aux catégories abstraites du droit civil, mais à la seule nature physique – réelle

34. Sur la question, v. notamment J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980, p. 911 ; P. Roland, *Les contradictions du droit civil et du droit pénal, essai de solution au problème de l'autonomie du droit pénal*, th. Lyon, 1958 ; S. Royant, *L'autonomie du droit pénal en question*, th. Montpellier, 2002 ; G. Stéfani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956 ; R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chr. p. 81.

35. Crim., 3 mai 1939, *GP* 1939, II, 247 (chèque non daté).

36. Crim., 9 oct. 1940, *S.* 1942, I, 149, note L. Huguéney.

37. Crim., 27 nov. 1926, *S.* 1928, I, 119 ; Crim., 9 oct. 1940, préc.

38. Sur la question, v. A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. Cergy-Pontoise, 2009 ; E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, th. Bordeaux IV, 2011, n° 184 et s. ; M. Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RSC* 1951, p. 1.

39. V. par exemple, en matière d'abus de confiance, Crim., 18 févr. 1937, *RSC* 1937, p. 492, obs. H. Donnedieu de Vabres ; Crim., 12 mai 1964, n° 63-92.580 ; Crim., 20 juin 1984, n° 82-94.269, Bull. n° 233 ; Crim., 10 mai 1997, Bull. n° 179 ; s'agissant du détournement de gage, v. Crim., 25 juill. 1912, *S.* 1914, I, p. 116, note J.-A. Roux (nantissement d'un fonds de commerce non inscrit dans le délai requis) ; Crim., 25 nov. 1927, *S.* 1929, I, p. 153, note J.-A. Roux ; Crim., 10 mars 1976, Bull. n° 89 ; Crim., 10 mai 2007, n° 06-88.053 ; Crim., 21 oct. 2009, n° 09-81.007 ; Crim., 26 sept. 2012, n° 1186.268.

40. Le délit trouve ainsi à s'appliquer tant que la nullité ou la mainlevée de la saisie n'a pas été judiciairement prononcée : Crim., 6 mai 1998, préc. ; Crim., 19 août 1997, n° 96-85.465 ; Crim., 1^{er} sept. 2004, Bull. n° 191, *DP* 2004, comm. 171, M. Véron.

41. Crim., 6 mai 1998, Bull. n° 156 ; *DP* 1998, comm. 126, M. Véron ; *RTD com.* 1999, p. 216, obs. B. Bouloc. *Adde*, dans le même sens, Crim., 24 févr. 1872, *D.* 1872, I, 147.

42. Crim., 21 nov. 1895, *D.* 1896, I, 191.

43. Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, th. Grenoble, 1984, n° 38 et s. ; M. Vasseur, préc.

44. Voir J. Larguier et A.-M. Larguier, « Le rejet de l'analyse rétroactive en droit pénal », *RSC* 1972, p. 759.

45. V. par ex. Crim., 12 févr. 1976, Bull. crim. n° 289 ; Crim., 23 oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, I, somm. 140.

– du bien, pour déterminer si une chose peut être l’objet d’un vol : dès lors qu’une « chose » est mobile ou peut être mobilisée par enlèvement, détachement ou prélèvement, elle est conçue comme pouvant former l’objet d’un vol parce qu’elle peut être matériellement soustraite, peu important sa qualification juridique en droit civil. Le réalisme du juge pénal, fondant son œuvre autonomiste, doit beaucoup à l’école de défense sociale nouvelle⁴⁶ qui militait pour une « dé-juridicisation » de la matière pénale consistant à « dépasser [...] le concept juridique pour atteindre la réalité sociale qui doit seule servir de base à la politique criminelle »⁴⁷. Volontiers pragmatique, le juge répressif aurait ainsi le pouvoir – et même le devoir – de se libérer de l’étreinte du « juridisme » excessif affectant la matière civile *lato sensu* car les deux disciplines poursuivent des finalités essentiellement distinctes : là où le droit civil promeut le formalisme qui, protecteur, libère les parties privées, il constituerait à l’inverse une entrave à l’application de la loi pénale qui doit savoir démasquer la réalité du comportement criminel qui se masque derrière le voile des formalités et autres fictions du droit civil⁴⁸. Parce qu’ils se doivent de « sonde[r] les reins et les cœurs »⁴⁹, de juger un homme, non point de façon désincarnée, mais au plus près de sa dangerosité réelle, « les juges répressifs, chargés d’assurer la défense de la société, [auraient le devoir] d’écarter, même à défaut d’un texte formel, certaines règles du droit privé, toutes les fois que leur application aurait pour effet d’entraver ou de paralyser la répression »⁵⁰. Le mouvement nouveau marquait ainsi une rupture – radicale – avec le « quasi-fétichisme » de la loi civile qui empreignait jusqu’alors doctrine et jurisprudence pénales, depuis la révolution : parce que, suivant la célèbre formule de Portalis, les lois pénales apparaissaient moins alors comme « une espèce particulière de lois que [comme] la sanction de

toutes les autres », le droit pénal était conçu comme un simple droit sanctionnateur ou auxiliaire des autres disciplines, n’édicte que des normes de pénalités⁵¹, exclusivement destinées à assurer l’effectivité des règles et institutions extrapénales. Partant, le juge pénal n’apparaissait que comme la « bouche de la loi », tant pénale que civile, chargé d’en faire une application scrupuleusement servile. Alors, entre ces deux extrêmes, entre autonomie et dépendance du droit pénal, faut-il vraiment choisir ? Rien n’est moins sûr.

Méfiance à l’égard de l’autonomie. Sans doute l’autonomie du droit pénal, largement décriée, fait-elle le jeu de la casuistique et de l’imprévisibilité de la loi, dans une matière qui doit être dominée, plus que toute autre, par le principe de sécurité juridique ; sans doute encore fait-elle le jeu de l’arbitraire judiciaire dès lors que le juge s’octroie, dans le silence de la loi, le pouvoir – *ultra legem* – d’étendre la portée de certaines incriminations ; peut-être surtout, en faisant « fonctionner le droit pénal en vase clos », les solutions autonomistes font table rase de « la notion même d’ordre juridique »⁵², conçu comme un « tout » cohérent, englobant toutes les disciplines juridiques, tant le droit civil que le droit pénal.

Tolérance de l’autonomie. Pour autant, aussi fondés soient de tels griefs, le mouvement autonomiste pourrait être toléré, dès lors qu’il est sainement circonscrit ; il pourrait même être paré de quelques vertus. Encore faut-il distinguer car certaines hypothèses d’autonomie dite « conflictuelle »⁵³, sonnante comme un « cri de guerre »⁵⁴, n’apparaissent pas admissibles dès lors qu’entrant ouvertement en contradiction avec certaines solutions du droit civil, elles sont créatrices de conflits de normes. Ainsi, avant un revirement mettant fin à l’une des plus célèbres manifesta-

46. V. également, M. Brenaut, « Sur la justification du principe d’autonomie du droit pénal », *Cahiers de droit de l’entreprise*, juill. 2021, Dossier 22, spéc. n° 22 et s.

47. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1966, p. 232.

48. V. A. Jacquemont, *RSC* 1978, p. 33, n° 25 : il « est de l’instinct du juge de scruter ce qu’il croit être la vérité, et de la préférer en son âme et conscience à ce qui lui paraît être la vérité fictive et la réglementation légale ».

49. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Cujas, t. 1, 1997, n° 150.

50. G. Stéfani, « Propos introductif », *Quelques aspects de l’autonomie du droit pénal*, *op. cit.*, p. X.

51. R. Vouin, « Code pénal et politique criminelle », in *Mélanges H. Donnedieu de Vabres*, 1960, p. 73, spéc. p. 78.

52. M. Brenaut, « Sur la justification du principe d’autonomie du droit pénal », *préc.*, n° 23.

53. J.-L. Goutal, « L’autonomie du droit pénal, reflux et métamorphose », *préc.*, n° 4.

54. R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *préc.*

tions de l'autonomie du droit pénal⁵⁵, les juges répressifs admettaient de condamner du chef de recel celui qui, entré en possession d'une chose volée en ignorant son origine délictueuse, décidait de la conserver après avoir appris cette provenance. Or, celui qui était ainsi considéré comme un receleur pénal était conçu comme un possesseur licite au sens du droit civil, dès lors qu'en application de l'article 2276 du Code civil, la bonne foi du possesseur doit être appréciée au moment de l'entrée en possession. Navrante, la solution fut abandonnée, comme la plupart des hypothèses d'autonomie conflictuelle, obligeant parfois la loi à intervenir pour ramener la jurisprudence dans le rang. Ainsi en matière de banqueroute, la jurisprudence devait très tôt décider que, dès avant la déclaration de cessation des paiements prononcée par la juridiction commerciale, il pouvait exister une « faillite de fait », également dite « faillite virtuelle », suffisante pour déclencher les poursuites⁵⁶. À cette autonomie processuelle, qui voulait que les juridictions pénales ne s'estiment pas tenues par l'exigence – formelle – d'une décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective, s'ajoutait une autonomie d'ordre substantiel. C'est qu'en effet, le juge pénal ne s'estimait lié ni par la date de cessation des paiements fixée par les juridictions commerciales, ni même par la notion de cessation des paiements au sens du droit commercial : là où le juge de la procédure collective en retenait une acception comptable, conçue comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec son actif disponible, la cessation des paiements s'entendait, pour le juge répressif, d'une « situation irrémédiablement compromise » de l'entreprise, synonyme d'insolvabilité. Aussi, un débiteur défaillant au plan commercial, ne disposant pas de liquidités disponibles suffisantes, pouvait n'être pas insolvable au sens pénal. Vieille de près de deux siècles, la solution autonomiste, qui

faisait poindre le spectre de la contrariété des jugements, fut brisée par la grande loi du 25 janvier 1985, qui devait subordonner les poursuites exercées sur le fondement de la banqueroute à l'« ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire »⁵⁷.

Vertus de l'autonomie. L'autonomie conflictuelle ainsi cantonnée, sinon éliminée, demeurent aujourd'hui, pour l'essentiel, des hypothèses d'autonomie conceptuelle, lorsque les juges, s'arrogeant un pouvoir normatif à l'égard des concepts extra-pénaux, en retiennent une conception propre ou rejettent certains mécanismes – spécialement le formalisme – issus d'autres disciplines : n'entrant en contradiction avec aucune règle civile, nul conflit, ici, entre normes pénale et extra-pénale, chacune ayant en définitive vocation à s'épanouir dans un champ qui lui est propre. Dans cette mesure, l'autonomie purement conceptuelle n'apparaît pas nocive si l'on veut bien admettre que la norme civile n'a *a priori* vocation à produire ses effets normatifs que dans la sphère où elle a été édictée, suivant la finalité spécifique pour laquelle elle a été créée. Car si l'ordre juridique doit être conçu comme un système global, le droit pénal n'en constitue pas moins lui-même un système normatif propre, mû par des objectifs particuliers, qui l'empêchent parfois de se plier à des règles édictées suivant des finalités autres que celles qui guident son action, pour concilier des intérêts essentiellement privés. Mieux, l'autonomie conceptuelle pourrait parfois être encouragée, en certaines occurrences particulières, car le rejet systémique, aveugle, des solutions autonomistes pourrait masquer certaines réalités du droit pénal spécial. Ainsi, s'agissant de la violation de domicile, est-il vraiment surprenant que le domicile soit conçu, non point comme le lieu « principal établissement »⁵⁸, mais comme le lieu où une personne a le droit de se

55. Crim. 24 nov. 1977, *D.* 1978, J. 42, note Kehrig.

56. Sur la question, M. Cabrillac, « L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *op. cit.*, p. 292 ; F. Derrida, « Renaissance de la faillite virtuelle ? », in *Mélanges J. Larguier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 95.

57. C. com., art. L. 654-2. L'autonomie a toutefois la peau dure puisqu'il a été jugé que « l'ouverture d'une procédure [collective] n'est qu'une condition préalable à l'exercice de l'action publique » (Crim., 24 mars 2010, n° 09-84.599), de sorte que la réformation ou la cassation du jugement d'ouverture, postérieure à son prononcé, n'éteint pas l'action publique valablement engagée.

58. C. civ., art. 102.

dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation⁵⁹, dès lors que l'incrimination a vocation à protéger la vie privée des individus, qui s'exerce au-delà – et ailleurs – que dans leur principal établissement ? C'est qu'un (même) terme, pouvant renvoyer à des concepts différents, doit être interprété d'après la finalité de la norme qui l'utilise, de sorte que le domicile pénal, lieu d'exercice de la vie privée, ne saurait être assimilé au domicile civil, poursuivant une fonction d'identification sociale des personnes⁶⁰. Ainsi encore, en matière de détournement d'objets saisis, considérer que la nullité – virtuelle – de la saisie, non encore prononcée, puisse justifier l'impunité du débiteur saisi reviendrait à admettre que celui dont le bien reste frappé d'indisponibilité en vertu d'une décision judiciaire exécutoire, puisse se faire justice à lui-même, au mépris de l'autorité attachée aux actes émanant de l'autorité publique⁶¹. Ce serait là déformer la *ratio legis* de l'incrimination, conçue comme une atteinte à l'autorité publique, tout autant qu'aux droits des créanciers saisissants. Enfin, en matière d'abus de confiance, l'indifférence à la nullité civile du contrat se justifie car, même s'il fonde juridiquement la remise à titre précaire, le contrat est en quelque sorte « invisible » aux yeux de la loi pénale, absorbé qu'il est par l'exigence de la remise d'un bien « à charge de [le] rendre [...] ou d'en faire un usage déterminé ».

Or, dès l'instant qu'il s'agit moins de constater l'existence – juridique – d'un contrat que la réalité – matérielle – d'une remise, la nullité du contrat devient logiquement indifférente lorsque la remise, effectivement réalisée, a donné lieu à un détournement, bien réel. Aussi bien, l'atteinte à la propriété d'autrui – conçue comme le fondement de l'incrimination – « est[-elle] la même que le contrat soit valable ou nul »⁶².

Tri sélectif. Là où l'on voit que les concepts et mécanismes issus du droit civil, volontiers formalistes, sont interprétés à la lumière de la *ratio legis* des incriminations. Là où l'on voit, encore, surtout, que les solutions autonomistes, souvent taxées de méconnaître le principe de légalité criminelle, peuvent faire son lit, lorsque du moins, fondées sur une interprétation téléologique, elles permettent de donner à la loi pénale sa capacité maximale d'expression, en contemplation de sa finalité. Aussi, plutôt que d'adouber ou rejeter en bloc l'autonomie du droit pénal, une attitude pragmatique est-elle peut-être de mise en la matière, invitant à scruter au cas par cas le bien-fondé des solutions autonomistes. Relisons à cet égard les professeurs Merle et Vitu qui enseignaient déjà que « tout un travail discriminatoire reste à accomplir pour tracer les frontières de l'autonomie raisonnable et de l'autonomie absurde, contraire au bon sens et par conséquent dangereuse »⁶³.

59. Crim., 22 janv. 1997, Bull. n° 31, DP 97, comm. 78, M. Véron; Crim., 30 oct. 2006, Bull. n° 261.

60. La logique n'est d'ailleurs pas différente lorsque les juges excluent les saisies probatoires, réalisées dans le cadre d'une procédure pénale, du champ du délit de détournement d'objets saisis (Crim. 11 nov. 1904, D. 1905, J. 147, note A. L.), ainsi réservé aux seules saisies au sens des voies d'exécution. Songerait-on à invoquer ici, au prétexte de la synonymie des termes, l'autonomie du droit pénal envers lui-même ? Tout au plus s'agit-il d'interpréter le concept de saisie en contemplation de la finalité de la norme qui l'utilise, ici la protection des droits du créancier saisissant.

61. Aussi, le délit trouve-t-il à s'appliquer tant que la nullité, la caducité ou la mainlevée de la saisie n'a pas été judiciairement prononcée (Crim., 6 mai 1998, Bull. n° 156; DP 1998, comm. 126, M. Véron; Crim., 19 août 1997, n° 96-85.465; Crim., 1^{er} sept. 2004, Bull. n° 191, DP 2004, comm. 171, M. Véron).

62. J. Larguier, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 8^e éd., 1992, p. 164.

63. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, op. cit.*, t. 1, n° 150.

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme en droit des sûretés

Clément Favre-Rochex

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1. Dans un « joyau »¹ de la littérature juridique, Jacques Flour mettait en évidence les différentes justifications du formalisme : « protéger les tiers par une publicité, [...] attirer l'attention des parties par l'insertion, à l'acte, de mentions théoriquement superflues, obtenir sécurité et rapidité par l'emploi de titres stéréotypés constatant des contrats usuels »². Si le propre du formalisme est d'agir « là où la seule volonté est impuissante à atteindre pleinement le but qu'elle poursuit »³, ses manifestations se caractérisent assurément par leur diversité, en fonction des desseins poursuivis⁴. Les formes s'imposent en effet, tantôt pour la validité de l'acte, en permettant tant la réflexion et la vigilance des contractants que la sincérité de leur *instrumentum*, tantôt pour son opposabilité, afin de protéger les tiers méritant une information particulière, tantôt afin d'en préconstituer la preuve. En somme, la forme tend à satisfaire « un intérêt juridique, que le caractère, purement interne ou libre, des opérations de la vie du droit, laisserait en souffrance »⁵. De telles

finalités expliquent que le formalisme ne soit pas propre aux sociétés archaïques et qu'il ait, à l'époque contemporaine, connu une véritable renaissance, loin de « l'abolition constante » qu'avait jadis professée Josserand⁶.

2. Le droit des sûretés illustre remarquablement la vitalité de ces enjeux. Historiquement, le formalisme domine les institutions utilisées pour sûreté de la dette. Tel est le cas, en droit romain, s'agissant de la *sponsio*, de la *fidepromissio* ou de la *fideiussio*, ancêtres du cautionnement, dont la conclusion exige le respect de formes sacramentelles⁷. Cette prédominance du formalisme ne présente toutefois guère d'originalité, la formation du lien d'obligation supposant alors l'accomplissement de rites, avant que le formalisme ne recule progressivement à partir des *x^e* et *xii^e* siècles⁸. Les formes sont également essentielles pour la constitution des sûretés réelles du droit romain⁹. Ainsi, dans la *fiducia cum creditore*, le transfert de propriété suppose un étouffant

1. M. Grimaldi, in « Hommage à Jacques Flour », *Defrénois* 2000, n° 15, p. 867.

2. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, t. 1, 1950, p. 93 et s., n° 11, p. 104.

3. J. Flour, préc., n° 10, p. 103.

4. V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, Université, 17^e éd., 2022, n° 500 et s.; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, Dalloz, « Précis », 13^e éd., 2022, n° 195 et s.

5. F. Gény, *Sciences et techniques en droit privé positif*, Sirey, t. III, 1921, n° 206, p. 117.

6. L. Josserand, « La désolennisation du testament », *DH* 1932, p. 73.

7. V. A. Castaldo et J.-Ph. Lévy, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2010, n° 745 et s.; F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil, Sûretés personnelles*, PUF, Droit fondamental, 2013, n° 3 et s.

8. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 194; A. Castaldo et J.-Ph. Lévy, *op. cit.*, n° 527 et s.

9. V. A. Castaldo et J.-Ph. Lévy, *op. cit.*, n° 756 et s.

formalisme – la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*¹⁰ –, tandis que le *pignus* constitue un contrat réel, conférant au créancier le *ius possidendi*. En revanche, à Rome, l'hypothèque se constitue sans forme, l'acte notarié n'étant exigé qu'au *xvi^e* siècle.

3. À s'en tenir au droit des sûretés issu de la codification de 1804, l'analyse doit être différemment menée, selon que l'on envisage les sûretés personnelles ou les sûretés réelles. Dans le Code civil, la plus illustre des sûretés personnelles, le cautionnement, est un contrat consensuel. L'étude de ses mutations contemporaines révèle pourtant une formidable expansion du formalisme, dont les raisons sont fort bien connues. Celles-ci tiennent en effet aux dangers que recèle l'acte : l'engagement porte en lui un risque d'endettement, sans que, de surcroît, la caution n'en tire en principe quelque contrepartie. C'est donc la prévention de l'endettement qui justifia, ici, la progression du formalisme. La forme requise pour la validité de l'acte est ainsi devenue « l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible »¹¹, ce qui justifie d'ailleurs que l'expansion s'observe dans maints domaines, de la législation consumériste au droit du travail.

4. Les sûretés réelles paraissent quant à elles constituer le « domaine de prédilection du formalisme »¹², ce qu'explique la gravité de l'acte : tant la constitution que l'opposabilité de la sûreté sont ainsi, classiquement, assujetties à diverses formalités, que l'on songe à la traditionnelle dépossession du constituant d'un gage, à la rédaction d'un écrit ou à l'accomplissement de formalités publicitaires. Encore faut-il relever d'emblée que, à la différence du contrat de cautionnement, la gravité des sûretés réelles se manifeste essentiellement à l'égard des tiers. C'est en effet contre ces derniers que les pré-

gatives que ces sûretés confèrent se déploient, qu'il s'agisse du droit de préférence, en les frustrant lors de la distribution du prix issu de la réalisation de l'actif¹³, ou du droit de suite auquel est exposé l'acquéreur du bien grevé. Le formalisme constitue de la sorte une pièce centrale du droit des sûretés réelles.

5. Cette place du formalisme en droit des sûretés explique d'ailleurs certaines évolutions de la matière. Si, insistait Gény, « l'emploi de formes extérieures, nécessaires pour assurer les situations juridiques, est un phénomène essentiel du droit »¹⁴, n'a-t-on pas dénoncé, avec constance, l'altération de l'efficacité du cautionnement lorsque le législateur multiplia les exigences formelles requises pour la validité du contrat, incitant les créanciers à se déporter vers des garanties alternatives réputées plus souples au risque, selon une loi sociologique bien connue, que la « protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée »¹⁵ ? Les inconvénients de la dépossession, pour les parties, ne justifiaient-elles pas le développement de sûretés réelles dont la constitution et l'opposabilité ne furent plus assujetties à une exigence aussi anti-économique¹⁶ ?

6. Pour autant, prétendre identifier de nettes évolutions du formalisme en droit des sûretés constitue une entreprise délicate. Si la progression du formalisme est un phénomène marquant du droit du cautionnement, afin de protéger les souscripteurs de cette garantie, les formes n'ont guère prospéré au sein d'autres sûretés personnelles. Quant au droit des sûretés réelles, les exigences formelles y occupent une inégale importance selon les garanties mobilisées, en particulier lorsque l'on envisage les formalités d'opposabilité, destinées à la protection des tiers. Dans ce contexte, les apports de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2021-1192

10. V. C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, p. 25.

11. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170, n° 4 ; G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, n° 15-16, p. 880.

12. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 565, p. 442, l'auteur démontrant toutefois un cantonnement du formalisme des sûretés réelles.

13. V. Ch. Gijbbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica, 2015, n° 129, p. 127 ; M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 1996, n° 77, p. 7 : « À la différence d'une sûreté personnelle, une sûreté réelle rompt l'égalité entre les créanciers : elle est une cause de préférence d'un créancier sur les autres ; elle s'obtient, non contre le débiteur, mais contre des homologues concurrents ».

14. F. Gény, *op. cit.*, n° 206, p. 121.

15. Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in *Écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 309 et s., n° 5, p. 310.

16. V. Y. Blandin, *Sûretés et bien circulant*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2016, n° 148 et s., p. 91 et s.

du 15 septembre 2021 retiennent l'attention. La simplification et la modernisation du formalisme y occupent en effet une place essentielle, ce qu'annonçait la loi Pacte du 22 mai 2019, habilitant le gouvernement à « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants et à cette fin »¹⁷.

7. La réforme ne remet toutefois pas en cause les orientations précédemment décrites. Si la quête d'équilibre entre les différents intérêts qui se débattent en droit des sûretés est une constante des évolutions législatives et jurisprudentielles de la matière, l'emprise du formalisme demeure, ce qu'expliquent ses finalités : destiné à protéger les donneurs de sûretés personnelles (I), le formalisme vise principalement, au sein des sûretés réelles, à protéger les tiers (II).

I. Protéger les donneurs de sûretés personnelles

8. À l'évocation du formalisme en droit des sûretés, c'est assurément aux sûretés personnelles, singulièrement au cautionnement, auxquels l'on songe prioritairement. Pour attirer l'attention des donneurs de sûretés, fut en effet progressivement imposée l'insertion de mentions spécifiques dans les contrats (A). Les errances du législateur et de la jurisprudence justifiaient néanmoins que la protection des garants fût rationalisée, ce qu'entreprit, partiellement, l'ordonnance du 15 septembre 2021 (B).

A. Attirer l'attention par des mentions

9. La gravité de la sûreté personnelle. Si les sûretés réelles sont traditionnellement imprégnées par le formalisme, les sûretés personnelles y furent longtemps rétives. Certes, le cautionnement puise ses origines dans des institutions for-

malistes¹⁸, mais dans le Code civil de 1804, cette sûreté est consensuelle. L'histoire moderne du cautionnement se caractérise néanmoins par une véritable conquête du formalisme, compte tenu de la gravité du contrat, dont on a justement dit qu'il était « profondément anormal »¹⁹ : quoi de moins naturel, en effet, de s'engager à payer la dette d'autrui, alors que la force des liens, affectifs et professionnels, rend parfois toute relative la liberté de celui qui s'oblige ?

10. Grave, la sûreté personnelle l'est donc pour celui qui la conclut, nullement pour les tiers. Pourtant, il fut parfois proposé que les sûretés personnelles fussent assujetties à des formalités publicitaires, afin d'informer les créanciers des risques qu'ils encourent en contractant avec un débiteur garantissant l'exécution des obligations d'autrui²⁰. L'intérêt d'une telle publicité est toutefois douteux. D'une part, car celle-ci n'offrirait certainement pas une « image fidèle »²¹ de la situation d'endettement du garant, l'obligation de la caution dépendant exclusivement de l'exécution du débiteur principal. D'autre part, à suivre cette voie, le système ne serait efficace que si tout acte d'endettement était publié, sans être cantonné aux seuls contrats de garantie. À l'évidence, les vertus de la publicité des sûretés personnelles seraient donc sans commune mesure avec les inconvénients qu'elle générerait, que l'on envisage le coût de ces formalités ou les sanctions qui frapperaient l'acte demeuré occulte²².

11. Le développement des formalités *ad validitatem*. Aussi bien la politique de prévention du surendettement des cautions s'est-elle traduite par le développement de formalités nécessaires à la validité du contrat. Diverses voies eussent été explorables, telle que la remise au garant d'un exemplaire du contrat de garantie²³. Unilatéral, ce contrat n'est en effet pas soumis à la formalité du double original, alors que la

17. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 60.

18. V. *supra*, n° 2.

19. Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 10, p. 28.

20. V. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2006, n° 804 et s., p. 446 et s. ; N. Borgia, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Dalloz, Nouv. bibl. de thèses, 2009, n° 470, p. 445, soulignant toutefois que le « bilan coût-avantage » est « plutôt mitigé » ; J.-L. Vallens, « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 2000, n° 188, p. 5.

21. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2015, n° 135.

22. V. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 135.

23. V. M. Bourassin, *op. cit.*, n° 840 et s., p. 463 et s. ; N. Borgia, *op. cit.*, n° 468, p. 444.

conservation de l'*instrumentum* peut être précieuse pour le garant afin que son engagement, indolore lors de sa conclusion, ne sombre dans l'oubli. Le législateur privilégia toutefois l'instauration de mentions, apposées à peine de nullité de l'acte, cette solennisation étant de nature, au moins théoriquement, à faire prendre conscience à la caution de la gravité de son engagement : *qui scribit bis legit*²⁴.

12. Au vrai, cette mutation du cautionnement en un contrat solennel avait déjà été amorcée par la première chambre civile de la Cour de cassation, lorsque celle-ci fit de la mention manuscrite de l'ancien article 1326 du Code civil (C. civ., art. 1376) une formalité requise *ad validitatem*²⁵ : en combinant ces dispositions avec celles de l'ancien article 2015 du Code civil relatif au caractère « exprès » du cautionnement (C. civ., art. 2295), la jurisprudence transformait ainsi la mention en « une forme extériorisant le consentement de la caution »²⁶, à rebours de la décadence du formalisme dans la jurisprudence qu'observait Flour²⁷. Si la jurisprudence rompit ensuite avec cette analyse, en restituant à cette mention sa finalité probatoire, le législateur intervint, étonnamment hors du Code civil²⁸, pour réglementer certains cautionnements. Devenirent ainsi solennels les cautionnements garantissant un crédit à la consommation, un crédit immobilier²⁹, un bail d'habitation³⁰ puis, plus généralement, ceux conclus entre une personne physique et un créancier professionnel³¹.

13. Malgré l'estimable souci de protéger les cautions, ce formalisme généra un funeste

contentieux, âprement dénoncé en tant qu'il risquait prétendument de favoriser « mauvaise foi et perte du sentiment de responsabilité individuelle »³², même si l'on pouvait tout autant fustiger l'impéritie des créanciers négligeant de vérifier que les exigences légales eussent été respectées. La jurisprudence parvint néanmoins, progressivement, à assouplir le formalisme du cautionnement, fût-ce en s'affranchissant des dispositions légales³³. D'une part, des erreurs négligeables dans la reproduction de la mention furent tolérées. La protection de la caution n'en ressortait d'ailleurs pas affaiblie, dès lors qu'il s'agissait de s'assurer que de telles irrégularités n'affectassent « ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite »³⁴, en reflétant « la parfaite information dont avait bénéficié la caution quant à la nature et la portée de son engagement »³⁵. D'autre part, la nullité du contrat fut cantonnée. La jurisprudence décida en effet que l'irrégularité de la mention relative au caractère solidaire de l'obligation faisait dégénérer le cautionnement solidaire en un cautionnement simple³⁶. En outre, la sanction fut inappliquée à des actes où « certains éléments fondamentaux de la mention faisaient défaut »³⁷. Tel fut le cas lorsque la Cour de cassation considéra que l'omission du terme « mes biens » devait être sanctionnée par une réduction du droit de gage du créancier³⁸, ce raisonnement ayant été étendu aux hypothèses où faisait défaut la mention des « revenus », des « intérêts » et des « pénalités ». Ce désordre appelait donc une rationalisation.

24. Une écriture vaut deux lectures. V. G. Cornu, « L'écrit dans les perspectives du droit (Réflexions sur un symbole et des pratiques) », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 247 et s., spéc. p. 253.

25. Par ex., Civ. 1^{re}, 30 juin 1987, n° 85-15.760, jugeant « qu'il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ». V. H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 2015, p. 777 et s.

26. Ph. Théry, *op. cit.*, n° 31, p. 52.

27. J. Flour, *préc.*, n° 14, p. 106.

28. Sur ce phénomène, v. D. Houtcief, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 123, p. 8.

29. Art. L. 314-15 et s. C. consom.

30. Art. 22-1, loi n° 89-462 du 9 juill. 1989.

31. Art. L. 331-1 et s. C. consom.

32. A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, n° 23, p. 617.

33. V. C.-A. Michel, *La concurrence des sûretés*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2018, n° 125 et s., p. 132 et s.

34. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, *Bull. Civ. I*, n° 254.

35. Com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278.

36. Com., 8 mars 2011, n° 10-10.699.

37. C.-A. Michel, *op. cit.*, n° 127, p. 134.

38. Com., 1^{er} oct. 2013, *préc.*

B. Rationaliser la protection des garants

14. La rationalisation des formalités. Faute d'habilitation législative pour réformer le droit du cautionnement, l'ordonnance du 23 mars 2006 ne put entreprendre la rationalisation attendue. L'évolution est donc l'œuvre de la réforme du 15 septembre 2021. La rationalisation se manifeste, d'abord, par une unification du formalisme applicable à la conclusion du contrat de cautionnement : le Code civil redevient le siège, qu'il n'eût jamais dû cesser d'être, des dispositions applicables.

15. La rationalisation se manifeste, ensuite, par une simplification du formalisme. Si le nouvel article 2297 du Code civil maintient l'exigence, à peine de nullité, d'une mention apposée par la caution dans l'acte constitutif de la sûreté³⁹, il n'impose en revanche plus la reproduction de quelque formule légale. En somme, seul importe désormais que le garant ait conscience de la nature et de l'étendue de son engagement, en précisant qu'il s'engage en qualité de caution, pour le paiement d'une ou plusieurs dettes d'un débiteur identifié, dans la limite d'un montant déterminé « en toutes lettres et en chiffres », et en indiquant, éventuellement, qu'il renonce aux bénéfices de discussion et de division⁴⁰. En revanche, l'exigence que soit indiquée une durée disparaît, la caution étant alors protégée par la faculté de résiliation unilatérale du contrat et, surtout, par l'information annuelle, le cas échéant, relative à ce droit⁴¹. De surcroît, la rationalisation du droit du cautionnement rime encore avec sa modernisation, puisque l'acte pourra désormais être électroniquement conclu.

16. Les limites de la rationalisation. Cette rationalisation a été saluée : elle garantirait que

le rédacteur fasse enfin « usage de sa propre raison »⁴² et favoriserait « l'imagination »⁴³ des parties. La simplification de la mention pourrait toutefois ne pas se traduire, dans l'immédiat, par une nette revalorisation du cautionnement. D'abord, la liberté désormais reconnue pour énoncer les termes de l'engagement conduira parfois à la rédaction de formules aussi absconses que fantasques, qu'il conviendra d'interpréter afin de percer l'intention de leur auteur. Or, la prédétermination des mentions, sous l'empire du droit antérieur, présentait l'insigne mérite de fournir un modèle de conduite à suivre, à quoi s'ajoute que l'abondante jurisprudence rendue à ce sujet était certainement parvenue à un équilibre satisfaisant entre la protection de la caution et l'efficacité de la sûreté en dissipant la plupart des incertitudes générées par l'essor du formalisme. Du reste, la dématérialisation du contrat de cautionnement pourrait également charrier un nouveau contentieux, lorsqu'il s'agira de vérifier que la caution a apposé « elle-même » la mention par la voie numérique et d'apprécier la fiabilité de la signature électronique.

17. Ensuite, il eût été concevable que la nullité frappant l'acte dépourvu d'une mention régulière fût exclue au profit d'une présomption de consentement vicié. Une telle évolution, que préconisait l'avant-projet de réforme des sûretés en 2005⁴⁴, eût en effet été de nature à concilier les intérêts du garant et du créancier, en permettant à ce dernier de démontrer, malgré la violation des règles de forme, l'absence d'altération du consentement de la caution⁴⁵. Si la réforme n'a pas emprunté cette voie, il faut à l'inverse espérer que le respect des formalités ne suffise pas à empêcher la caution de se prévaloir d'un

39. La finalité de protection explique que le mandat donné à autrui de se porter caution comporte une telle mention (art. 2297, al. 3 C. civ.).

40. À défaut d'une telle indication, les bénéfices de discussion et de division sont préservés.

41. Art. 2302, al. 2 C. civ., cette information étant due avant le 31 mars de chaque année par le créancier professionnel, à ses frais.

42. Ph. Dupichot, « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », in *Réforme du droit des sûretés*, D. 2022, p. 231, n° 19.

43. M. Bourassin, « Formalisme et dématérialisation du cautionnement », *RDBF* 2022, n° 1, doss. 4, n° 9, mais l'auteur souligne les risques de contentieux liés à cette liberté.

44. V. Ph. Simler, « Les sûretés personnelles », in *Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale des sûretés*, Dr. et patrim. 2005, n° 140, p. 55 et s.

45. En ce sens, N. Borgia, *op. cit.*, n° 119, p. 129 ; A. Lepage, *préc.*, n° 26, p. 620. Comp. X. Lagarde, *préc.*, n° 44, en faveur d'une peine privée ; I. Dauriac, « Forme, preuve et protection du consentement », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit*, *Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, n° 18 et s., p. 417 et s., rejetant la présomption de consentement vicié ; J.-J. Ansault, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RDA* 2019, n° 19, p. 109, en faveur d'une « simple exigence probatoire ».

vice du consentement, bien que la jurisprudence semble l'exclure⁴⁶. C'est dire, en définitive, que le cautionnement notarié conservera de notables attraits, en conciliant avantageusement la protection de la caution, par le conseil dispensé par l'officier, la souplesse de l'engagement qui, affranchi de la mention⁴⁷, pourra être librement défini, et la sécurité de l'acte⁴⁸.

18. Il reste, enfin, à regretter que la rationalisation entreprise par la réforme achoppe sur le périmètre du formalisme car, étonnamment, celui-ci ne franchit pas les frontières du cautionnement. Certes, l'ordonnance conforte judicieusement le mouvement d'expansion des formalités, dès lors que la mention devra à l'avenir être apposée au sein de tout contrat conclu entre un créancier, quelle que soit sa qualité, et une caution personne physique. L'évolution est salubre, car l'on ne voit guère en quoi la qualité du créancier devrait être déterminante, seule la gravité intrinsèque de l'acte justifiant le recours aux formalités⁴⁹. Or, n'eût-il pas été concevable de généraliser l'exigence de la mention, en adaptant son contenu⁵⁰, à toute sûreté conclue en garantie de la dette d'autrui, conformément à de nombreuses suggestions doctrinales⁵¹ ? Souscrites par des personnes physiques, ces sûretés alternatives au cautionnement portent en effet en elles un risque similaire d'endettement pour autrui, en plus de la rigueur qui caractérise leur régime. Au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021, l'expansion des formalités que justifie la protection des donneurs de sûretés personnelles n'est donc peut-être pas achevée.

II. Protéger les tiers des sûretés réelles

19. Le formalisme occupe également une place capitale au sein du régime des sûretés réelles. Ses finalités apparaissent néanmoins distinctes des objectifs assignés au formalisme du cautionnement. En effet, si les sûretés réelles constituent des actes graves, les formes requises ne visent pas tant à protéger les donneurs de sûretés que les tiers, contre lesquels elles sont intrinsèquement dirigées, qu'il s'agisse de l'écrit, destiné à identifier la sûreté (A), et de la publicité, à fin d'opposabilité de la sûreté (B).

A. Identifier la sûreté par l'écrit

20. L'évolution des formalités *ad validitatem*. Jusqu'à la réforme du 23 mars 2006, les conditions de validité des sûretés réelles se caractérisaient par une certaine hétérogénéité. Si l'acte notarié était déjà exigé en matière hypothécaire, la convention de gage ne nécessitait en revanche pas qu'un écrit fût conclu. C'est en effet la dépossession qui constituait alors une condition de validité de la sûreté, la jurisprudence retenant qu'en l'absence de remise de la chose au créancier, la convention ne pouvait constituer qu'une promesse de gage⁵². Cette formalité fut parfois analysée comme un élément de protection des parties, tant du créancier, contre le risque de détournement du bien gagé, que du constituant, dont il serait « bon d'éveiller l'attention en subordonnant la perfection de l'acte à un dessaisissement qui donne la mesure de sa gravité »⁵³. Ces finalités furent toutefois contestées, en ce que l'exigence de dépossession était essentiellement destinée à « réaliser une publicité de fait », en rendant « apparente la constitution du

46. V. Ch. Albiges, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de caution », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, n° 17, p. 13. La Cour de cassation a en effet rejeté l'application des vices du consentement pour annuler un contrat de prêt, l'offre de crédit ayant été établie conformément aux dispositions légales (Civ. 1^{re}, 14 juin 1989, *RTD Civ.* 1999, p. 741).

47. Art. 1369, al. 3 C. civ.

48. V. M. Bourassin, « Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés », *JCP N* 2021, 1336 ; S. Cabrillac, « Le cautionnement notarié », *Dr. et patrim.* 2008, n° 172, p. 56 et s.

49. Comp., en faveur d'un cantonnement du formalisme aux cautionnements conclus à des fins non professionnelles, M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, n° 6, p. 103.

50. Par ex., pour une proposition de contenu adapté, en présence d'une sûreté réelle pour autrui, v. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, Defrénois, Doctorat & notariat, 2009, n° 528, p. 471.

51. V. N. Borga, *op. cit.*, n° 465, p. 442 ; M. Bourassin, *op. cit.*, n° 922, p. 511 ; C.-A. Michel, *op. cit.*, n° 64, p. 66 ; V. Mazeaud, « La politique de protection des constituants d'une sûreté personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RDA* 2019, n° 19, n° 6 et s., p. 127 et s.

52. Par ex., Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, n° 91-21.646, *Bull. civ.* I, n° 4.

53. M. Grimaldi, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *préc.*, n° 7.

gage »⁵⁴. D'ailleurs, l'on souligna justement que si la protection du constituant était l'objectif de la remise de la chose, la promesse elle-même aurait dû être annulée⁵⁵. Au vrai, quelle que soit l'analyse retenue, la réforme du 23 mars 2006 a renouvelé la question, en participant de la solennisation des conventions de sûreté. Désormais, en effet, un écrit est le plus souvent exigé pour la formation du contrat⁵⁶, tandis que la dépossession constitue une mesure d'opposabilité.

21. Les fonctions de l'écrit. Si l'écrit est également requis en matière de cautionnement, les fonctions de cette exigence sont distinctes lorsque l'on envisage les sûretés réelles. Au regard des prérogatives que celles-ci confèrent, la rédaction de l'écrit assure en effet la protection des tiers, en prévenant les fraudes que les parties pourraient sinon ourdir⁵⁷. Cette finalité se vérifie en contemplation des mentions que doit impérativement comporter la convention de sûreté. L'écrit vise ainsi, d'une part, à identifier la date de la convention, laquelle permet de résoudre les conflits pouvant s'élever entre des créanciers prétendant avoir acquis les mêmes droits sur un bien, singulièrement lorsqu'aucune publicité de la sûreté n'est organisée, notamment en matière de sûretés sur créances. De même la date permet-elle de s'assurer que la sûreté n'a pas été constituée en période suspecte en garantie d'une dette antérieurement contractée, dans le contexte d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, une telle sûreté étant nulle de droit⁵⁸, afin que les créanciers ne bénéficient pas d'un illégitime droit de préférence lorsque leur débiteur est en cessation des paiements. En matière mobilière, le risque d'antidate n'est certes pas conjuré, puisque l'écrit peut n'avoir pas date certaine, là où l'enregistrement était auparavant requis.

Mais l'ordonnance du 15 septembre 2021 a opportunément précisé, dans le nantissement de créances, que la preuve de la date incombait au créancier nanti, alors qu'il avait été auparavant soutenu que cette charge devait peser sur les tiers⁵⁹, au risque d'en faire une preuve diabolique.

22. L'écrit permet, d'autre part, de spécifier l'assiette de la sûreté par l'ensemble des éléments de nature à identifier précisément le bien grevé. Au-delà de la connaissance précise des droits des titulaires de sûretés qu'il assure, l'écrit empêche alors le débiteur de modifier l'assiette de la sûreté, en substituant un bien d'une valeur supérieure à celle du bien initialement grevé, voire, carrément, en soustrayant « une partie de son actif aux poursuites de ses créanciers »⁶⁰. Cette fonction explique que lorsque la sûreté grève un ensemble de biens présents ou futurs, il semble impératif que ceux-ci présentent une unité fédératrice et soient suffisamment identifiables, fût-ce par la désignation précise de l'ensemble grevé, afin d'exclure, au sein de l'assiette, toute substitution frauduleuse. Autrement, il serait loisible, soulignait Dalloz au sujet du gage constitué sur une bibliothèque, de substituer « des livres médiocres à des ouvrages de prix, des éditions sans valeur à des éditions précieuses »⁶¹.

23. Bien que nul ne conteste l'impérieuse nécessité de protéger les tiers, l'exigence de l'écrit est parfois analysée comme une mesure de protection du constituant de la sûreté, en particulier pour la constitution d'hypothèque, dont la forme est impérativement notariée. En ce sens, la présence de l'officier public protégerait le débiteur contre un acte grave, dont le « caractère menaçant n'apparaît pas à première vue, parce qu'il laisse au débiteur l'espoir de conserver son immeuble »⁶². L'argument n'est guère décisif, dès lors que le

54. J. Flour, *Cours de droit civil, Les sûretés*, Les Cours du droit, 1961-1962, p. 185 ; M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, *Traité de droit civil français, Sûretés réelles*, 1927, t. XII, n° 86, p. 84.

55. En ce sens, Ph. Dupichot, *op. cit.*, n° 586, p. 455.

56. Art. 2336 (gage) ; art. 2372-2 (fiducie) ; art. 2373 (cession de créance) ; art. 2374-1 (cession de somme d'argent) ; art. 2356 (nantissement) ; art. 2409 (hypothèque) C. civ. Les garanties financières sont cependant affranchies de cette exigence (art. L. 211-38, II, 1° C. mon. fin.). Quant à la réserve de propriété (art. 2368), l'écrit est exigé pour son opposabilité.

57. V. J. Flour, *op. cit.*, p. 185 ; G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3^e éd., t. 1, 1906, n° 39 et s., p. 28 et s.

58. Art. L. 632-1, I. C. com.

59. En ce sens, P. Crocq, « Le nantissement de créance », *RLDC* 2006, n° 29, suppl., n° 9.

60. M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, *op. cit.*, n° 80, p. 79.

61. V. Civ. 4 mars 1811, *Journal du barreau et des écoles de droit*, 1811, t. 6, p. 494, cité par Ch. Gijsbers, *op. cit.*, n° 579.

62. M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, *op. cit.*, n° 446, p. 416.

danger ne procède pas tant de la sûreté réelle que de la dette que le débiteur contracte. Il est d'ailleurs remarquable que les auteurs insistant sur l'intérêt de l'acte notarié pour le constituant ne visent pas toujours la sûreté en tant que telle, mais « l'emprunt hypothécaire »⁶³, c'est-à-dire l'obligation garantie. Indépendamment de la sûreté réelle, le constituant est en effet exposé à l'exécution forcée sur l'ensemble de ses biens, ce qui ne constitue rien d'autre qu'un attribut de la créance⁶⁴. La sûreté réelle, bien que confortant l'endettement du constituant, n'est donc pas de nature à aggraver sa situation⁶⁵, à la différence d'une sûreté personnelle, mais celle de ses créanciers, dont l'étendue du droit de gage est placée sous la dépendance des droits de préférence octroyés à leurs homologues.

24. Plutôt que la protection du constituant, la forme notariée de l'hypothèque se justifie donc par l'intérêt du crédit immobilier et l'organisation de la publicité foncière. Aussi bien Japiot analysait-il la nullité de l'acte constitutif d'hypothèque pour vice de forme comme « une nullité d'intérêt général mais d'ordre privé », considérant que la règle de forme était créée, notamment, « au profit de toutes les personnes qui pourraient se trouver atteintes dans leurs intérêts patrimoniaux par un mauvais fonctionnement du régime hypothécaire »⁶⁶. On ne conclura certes pas que l'écrit est indifférent du point de vue du constituant : d'abord, car il permet de se préconstituer la preuve que la remise de la chose, en présence d'une sûreté avec dépossession, est précaire – mais l'exigence d'un écrit pourrait alors n'être que probatoire⁶⁷ – ; ensuite, parce qu'en permettant aux tiers de connaître l'exakte étendue des droits des bénéficiaires de sûretés, il conforte la confiance qu'ils peuvent accorder à leur débiteur lors de l'octroi du crédit.

25. Au-delà de l'identification précise de la sûreté, il va sans dire que l'écrit s'impose par ailleurs chaque fois que des formalités publicitaires doivent être accomplies, au sein des registres appropriés. Déjà prégnante au stade de la formation du contrat, la protection des tiers apparaît en effet de manière plus éclatante encore lorsque l'on envisage le formalisme de publication des sûretés réelles.

B. Publier à fin d'opposabilité

26. Les vertus de la publicité. Indifférente en matière de sûretés personnelles, la publicité revêt en revanche une importance cardinale en matière de sûretés réelles, singulièrement lorsque celles-ci sont constituées sans dépossession : elle assure la connaissance de ces droits réels accessoires, tout en permettant de déterminer l'ordre de paiement des créanciers, en fonction de la date de leur inscription sur les registres appropriés. Les vertus de la transparence sont donc incontestables. Ainsi, en permettant aux créanciers de mesurer les risques qu'ils encourent, la publicité réduirait les coûts de transaction, ce que Mouly soulignait : imposer à un créancier « de contribuer à l'information en publiant sa sûreté est un coût de transaction moindre » que de laisser le créancier envisageant d'octroyer un crédit « le coût de recherche des sûretés occultes, ou le coût du risque d'être primé par ces sûretés »⁶⁸. C'est encore en contemplation de l'objectif contemporain de prévention des difficultés des entreprises que les bienfaits de la transparence se manifestent, puisque la publicité des sûretés constituerait un précieux indice des difficultés de l'entreprise⁶⁹. De l'accomplissement de formalités publicitaires dépend donc, en principe, l'opposabilité de la sûreté, en lui donnant la « puissance d'un droit actif »⁷⁰, même si, curieusement,

63. *Ibid.*

64. V. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, Dalloz, Nouv. bibl. de thèses, 2019, n° 16 et s., p. 26 et s.

65. En ce sens, Ph. Dupichot, *op. cit.*, n° 570 et s., p. 444 et s. : « L'endettement préexiste toujours, au moins intellectuellement, à la sûreté qui n'en est que l'accessoire [...] ». Comp. Ph. Théry, Ch. Gijsbers, *Droit des sûretés*, LGDJ, Domat, 2022, n° 333 : « Imposer l'authenticité de l'hypothèque est une manière indirecte de solenniser l'acte d'emprunt » ; Ch. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles*, th. Paris-Panthéon-Assas, 2020, n° 315 et s., estimant que l'écrit « trouve sa justification la plus impérieuse » en présence de sûretés pour dettes futures, dont il montre les dangers.

66. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 614, note 2.

67. En ce sens, Ch. Gijsbers, *op. cit.*, n° 277, p. 268.

68. Ch. Mouly, « La publicité des sûretés réelles mobilières », in *European Review of private law*, vol. 6, 1998, p. 54.

69. V. A. M. Morgan de Rivery, « La publicité du gage », in *Le gage commercial*, *RJ com.* 1994, p. 85 et s.

70. P. Pont, *Explication du Code Napoléon, Des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, Paris, 2^e éd., t. XI, 1868, n° 877, p. 303.

sement, le législateur imposa parfois l'inscription de la sûreté à peine de nullité⁷¹.

27. En la matière, les progrès apparaissent considérables : la modernisation de la publicité constitue une évolution majeure du droit des sûretés réelles. Ces progrès furent d'abord accomplis lorsque fut généralisée l'inscription des sûretés immobilières⁷², par un décret du 4 janvier 1955, lequel acheva le « système bâtard »⁷³ qui prévalait dans le Code de 1804, sous l'empire duquel les hypothèques légales étaient dispensées d'inscription. En matière mobilière, les évolutions furent en revanche plus tardives. Longtemps, en effet, la situation fut jugée « attristante »⁷⁴, au constat qu'il n'existait pas une publicité mais « des publicités prévues pour différents gages »⁷⁵ : variaient ainsi les lieux de l'inscription, les délais d'inscription et la durée de conservation de l'inscription. De surcroît, certaines modalités d'information des tiers n'étaient guère adaptées, telles que l'apposition de plaques sur le bien grevé⁷⁶ ainsi que la dépossession du bien gagé. Certes, la dépossession assure une publicité de fait, mais une telle modalité est pour le moins surannée : elle prive le constituant de l'usage d'un bien potentiellement utile, ne fournit guère une information accessible aux tiers, à quoi s'ajoute que son application à la mise en gage des créances, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, se révélait inappropriée⁷⁷. Aussi faut-il saluer la réforme du 15 septembre 2021, qui réalise en partie le « rêve » de Pierre Crocq⁷⁸, en harmonisant les

règles de publicité par une centralisation des inscriptions des sûretés mobilières sans dépossession⁷⁹, même si la durée des effets de l'inscription demeure hétérogène⁸⁰.

28. Le cantonnement du domaine. Il reste que les évolutions témoignent de mouvements cycliques : une kyrielle de sûretés demeure affranchie de tout formalisme publicitaire. Tel est le cas des privilèges, lesquels se distinguent par leur clandestinité, celle-ci apparaissant pourtant contestable lorsque le privilège repose sur « l'idée de crédit, exprès ou tacite »⁸¹. Certes, l'opposabilité du privilège du Trésor est, depuis une loi n° 66-1007 du 28 décembre 1966⁸², conditionnée à la réalisation de mesures de publicité. Mais le domaine des formalités est limité (CGI, art. 1920), notamment puisque, d'une part, ce n'est que dans le cadre d'une procédure collective ouverte contre le redevable que l'inaccomplissement des formalités publicitaires est sanctionné et, d'autre part, la publicité n'est obligatoire que lorsque le montant des créances dues par le débiteur dépasse un seuil, qu'un décret n° 2019-683 du 28 juin 2019 a étrangement rehaussé. En effet, tandis que le privilège devait auparavant être publié lorsque le montant des sommes dues par le redevable était de quinze mille euros, le seuil est désormais fixé à deux cent mille euros (CGI, annexe 3, art. 416 *bis*)⁸³. Lorsque l'on sait que l'existence des créances fiscales ou sociales impayées constitue « l'un des principaux indices des difficultés

71. C'était le cas du gage de l'outillage et du matériel, du privilège du vendeur de fonds de commerce et du nantissement de fonds de commerce.

72. À l'exception du privilège des frais de justice, du privilège des salaires et du privilège du syndicat des copropriétaires.

73. Ph. Théry, *op. cit.*, n° 163. Sur ces évolutions, v. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Sûretés, publicité foncière*, par V. Ranouil et F. Chabas, Montchrestien, t. III, 1988, n° 227 et s., p. 236 et s.

74. Ch. Mouly, *préc.*, p. 55.

75. A. M. Morgan de Rivery, *préc.*, p. 85 et s.

76. Anc. art. L. 525-4 C. com. (gage de l'outillage et du matériel).

77. Sur l'exigence de remise du titre au créancier nanti, v. par ex., Req., 11 juin 1846, *DP* 1846.I.252.

78. P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », *RPC* 2009, doss. 18, n° 28 : « [...] je fais le rêve, en matière de sûretés sur meubles corporels, d'un système de publicité informatique et unifié dont dépendrait l'opposabilité de l'ensemble des sûretés [...] et une centralisation nationale et même européenne de l'ensemble des registres ».

79. V. Décret n° 2021-1887 du 29 déc. 2021 relatif au registre des sûretés mobilières sans dépossession et autres opérations connexes.

80. Si en principe l'inscription produit effet durant cinq ans, certaines exceptions sont prévues : dix ans pour le privilège du vendeur de fonds de commerce, le nantissement de fonds de commerce et les hypothèques maritimes et fluviales ; quatre ans pour le privilège du Trésor ; deux ans et six mois pour le privilège de la sécurité sociale (art. R. 521-12 C. com.).

81. Ch. Mouly, *préc.*, p. 66.

82. V. M. Cozian, « La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale », *JCP* 1968.I.2199.

83. Comp. L. Andreu, « L'efficacité des sûretés réelles des créanciers publics », *RPC* 2019, n° 4, doss. 34, l'auteur plaçant pour l'abandon de la publicité, notamment car celle-ci « est gênante pour le débiteur, dont elle augmente le passif et affecte l'image ».

rencontrées par les entreprises, permettant, le cas échéant, de convoquer le chef d'entreprise ou de se saisir d'office en vue de l'ouverture d'une procédure »⁸⁴, ce seuil laisse tout bonnement pantois.

29. Au-delà des privilèges, ce sont les sûretés-propiétés, en matière mobilière, ainsi que les sûretés sur créances, dont la publicité n'est point envisagée. Bien qu'un registre national des fiducies ait été institué par un décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, son utilité pour les tiers est inexistante dès lors que la finalité de ce registre est de « faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ». Quant aux sûretés sur créances, le principe est celui de leur opposabilité immédiate, la notification étant destinée à informer le sous-débiteur de l'existence de la sûreté et, partant, l'empêcher de payer valablement le constituant. Faut-il, dès lors, souhaiter que la publicité s'impose à l'ensemble des sûretés, quelles que soient leur nature et leur assiette ? Si la publicité de la clause de réserve de propriété fut envisagée par l'avant-projet de réforme des sûretés en 2005⁸⁵, cette proposition ne fut pas réitérée. Or le défaut de publicité n'est pas seulement préjudiciable aux tiers. La clandestinité, en tant qu'elle favorise les conflits, affecte tout autant l'efficacité des sûretés⁸⁶. Il n'est donc pas surprenant que les recomman-

dations internationales militent en faveur d'une telle publicité⁸⁷, et que nombre de législations étrangères l'imposent, tant dans le domaine des sûretés-propiétés que dans celui des sûretés sur créances⁸⁸. Tel est par exemple le cas du droit OHADA, prévoyant que la cession et le nantissement de créance deviennent opposables aux tiers « à compter de [leur] inscription au Registre du commerce et du Crédit mobilier »⁸⁹. Il est donc peu convaincant de faire accroire qu'une telle publicité, qui pourrait au demeurant être cantonnée en fonction des montants garantis et de la durée de la sûreté⁹⁰, serait inconcevable en France. Pour l'heure, le choix demeure néanmoins celui de s'incliner face aux brumeuses exigences de la vie des affaires, celles-ci fussent-elles préjudiciables aux tiers.

30. Conclusion. Si la sûreté idéale⁹¹ doit être simple dans sa constitution et efficace dans sa mise en œuvre, elle doit encore être équilibrée⁹² en ménageant les intérêts qu'elle confronte, ce que le formalisme, protecteur des parties et des tiers, garantit assurément. Alors que la réforme du 15 septembre 2021 vient de parachever l'œuvre accomplie par l'ordonnance du 23 mars 2006, il reste donc à souhaiter que soit poursuivi l'effort de modernisation et de simplification du droit des sûretés, dont le perfectionnement du formalisme pourrait, sans doute, constituer l'un des points forts. Rendez-vous dans quinze ans ?

84. M. Jalenques, « L'efficacité des sûretés et l'évolution récente du droit français des procédures collectives », in *Pour une procédure collective efficace*, Éd. juridiques et techniques, Droit et procédures, 2010, p. 18 ; *Rapport de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, par J.-J. Hyest, 2005.

85. V. art. 2382, *Avant-projet de réforme du droit de sûretés de l'Association Henri Capitant*, 2005.

86. V. par ex., en matière de cession de créances, F. Petit, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006, p. 2819, n° 10 et s., critiquant l'opposabilité immédiate des cessions.

87. La loi type de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (2016) énonce que la « sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable si un avis la concernant est inscrit au registre » (art. 18).

88. Pour des illustrations v. Ch. Gijssbers, *op. cit.*, n° 370, p. 376 ; Ch. Lledo, *op. cit.*, n° 850 ; G. Ansaloni, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, th. Paris-Panthéon-Assas, 2006, p. 383 et s., l'auteur se prononçant toutefois en faveur d'une publicité fondée sur le débiteur (p. 352 et s.).

89. Acte uniforme du 15 déc. 2010, art. 82 et 131.

90. V. A. M. Morgan de Rivery, *préc.* p. 96 et s. ; Ch. Mouly, *préc.*, p. 65, envisageant de limiter la publicité aux sûretés « qui dépassent un seuil de montant ou de durée » ; Ch. Lledo, *op. cit.*, n° 850 : « il serait regrettable qu'une telle innovation ne soit même pas envisagée, au moins pour les sûretés garantissant des créances d'un montant élevé, alors qu'elle ne lèse ni les droits des parties à l'opération, ni ceux des tiers, mais allonge légèrement les formalités de constitution de la sûreté ».

91. Sur la sûreté idéale, v. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 16^e éd., 2022, n° 8, p. 21.

92. Rapp. M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patrim.* 2005, n° 140, p. 50 et s., Il : « L'un des traits majeurs de la tradition juridique française, et plus largement de la tradition juridique latine, est de ne pas tout sacrifier à l'efficacité économique, mais de faire sa part à l'impératif de protection ».

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme en droit des affaires

Jean-Baptiste Barbière

Maître de conférences, Université Paris-Panthéon-Assas
Membre de l'IRDA Paris

1. Encore une étude ? Le formalisme en droit des affaires paraît une vieille lune. N'a-t-on pas encore tout dit des tensions qui animent la matière ? N'a-t-on pas fait le tour de la question en évoquant le conflit entre, d'un côté, la rapidité inhérente au droit des marchands et leur nécessaire confiance mutuelle, qui excluraient tout formalisme ; de l'autre, les impératifs de protection des commerçants plus faibles que d'autres ? Le premier côté imposerait l'absence de formalisme tandis que le second prescrirait un formalisme protecteur, d'où un « paradoxe »¹. Et ce paradoxe serait aggravé par une diversité car le formalisme n'est pas seulement protecteur², il peut être aussi informatif³ et est souvent les deux⁴. Il pourrait être également *ad validitatem* ou *ad probationem*, même si la distinction, centrale en droit des contrats⁵, est sans doute davantage en droit des affaires entre formalisme *ad validitatem* et formalisme de publicité ; c'est-

à-dire davantage d'opposabilité que probatoire⁶. Il reste que ces questions sont classiques.

2. Un autre formalisme. On pourrait donc faire une étude recensant ces différentes facettes du formalisme, en tentant d'en identifier les manifestations plus ou moins prégnantes dans les très nombreuses branches du droit des affaires pour tenter de les classer ou catégoriser. Il n'est pas sûr que cela soit utile. D'abord, une telle étude a déjà été très bien menée auparavant⁷. Ensuite, on perçoit intuitivement que le droit des affaires est soumis à de très profondes mutations⁸, dont certaines des manifestations *font penser* à du formalisme, mais ne sont pas du formalisme « classique ». On pense bien sûr au plan de vigilance, imposé à l'art. L. 225-102-4 C. com., prévoyant que les entreprises y étant soumises ont l'obligation d'établir une « cartographie des risques ». Le devoir de vigilance prévu dans le projet de directive à ce sujet indiquant quant à lui

1. A. Lecourt, « Le formalisme en droit des affaires », in N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre (dir.), *Le formalisme : sources et technique en droit privé positif*, LGDJ, 2017, p. 179, spéc. p. 179.

2. On pense à la mention manuscrite du cautionnement.

3. Par ex., l'exigence de publication des statuts de société.

4. Les règles de transparence dans la négociation commerciale, pour ne citer qu'elle.

5. V. S. Tisseyre, « Le renouvellement du formalisme en droit commun des contrats », in N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre (dir.), *Le formalisme : sources et technique en droit privé positif*, op. cit., p. 97.

6. V., distinguant les deux mais leur assignant des fonctions similaires : X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170, spéc. n° 7.

7. A. Lecourt, préc.

8. Sur lesquelles on peut aller lire le passionnant ouvrage des professeurs Eva Mouial-Bassilana, Irina Parachkevova-Racine et Marina Teller : E. Mouial-Bassilana, I. Parachkevova-Racine et M. Teller, *Le droit des affaires en 12 thèmes*, Dalloz, 2022.

que les entreprises doivent se doter d'un « plan d'action en matière de prévention, assorti de calendriers d'action raisonnables et clairement définis et d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs permettant de mesurer les améliorations »⁹. L'une comme l'autre obligation ressortissent à l'évidence du formalisme mais sans que l'on puisse les faire rentrer dans un formalisme entendu traditionnellement.

Il est possible de songer également à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs des art. L. 441-3 et s. C. com. Ce dernier article, en son I, fait état de ce qu'à l'issue de la négociation commerciale est conclue une convention récapitulative. Mais, surtout, le IV prévoit que cette convention est nécessairement « conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier ». Voilà qui est singulier et sort des canons traditionnels. L'art. L. 441-3, I prévoit bien que la convention est écrite et peut être matérialisée par un document unique ou un contrat cadre assorti de contrats d'application, ce qui est du formalisme « traditionnel ». Mais l'on voit bien que ce n'est pas là l'important. Ô combien plus vital est l'édiction de ce processus de formalisation, plutôt que la forme de la convention récapitulative. De la même façon, les mentions obligatoires de la convention sont intéressantes, mais surtout en ce qu'elles visent à décrire des processus particuliers : « les réductions de prix, et le cas échéant les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées » (art. L. 441-3, III, 1^o C. com.); « les services de coopération commerciale [...] en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération de ces

services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations » (art. L. 441-3, III, 2^o C. com.); « les autres obligations [...] en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations » (art. L. 441-3, III, 3^o C. com.). Si l'existence de ces mentions révèle « un mouvement général de "formatage" des contrats »¹⁰ – donc un formalisme –, il y a, au-delà de ce constat, celui que ces mentions s'intéressent à la procédure de passation des contrats¹¹ et doivent décrire les procédures d'exécution de ceux-ci. On pourrait ajouter à cela les nombreuses obligations de *due diligence* que s'imposent les parties lors de l'acquisition d'entreprise. Ou bien encore les clauses de résolution amiable des litiges, imposant de nombreuses étapes détaillées avant que le litige puisse être tranché par un juge. Le contrat, subi ou volontaire, est donc toujours plus un « acte de prévision »¹², mais cette fois-ci imposé pour édicter une procédure particulière.

3. Formalisme et procédure. On l'aura compris, si ces procédures font penser à du formalisme sans rentrer dans l'acception traditionnelle de ce mot, c'est que ce terme est en réalité souvent employé dans un sens restreint, celui de *formalités*. Le droit serait formaliste ou non car il imposerait une ou des *formes requises*, donc des *formalités*, même s'il est possible de distinguer les deux¹³. Telle était l'opinion de Flour, qui déterminait que « le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée "d'inefficacité juridique à un degré quelconque" »¹⁴.

Mais on peut considérer le formalisme ne se résume pas à cela, il a aussi comme quasi-syno-

9. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM (2022) 71 final), art. 7.

10. L. Godon, « La liberté de la preuve en droit commercial, une illusion ? », *D.* 2015, p. 2580, spéc. n° 16.

11. Permettant à l'administration, lors de ses contrôles, de vérifier s'il n'y a pas eu soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties par exemple.

12. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1998, p. 65.

13. Pourtant, « au sens strict, la règle de forme touche à l'essence même de l'acte qu'elle est utilisée avec précaution, pour ne pas dire avec déférence. Quant à la formalité, elle subit l'insouciance du rédacteur, sûr qu'il est que son erreur peut être rectifiée », N. Randoux, « Les dernières vies du formalisme », *LPA* 20 août 2013, n° PA201316604, p. 5.

14. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93, spéc. p. 96.

nyme le *procéduralisme*, c'est-à-dire le fait de prévoir une procédure particulière. Dans la vision du Code civil de 1804, la dichotomie était facile et le contrat était par principe consensuel, sauf quand des formes particulières étaient imposées, inversant la règle romaine *ex nudo pacto nulla nascitur actio*. Mais le *formalisme* incorpore également le fait d'édicter des procédures, peu important la forme de l'acte imposant ces procédures. Une procédure serait donc assimilable à un « formalisme méthodique »¹⁵. Mais l'idée est plus ancienne et profonde et l'on peut évidemment citer Habermas, pour qui le suivi d'une procédure serait le fondement du droit positif : « le droit positif ne peut plus emprunter sa légitimité à un droit moral supérieur, mais seulement à une procédure de formation de l'opinion et de la volonté présumée raisonnable »¹⁶. Mais, plus techniquement, la procéduralisation, au sens faible¹⁷, renverrait à « l'institution d'une procédure pour l'édiction de règles ou la prise de décisions »¹⁸ ou reflèterait « la progression de la part des règles juridiques d'un certain type, les règles procédurales, au détriment des règles substantielles »¹⁹. Le formalisme serait donc aussi ce caractère, ou ce mouvement du droit, venant prôner des règles « procédurales », au sens large en ce qu'elles permettent ou promeuvent l'adoption de procédures déterminées.

5. Formalisme et fiction. Si l'on veut aller plus loin, le droit, par son effet même est un système formaliste, édictant une « réalité juridique »²⁰ distincte de la réalité factuelle. Et toute la technique juridique est un « un procédé de réalisation "formel" qui enclôt une volonté déterminée par une fin, de manière à lui permettre d'acquiescer une efficacité juridique »²¹. Mais le droit, au-delà de ça, ajoute encore du formalisme, en édictant des fictions, c'est-à-dire un « mensonge technique consacré par la nécessité »²², en d'autres termes « la fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai »²³. La technique de la fiction, ou bien de l'abstraction prennent donc une distanciation particulière par rapport au réel. Pour la fiction, on peut reconnaître ici les débats concernant la réalité ou la fiction de la personne morale. Pour l'abstraction, on pense bien sûr à la lettre de change, qui est donc doublement formelle : par les formalités qu'elle suppose, et par l'abstraction du lien cambiaire qu'elle produit.

6. Caractère commun à toutes ces conceptions du formalisme. On voit donc que le formalisme, comme caractère ou mouvement de progression du droit, se distingue dans ce sens du terme « matériel » ou « substantiel » et, en effet, on peut distinguer entre « agencement purement "formel", compris comme "une relation logique, caractérisable indépendamment

15. N. Balat, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », in *Mélanges B. Teysse*, LexisNexis, 2019, p. 895.

16. J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 488.

17. Car, selon Antoine Jeammaud, le procéduralisme « au sens fort » s'entend du modèle prôné par Jürgen Habermas : « il s'agirait, au-delà de l'expansion de règles procédurales, de l'émergence d'un nouveau modèle de droit » (A. Jeammaud, « Introduction sémantique à la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47, spéc. p. 67).

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, rééd., La mémoire du droit, 2003, p. 606.

21. R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, préf. R. Le Balle, n° 8, p. 16. Ou, plus simplement la technique juridique est « le procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique » (*ibid.*, n° 5, p. 13).

22. R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, Éd. A. Marescq, 1888, spéc. p. 295.

23. Voir à ce sujet le très intéressant article de Yan Thomas où il développe que « s'étend alors le vaste champ réservé à la fiction. Tout laissait voir que ce procédé travestissait les faits, les déclarait autres qu'ils n'étaient vraiment, et tirait de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attachaient à cette vérité feinte, comme si elle eût été la vérité vraie. De ce retournement du rapport ordinaire à la vérité, les glossateurs firent un élément de définition absolument nécessaire : la fiction requiert avant tout la certitude du faux. Non seulement "la fiction est une interprétation contraire à la vérité", comme le rapportait Azon, ou bien, selon une formule plus tardive de Balde, elle consiste "à prendre le faux pour le vrai" (sur *C.J.* 9, 2, 7); mais encore et surtout faut-il que le faux ne laisse aucun doute et que la dénaturaton dont il s'agit soit absolument assurée. Une définition très élaborée de Cynus de Pistoia, inlassablement recopiée ensuite par les juristes des *xiv^e* et *xv^e* siècles, condense à cet égard un bon siècle de doctrine canonique et civile : "la fiction prend pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai" » (sur *C.J.* 4, 19, 16) (Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* 2005/3, p. 113, spéc. n° 21).

du contenu de sens des propositions qu'elle relie" »²⁴, et « un agencement "matériel" ou "substantiel", c'est-à-dire une relation organique ou téléologique que l'on ne peut caractériser de façon satisfaisante indépendamment du contenu des éléments qu'elle unit »²⁵. Bref, le formalisme, au sens de cette étude sera considéré comme les manifestations de ce premier agencement. Le formalisme étudié peut donc édicter des formalités, prescrire une procédure, ou manifester un éloignement particulier vis-à-vis de la substance des choses.

Quelles sont alors les manifestations de ce formalisme (I) et leur futur (II) ?

I. Les manifestations du formalisme en droit des affaires

On peut distinguer ici entre deux sortes de manifestations du formalisme. Des manifestations « évidentes », dont nous prendrons quelques exemples, en premier lieu (I), mais aussi des manifestations plus discrètes, en second lieu (II). De ces manifestations plus discrètes, nous n'étudierons que deux exemples assez récents mais

montrant à quel point le formalisme peut être caché sous la surface ou bien être instrumentalisé.

A. Les manifestations évidentes

7. Les formalités classiques. Certaines manifestations du formalisme en droit des affaires sont relativement évidentes. On pense aux multiples formalités et formes obligatoires en matière d'effets de commerce²⁶, de bail commercial²⁷, de statuts de société²⁸, de cession de fonds de commerce²⁹ etc. Nous avons pu aussi élaborer, dans un précédent travail, que le droit des sociétés tout entier était traditionnellement formaliste³⁰.

8. La comptabilité. Mais, plus que cela, le droit des affaires est formaliste car il impose dans la plupart des cas une comptabilité particulière, dont la généralisation est ancienne car faite par le Code Savary, dont le Titre III s'intitule « Des livres et registres des négociants, marchands et banquiers » et qui imposait des formalités comptables à tous les commerçants, reprises dans le Code de 1807³¹. Ces obligations comptables s'étendent désormais énormément et ont vocation à englober des éléments extra-financiers

24. M. Van De Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 64.

25. *Ibid.*

26. En matière de lettre de change, l'art. L. 511-1, I C. com. énonce que « La lettre de change contient :

1° La dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ;

2° Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;

3° Le nom de celui qui doit payer, dénommé tiré ;

4° L'indication de l'échéance ;

5° Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer ;

6° Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;

7° L'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ;

8° La signature de celui qui émet la lettre dénommé tireur. Cette signature est apposée, soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit. »

27. Par ex., l'art. L. 145-9 C. com dispose que « Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné ».

28. L'art. 1835 C. civ. énonce que « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ».

29. Par ex., l'acte de cession doit être publié et l'art. L. 141-13 C. com. prévoit que « La publication de l'extrait ou de l'avis faite en exécution de l'article précédent doit être, à peine de nullité, précédée soit de l'enregistrement de l'acte contenant mutation, sauf s'il s'agit d'un acte authentique, soit, à défaut d'acte, de la déclaration prescrite par les articles 638 et 653 du code général des impôts. Cet extrait doit, sous la même sanction, rapporter les date, volume et numéro de la perception, ou, en cas de simple déclaration, la date et le numéro du récépissé de cette déclaration et, dans les deux cas, l'indication du bureau où ont eu lieu ces opérations. Il énonce, en outre, la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, y compris les charges ou l'évaluation ayant servi de base à la perception des droits d'enregistrement, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions et une éléction de domicile dans le ressort du tribunal ».

30. J.-B. Barbieri, *L'Ordre sociétaire*, LGDJ, 2021.

31. V. X. Prévost, « Remarques historiques sur le formalisme comptable : les "livres et registres des négociants" (1673-1807) », N. Laurent-Bonne et S. Tisseyre (dir.), *Le formalisme : sources et technique en droit privé positif, op. cit.*, p. 161.

qui semblaient pourtant extrêmement difficiles à intégrer. Il a ainsi été souligné que « la proposition de directive CSRD (*Corporate sustainability reporting Directive*) poursuit l'objectif de rendre les informations non financières publiées par les entreprises "comparables, fiables et faciles à trouver et à exploiter" en rapprochant leur statut de celui des informations financières. Si la Commission n'évoque pas expressément la "comptabilité environnementale" elle insiste sur la nécessité de normaliser l'information non financière, rebaptisée information en matière de durabilité »³². Le champ est étendu mais la méthode et le but restent les mêmes : compter pour faire preuve de transparence (que cette transparence soit étendue au public ou restreinte à l'administration).

9. La procéduralisation. Les exemples susmentionnés concernant le plan de vigilance ou la négociation commerciale sont également des exemples assez évidents de formalisme en droit des affaires, dans sa version procédurale. Mais on peut aussi citer la notion de compliance dont Louis d'Avout expose que « la première apparence de la compliance dans l'entreprise est en effet celle d'un droit processuel privé »³³ et Antoine Gaudemet énonce dans le même ordre d'idées que « ce sont les techniques qui définissent le mieux la *compliance*, et c'est sans doute le mot "processus" qui est le plus important dans la définition qu'en propose le Cercle de la compliance »³⁴ et Marie-Emma Boursier que la méthode de la *compliance* « est inspirée de la théorie de la procéduralisation du droit, qui vise à atteindre le résultat attendu par la garantie d'une procédure préalable la plus efficace possible. En effet, cette dernière s'entend comme la quête de légitimation de la décision par la procédure suivie pour la faire advenir au droit.

Elle se substitue à la légitimation par la validité de la règle substantielle élaborée par le politique »³⁵. En résumé, le formalisme dans le monde des affaires, ancien ou nouveau, n'est pas un vain mot, mais il apparaît également là où on l'attend moins.

B. Les manifestations plus discrètes

10. Le formalisme sous la surface : la nouvelle entreprise individuelle. La nouvelle entreprise individuelle³⁶, dont le patrimoine professionnel est d'office séparé du patrimoine personnel de l'entrepreneur, peut paraître comme l'antithèse du formalisme. On sait que la protection de l'entrepreneur individuel a été faite en plusieurs étapes : possibilité de créer une société unipersonnelle ; possibilité de déclarer un bien immeuble insaisissable ; possibilité de créer un patrimoine affecté, l'EIRL. Par un parallélisme des formes remarquable, l'entreprise individuelle à patrimoine professionnel (EIPP) a suivi l'EIRL comme l'insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur est advenue à la suite de la possibilité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité. La logique en est simple : devant le constat que les entrepreneurs ne procèdent pas aux formalités nécessaires à leur protection, on les en dispense. La logique même est donc de nier le formalisme, dans son côté « formalités ».

Pourtant, et malgré les difficultés d'appréhension des nouvelles dispositions³⁷, ce formalisme existe bel et bien, d'abord dans l'esprit, ensuite dans les détails. Dans l'esprit même, on ne peut que remarquer que le texte crée en quelque sorte un nouveau statut : celui d'entrepreneur individuel à patrimoine professionnel. Or, le propre du formalisme est justement d'édicter des statuts particuliers, c'est l'idée d'un « for-

32. T. Saupin, « La comptabilité environnementale et l'Union européenne : de la publication d'informations non financières à la publication d'informations sur la durabilité », *Rev. aff. eur.* 2022/2, p. 255.

33. L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *Cours à l'Académie de droit international de La Haye*, Livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2019, n° 280.

34. A. Gaudemet, « Introduction », in A. Gaudemet (dir.), *La compliance, un monde nouveau. Aspects d'une mutation du droit*, Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 9.

35. M.-E. Boursier « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020, p. 1419.

36. Dont le statut est né de la loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

37. V. N. Jullian et J.-F. Hamelin, *La réforme du statut de l'entrepreneur individuel*, LGDJ, 2022.

malisme instituant »³⁸. Dans les détails ensuite, on a chassé le formalisme par la porte mais il revient par la fenêtre. Car s'il appartient normalement à l'entrepreneur individuel de prouver dans lequel de ses patrimoines un de ses biens est inclus (art. L. 526-22 al. 7 C. com.), en revanche « son patrimoine professionnel est présumé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables », s'il est tenu à l'établissement d'une comptabilité (art. R. 526-26 C. com.). Un critère très formel donc. Mais cette formalité est également présente quand l'entrepreneur renonce à la séparation entre ses deux patrimoines au profit d'un créancier. L'acte de renonciation comprend de très nombreuses mentions obligatoires (art. D. 526-28 C. com.) et un « modèle type d'acte de renonciation est approuvé par arrêté du ministre chargé de l'économie » (art. D. 526-29 C. com.). D'autres formalités sont prévues à l'art. D. 526-30 C. com. concernant la cession du patrimoine mais, plus grave, on ne sait toujours pas si cette cession, qualifiée pourtant de « transfert universel », nécessite de procéder aux formalités de cession de chaque bien le composant. Normalement, les « transmissions de chaque élément contenu sont désactivées. Là est une des vertus de la transmission universelle. Toutefois, les nouveaux articles inquiètent »³⁹ et une nouvelle réponse ministérielle à ce sujet n'a pas levé les inquiétudes⁴⁰. Le formalisme n'est donc pas tout à fait écarté...

11. Le formalisme instrumentalisé : l'absence d'application du déséquilibre significatif de l'art. L. 442-1 C. com. aux opérations de banque. On touche ici à une autre facette du formalisme, assez différente. On sait que les opérations de banque, depuis un arrêt

du 15 janvier 2020⁴¹, ne sont pas soumises au déséquilibre significatif de l'art. L. 442-1, I, 2° C. com., mais, depuis un autre arrêt, qu'elles sont sous la coupe de l'art. 1171 C. civ.⁴². Cela est très important car l'art. 1171 C. civ. ne permet pas, à l'inverse de son homologue commercial, que le contrôle du déséquilibre porte sur le prix ou l'objet principal du contrat, donc sur le taux d'intérêt des opérations de crédit qui ne sont qu'une espèce du genre des opérations de banque. Au-delà de la pertinence – très contestée – de l'application de la règle *specialia* dans l'arrêt de 2021, l'argumentaire de la Cour dans sa décision de 2020 mérite qu'on s'y attarde. Car elle précise que l'art. L. 511-4 CMF ne renvoie qu'aux art. L. 420-1 à L. 420-4 C. com. donc, aux règles applicables aux pratiques anti-concurrentielles, et donc que « le législateur n'a pas étendu aux établissements de crédit et sociétés de financement l'application des textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence » (donc notamment l'art. L. 442-1, I, 2° C. com.). Mais l'argument est extrêmement discutable car l'art. L. 442-1, I C. com. s'applique à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », donc normalement aux opérations de banque, faute d'un texte spécial régissant ces opérations. La responsabilité pour rupture de relations commerciales établies avait, quant à elle, été écartée car les dispositions de l'art. L. 442-1, II C. com. « ne s'appliquent pas à la rupture ou au non-renouvellement de crédits consentis par un établissement de crédit à une entreprise, opérations exclusivement régies par les dispositions du code monétaire et financier ». Mais, dans ce dernier cas, l'art. L. 313-12 CMF vient bien poser une règle spéciale écartant l'application du texte « général » qu'est l'art. L. 442-1, II C. com.

38. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 14. L'auteur estime par exemple que « [c]'est parce que le mariage est un contrat et une institution que son formalisme, conçu comme une célébration, nous paraît on ne peut plus naturel. C'est parce que le mariage est un contrat par l'effet duquel nous changeons d'état et nous plaçons sous un régime statutaire qu'il appelle un échange solennel de consentements. Dans cette perspective, l'acte grave est celui qui engage la personne, modifie son état et lui impose un statut, en un mot celui qui altère le statut personnel » (n° 11). V. *infra*.

39. N. Jullian, « La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels », *JCP E* 2022, 1137.

40. Rép. min. n° 02944 : *JO Sénat* 2 mars 2023, p. 1592.

41. Com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *D.* 2021, p. 718, obs. N. Ferrier; *AJ contrat* 2020, p. 153, obs. G. Chantepie; *RTD com.* 2020, p. 318, 320, obs. M. Chagny; *JCP G* 2020, 306, note F. Buy; *JCP E* 2020, 1212, obs. M. Behar-Touchais; *RLDC* 2020, p. 183, note S. Chaudouet.

42. Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, *D.* 2022, p. 539, note S. Tisseyre; *JCP G* 2022, 256, Y.-M. Serinet, p. 788, M. Behar-Touchais; *RDC* 2022, p. 10, M. Latina, p. 16, P. Stoffel-Munck et 2022, p. 89, N. Balat; *CCC* 2022, comm. 40, note L. Leveuveur; *RLDA* 2022, p. 179, note M. Barba; *RLC* 2022, p. 114, note S. Chaudouet.

Écarter les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence parce que les textes du CMF n'y renvoient pas expressément paraît donc être un argument extrêmement formaliste. C'est en quelque sorte un argument *a rubrica*⁴³ poussé jusqu'à la caricature... et surtout à l'absurde tant il n'est normalement pas nécessaire de renvoyer à une disposition générale pour qu'elle s'applique. D'ailleurs, la même chambre a récemment jugé que les dispositions régissant les avantages sans contrepartie, ayant le même champ que celles régissant le déséquilibre significatif du Code de commerce « n'édictant aucune règle incompatible avec les dispositions du code de la construction et de l'habitation, [s'appliquent] aux relations entre un constructeur de maison individuelle et ses sous-traitants »⁴⁴. De la sorte, la règle *specialia* est rétablie, et l'invocation du formalisme pour soustraire les opérations de banque au déséquilibre significatif du Code de commerce aurait vocation à être abandonnée.

Au travers de ces exemples ressortent plusieurs phénomènes. Le formalisme en droit des affaires est protéiforme et recouvre des mouvements récents comme anciens. Mais qu'en est-il de l'avenir du formalisme ?

II. Le futur du formalisme en droit des affaires

Toute entreprise de prédiction est hasardeuse, pour chercher à y procéder, il faut raisonner en cherchant ses racines, c'est-à-dire les raisons du formalisme en droit des affaires (A), avant d'étudier s'il existe une déformalisation du droit des affaires (B).

A. Les raisons du formalisme en droit des affaires

12. La raison évidente : l'information. Si le principe du formalisme est fort en matière comptable, ou en matière de sociétés, c'est que l'on doit pouvoir discerner ce qui se déroule

sous la surface : les associés doivent avoir des informations sur la bonne marche de la société, dès lors qu'ils n'y participent pas eux-mêmes; le ministre de l'Économie doit pouvoir discerner le processus de formation des contrats liant fournisseurs et distributeurs s'il veut sanctionner les pratiques commerciales déloyales; les parties prenantes doivent être informées de certaines transformations de l'entreprise; le porteur de la lettre de change doit connaître s'il a besoin de dresser protêt. Ce formalisme *informationnel* si l'on peut dire, est tout aussi important, voire davantage, dans le domaine des affaires que dans le domaine civil. Cela ne sera pas le cas de toutes les transactions, bien entendu, mais le « tope-là » légendaire des marchands a tendance à régresser dès lors qu'il convient de déduire la TVA. Et d'ailleurs, l'art. L. 441-9 C. com. ne prévoit-il pas que « Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation » ? Au temps pour le consensualisme...

De manière similaire, l'édictation de procédures déterminées, visant à instaurer un processus, remplit peu ou prou la même fonction : permettre ou imposer aux parties de prévoir, en partie, le futur. Ce qui n'est pas autre chose que de prévoir le coût.

13. Les raisons moins évidentes : le coût. Un argument peu employé est celui de l'onérosité. Pour caricaturer : le consensualisme serait meilleur car – outre qu'il reflète la liberté de tout un chacun alors que le formalisme symboliserait une contrainte – il coûterait moins cher. Pourtant, si le formalisme s'est développé chez les marchands, c'est bien qu'ils y voyaient un intérêt. Jean Favier montre bien par exemple que la date certaine attachée à certains actes était un mécanisme très prisé au Moyen Âge⁴⁵. Plus récemment, il a pu être remarqué que le fait de contracter pour instaurer un processus formel améliorait « l'efficacité opérationnelle, la fiabilité des performances,

43. L'argument *a rubrica* est celui invoqué pour justifier de l'interprétation d'un article en fonction de la « rubrique » dans laquelle il se situe. Mais il nous semble qu'il pourrait tout à fait s'appliquer à ce cas de figure : c'est parce que le CMF ne renvoie pas à la bonne rubrique que les articles contenus dans celle-ci sont inapplicables, ce qui n'est pas autre chose que de dire que, si les pratiques restrictives de concurrence avaient été classées différemment (ce qui est défendable), elles auraient été visées. Sur l'argument *a rubrica* v. C. Dubois, « Le plan du Code pénal, outil d'interprétation des incriminations ? De la pertinence de l'argument *a rubrica* en droit pénal », *D. 2022*, p. 1477, égal. F. Rouvière, « L'argument *a rubrica* », *RTD civ. 2022*, p. 1005.

44. Com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163, *JCP E 2023*, 1049, note G. Chantepie; *CCC 2023*, p. 44, note N. Mathey; *D. 2023*, p. 485, note N. Dissaux et R. Loir.

45. J. Favier, *De l'or et des épices. Naissance de l'homme d'affaires au Moyen-Âge*, Fayard, 1987, spéc. p. 277.

la qualité des produits et le respect des délais »⁴⁶. En d'autres termes, la liberté recherchée par les marchands est souvent prônée, mais on ne peut nier que savoir, en regardant uniquement une lettre de change, que l'on peut recourir contre tous ceux qui l'ont signée accroît énormément la sécurité juridique et peut amener à se dispenser de mécanismes assurantiels. Autre exemple : on sait désormais que, entre les statuts et les pactes d'associés, ce sont les statuts qui doivent s'imposer⁴⁷, comme ces derniers sont publiés, il est logique de pouvoir s'en tenir à eux, ce qui évacue de coûteuses recherches.

De la même manière, il a été observé assez tôt que l'entreprise était un concept qui ne se fondait que difficilement dans le marché : « l'entreprise est un agent essentiel du marché ; mais elle est elle-même organisée selon des principes qui sont à l'opposé de ceux du marché »⁴⁸. De manière imagée, la structure entrepreneuriale serait au milieu du marché comme « une motte de beurre au milieu de petit-lait »⁴⁹. La raison en est simple selon Coase : éviter les coûts de transaction. Ainsi, « [à] l'extérieur de l'entreprise, les mouvements de prix orientent la production, qui est coordonnée par une série d'opérations d'échange sur le marché. Au sein d'une entreprise, ces transactions sont éliminées et la structure de marché compliquée avec les transactions d'échange est remplacée par l'en-

trepreneur-coordonateur, qui dirige la production »⁵⁰. Édicter une structure entrepreneuriale complexe, et reposant, jusqu'à présent, sur un statut formel⁵¹, est ainsi un moyen de rationaliser des échanges épars, moyen certes coûteux, mais infiniment moins que de recourir à une multitude de contrats.

14. Les raisons moins évidentes : l'édiction d'un statut. Mais cette entreprise, en tant que sujet de droit, est insaisissable. Elles sont normalement « toutes entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services »⁵². Mais cette définition fonctionnelle sert à l'application du droit de la concurrence et, malgré tous les appels de la doctrine, l'entreprise n'est toujours pas un sujet de droit⁵³. C'est pour cette raison que le droit des sociétés, qui a vocation à accueillir l'activité entrepreneuriale dans de nombreux cas, est d'abord un ordre formel⁵⁴. Mais, au-delà, le formalisme édicte surtout un point de rattachement servant à l'imputation juridique d'obligations à une personne juridique. Voilà pourquoi le nouveau statut de l'entrepreneur individuel est si problématique. Voilà encore pourquoi le fonds de commerce, s'il est utile en tant que définition d'une valeur que l'on peut céder, mettre en gage ou louer, n'a jamais été une bonne approximation de l'entreprise, malgré le fait qu'il a vocation

46. « *contracting for process can increase operational effectiveness, performance reliability, product quality, and timeliness* », D. Snyder, « Contracting for process », *Law and contemporary problems* 2021, vol. 85, p. 255, spéc. p. 257.

47. Com., 12 oct. 2022, n° 21-15.382, *D. actu.* 28 oct. 2022, obs. J. Delvallée ; *D.* 2022, p. 2086, note J.-B. Barbieri ; *JCP E* 2022, 1371, note B. Dondero ; *Dr. sociétés* 2022, n° 134, note J.-F. Hamelin ; *Rev. sociétés* 2023, p. 92, note A. Reygrobellet ; *RDC mars* 2023, p. 84, note J. Heinich.

48. P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 227, spéc. p. 227.

49. « *As D. H. Robertson points out, we find islands of conscious power in this ocean of unconscious co-operation like lumps of butter coagulating in a pail of buttermilk* » (D.-H. Robertson, cité par R. H. Coase, *The nature of the firm*, *Economica*, 1937, p. 386, spéc. p. 388).

50. « *Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production* » (R. H. Coase, *The nature of the firm*, *Economica*, 1937, p. 386, spéc. p. 388).

51. *V. infra*.

52. Art. L. 410-1 C. com., à rapprocher de la formule de l'arrêt pour lequel la qualification d'entreprise s'applique « *indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique* » (CJCE, 23 avr. 1991, n° C41-90, *Höfner*).

53. Voir notamment Despax qui définissait l'entreprise comme un « sujet de droit naissant » et considérait qu'une telle personification présente un « intérêt certain dans la mesure où en donnant à l'entreprise une "armature" juridique, elle lui permet de ne pas rester en quelque sorte étouffée sous la personnalité de l'individu ou de la société qui l'exploite » (M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, n° 351, p. 377). Plus tard cette théorie fut reprise par Jean Paillusseau (J. Paillusseau, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967).

54. J.-B. Barbieri, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*

à appréhender l'activité entrepreneuriale : il lui manque un formalisme pour son contenu.

Car le formalisme, c'est aussi l'édiction d'un statut prédéterminé, doté de règles claires. Savoir qu'à un statut donné correspond un régime particulier est une des manifestations de ce formalisme, à l'inverse justement de ce que le Code civil prévoit. Car ce dernier ne prévoit pas de statut mais bien au contraire des règles générales s'appliquant à tous. Le droit des affaires est ainsi formaliste parce qu'il est attaché à des statuts : d'associé, de commerçant, de dirigeant, de commissaire aux comptes, de fournisseur, de distributeur, de professionnel, etc. Ce n'est pas le seul droit à faire cela, mais on ne peut nier qu'il s'agit d'un départ manifeste avec le Code civil. Mais ce hiatus perdurera-t-il ?

B. La déformalisation en demi-teinte du droit des affaires

15. Le phénomène de déformalisation. On retiendra qu'il existe une certaine « *déformalisation* » du droit, que Mireille Delmas-Marty relie à la mondialisation. Pour cet auteur, notamment, « la décomposition de l'ordre juridique, compris comme un ordre avant tout interne et centré sur l'État, atteint tout à la fois les normes, les formes et les dogmes : la validité empirique est menacée par la prolifération de normes qui réduit leur effectivité et leur efficacité ; la validité formelle

par un phénomène de "déformalisation" qui atteint la prévisibilité, et la validité axiologique par l'ébranlement des dogmes qui remet en cause leur légitimité »⁵⁵. Ce formalisme du droit était pourtant l'apanage de la modernité. Ainsi, Weber distinguait entre pouvoir des hiérarques et pouvoir séculier. Le « prince rationnel [...] tentera également d'éliminer les moyens irrationnels de procédure et de systématiser le droit. Cela signifie partout et toujours : rationaliser le droit »⁵⁶. Mais, pour l'auteur, il faut prendre garde car l'élaboration d'une pensée juridique purement formelle est contrecarrée par le « caractère matériel du "rationalisme" des hiérarques et des princes patrimoniaux. Ce qu'ils recherchent ce n'est pas tant la plus grande précision juridique formelle en vue à la fois de calculer les chances et de systématiser de façon rationnelle le droit et la procédure, mais plutôt une formulation du droit qui corresponde le mieux aux exigences pratiques, utilitaires et éthiques de leur autorité »⁵⁷.

En bref, il y a toujours un mouvement de tension entre un droit formel, répondant à une logique interne cohérente et un droit substantiel, à la recherche d'une efficacité (que celle-ci soit légitime ou cherchant uniquement à affermir la puissance du prince). Lorsque le droit est vu comme un instrument qui peut répondre à un besoin d'efficacité, il existe un risque⁵⁸ que se produise un phénomène de déformalisation⁵⁹, contraire à la cohérence du droit⁶⁰.

55. M. Delmas-Marty, « Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ? », *JCP G* 2018, 403. L'auteur n'est pas seule à employer le terme de déformalisation, pour Dominique Rousseau il se produit une véritable « *déformalisation du droit de l'État providence* » (D. Rousseau, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885, spéc. p. 889). L'auteur développe que l'État se déformalise car la loi délègue à des catégories particulières le soin d'édicter des normes et perd ainsi son caractère général. La loi est aussi « transformée en simple instrument de réalisation d'un programme politique ; elle perd donc sa qualité rationnelle pour épouser les valeurs morales et politiques des majorités parlementaires » (*ibid.*). Le fait que la norme soit de plus en plus souple et floue porte aussi atteinte à sa prévisibilité. Enfin, comme le droit est amené à changer plus souvent sous la pression de divers mouvements, il perdrait en cohérence et légitimité. L'auteur relativise cependant son propos car les qualités formelles du droit « sont elles-mêmes sous-tendues par des considérations politico-morales implicites » (*ibid.*). Pour une bonne synthèse sur ces thèmes on peut lire J. Chevallier, *L'État de droit*, 6^e éd., LGDJ, 2017, spéc. p. 91 et s.

56. M. Weber, *Sociologie du droit*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 207-208.

57. *Ibid.*, p. 208.

58. Ce n'est pas systématique ; comme on l'a vu, le fait d'édicter des formalités est une recherche d'efficacité dans la protection des cocontractants.

59. Dans *Économie et société*, l'auteur va plus loin, Considérant que les activités tendant à faire prévaloir le droit sont celles « dont le sens reconnu est d'obtenir l'observation d'une prescription simplement parce que telle, c'est-à-dire formellement, pour elle-même, parce que, si elle est invoquée, c'est en vertu de son caractère obligatoire, mais non pas en vertu de son sens réel, à cause de son rapport au but ou d'autres propriétés matérielles » (M. Weber, *Économie et société. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport à l'économie*, t. II, Pocket, 1995, spéc. p. 14).

60. Dans le même ordre d'idées, Valérie Lasserre constate, en règle générale, qu'émergent de nouvelles sources du droit et des « phénomènes normatifs qui ne relèvent pas du droit classique, c'est-à-dire du droit inscrit dans l'ordre de contrainte, mais qui relèvent soit de l'ordre factuel, soit de l'ordre quasi normatif », (V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, spéc. n° 210, p. 353-354).

Cette déformalisation est aussi à relier au passage de rapports de pouvoir à des rapports de puissance⁶¹ : le droit ne proviendrait plus d'une source déterminée et verticale mais serait le fruit de multiples acteurs qui auraient plus ou moins d'influence concrète sur la situation juridique. Le Droit actuel a pu dépasser ce formalisme, symbole de la modernité pour entrer dans une période post-moderne. Oppetit avait d'ailleurs rejoint Weber dans le constat d'une « *rematériation* » du droit : « Max Weber avait pu soutenir que le droit moderne se caractérisait par une rationalité formelle séparée dans une large mesure des valeurs matérielles, sociales, morales ou religieuses, on assiste aujourd'hui à une "rematériation" du droit : il ne s'agit plus pour celui-ci de fixer les règles du jeu social, mais, pour l'essentiel, d'atteindre des objectifs substantiels »⁶².

En droit des affaires, cette rematériation a pu toucher de plein fouet le droit des sociétés, qui est désormais un droit « substantialisé »⁶³, c'est-à-dire dédié à la bonne marche d'une entreprise vue comme acteur dans la cité. Tout le mouvement de régulation du droit des affaires⁶⁴, accompagné de l'essor du droit souple, est venu toucher particulièrement le droit des affaires. Le droit des affaires est soumis normalement à l'ordre public économique. Or l'ordre public économique serait un ordre régulateur et témoignerait d'un recul du formalisme car, comme l'indique Farjat « l'esthétique laisse à désirer ! on est loin de l'ordonnement du droit classique ; au point de vue de la technique juridique, le déclin est peu contestable. À la rigueur succède

l'à peu près »⁶⁵. Mais, au-delà de cette manifestation évidente de la perte de formalisme, qu'en sera-t-il demain du reste du droit des affaires ? Son caractère formel s'affaiblira-t-il ?

16. Déformalisation ou formalisation du droit des affaires : un droit de statuts ?

La doctrine américaine avait pu déceler, au XIX^e siècle, le passage d'un droit fondé sur les statuts à un droit fondé sur le contrat : *from status to contract*, puis, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le mouvement inverse : *from contract to status*⁶⁶. Signifiant que l'on passait d'un monde rigide, où le statut de chacun était prédéterminé, à un monde transactionnel ; puis on observa un mouvement de retour devant la montée de différents statuts protecteurs, signifiant un abandon du contrat.

En droit des affaires français, il est extrêmement difficile de savoir où l'on se situe à ce sujet : on voit bien que certains statuts disparaissent (le commerçant) au profit d'autres (le professionnel)⁶⁷ et il en est ainsi également du statut d'associé, toujours plus proche d'un simple créancier⁶⁸. Certaines notions liées à ces statuts se transforment également (le fonds de commerce disparaît au profit du patrimoine professionnel). Néanmoins, il n'est pas du tout sûr que ces statuts disparaissent.

Au contraire, à un mouvement de libéralisation, d'« ubérisation » venant substituer au statut salarié des entrepreneurs individuels, correspond celui inverse visant à protéger, *via* un statut *ad hoc*, ces entrepreneurs, comme l'ont fait certains pays⁶⁹. Dans une même logique, le *Digital*

61. M. Maffesoli, *L'ordre des choses, Penser la modernité*, CNRS éd., 2014, p. 14 : « décalage recoupant celui existant entre le pouvoir vertical, venant de Dieu ou de ses légitimes successeurs ("Omnis potesta a Deo") et la puissance horizontale secrétée par la sagesse populaire ("Omnis potentia a populo") ».

62. B. Oppetit, « Développement économique et développement juridique », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 71, spéc. p. 78.

63. J.-B. Barbieri, *L'Ordre sociétair*, op. cit.

64. V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

65. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963 n° 130, p. 102.

66. V. sur ces points F.-X. Testu, « La devise de la République française : //... Égalité... », *RTD civ.* 2020, p. 747. Égal., du même auteur, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673.

67. V. par ex. Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Dalloz, Sirey, 2020, p. 324, n° 392.

68. Cela est très net dans la Directive insolvabilité (Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132). V. égal. J.-F. Barbieri, « Le financement des entreprises, révélateur de la flexibilité des qualités d'associé et de créancier », in S. Atsarias-Dumas et P. Letourneur (dir.), *Le financement des entreprises. Actualités juridiques et pratiques*, LexisNexis, 2023, p. 9.

69. V. M. Asser, « Droit des travailleurs des plateformes : état des lieux à l'international », *JCP S* 2021, 1188.

*Markets act*⁷⁰ et son acolyte le *Digital Services act* définissent de nouvelles notions telles celles de « contrôleur d'accès » ou « service de plateforme essentiel ». On peut encore citer le statut de lanceur d'alerte, brouillant les catégories car dorénavant un actionnaire peut tout à fait être également un lanceur d'alerte, à l'instar d'un simple salarié. De nouveaux statuts se superposent aux anciens et on ne peut que constater l'influence remarquable du droit européen à ce sujet car un des propres de la législation européenne est justement de raisonner par catégories et donc d'édicter des statuts en fonction du but de la législation édictée.

17. Déformalisation ou formalisation du droit des affaires : l'émergence d'un droit de l'entreprise ? Serpent de mer du droit des affaires, la reconnaissance d'un vrai droit de l'entreprise, au-delà des droits épars constituant l'entreprise (du travail, fiscal, de la distribution, des sociétés, etc.), n'en finit pas de se faire attendre⁷¹. Il faudrait pour cela, d'abord, changer le rôle du chef d'entreprise, qui est pour le moment également le représentant légal de la société. Ce chef d'entreprise deviendrait une sorte de médiateur entre les différentes parties prenantes de la société au lieu de représenter, de manière primordiale, les intérêts de la structure

sociétaire, donc davantage ceux des associés. Le Droit des entreprises en difficulté, depuis la Directive Restructuration, est extrêmement versé dans cette voie, mais, au-delà, les manifestations de ce droit de l'entreprise peinent encore à se faire voir. Si l'on admettait cette nouvelle conception, faisant la part belle à toutes les parties prenantes⁷², le droit des affaires gagnerait en souplesse, et sans doute se déformaliserait davantage. Il y a fort peu à parier en revanche qu'il abandonne sa propension à l'information et la procéduralisation.

18. Conclusion. Le formalisme en droit des affaires est, à l'opposé de la vision traditionnelle d'un droit des marchands marqué par la rapidité et le consensualisme, très marqué par le formalisme au sens large. Ce n'est pas étonnant dès lors que la sécurité et les moindres coûts associés au formalisme sont au moins aussi importants que la rapidité souhaitée dans les échanges marchands. Ce formalisme, surtout dans sa tendance procédurale, a indéniablement vocation à se développer. Quant au formalisme en tant que caractère du droit des affaires, il est davantage en transformation qu'en régression, mais une chose est certaine : sa complexification du fait des nouveaux statuts émergents ne fera que s'accroître.

70. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 *relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)*.

71. Ripert soulignait en 1951 : « nous n'avons pas le droit de l'entreprise, si on veut transformer le régime capitaliste il faut le créer » (G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 119, p. 265).

72. V. F.-G. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS* 2006, p. 1337 et *BJS* 2007, p. 7.

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme en droit du travail

Emeric Jeansen

Maître de conférences HDR, Université Paris-Panthéon-Assas

Le droit du travail est marqué, à son fondement, par un élément relevant du consensualisme : le contrat de travail se forme par le seul échange des volontés. Le consensualisme présente, dans cette situation, un intérêt indéniable : il conduit à retenir cette qualification pour la relation contractuelle, quelle que soit la forme adoptée lors de sa conclusion, par laquelle une partie réalise une prestation de travail contre rémunération dans un lien de subordination. Il est alors indifférent qu'un contrat conclu par écrit contienne un intitulé autre que celui de contrat de travail. La mention ne permet pas d'échapper à l'application du droit du travail. Par le consensualisme, la forme s'efface devant le fond.

Au-delà de cette figure spécifique, le droit du travail est profondément formel. Pour ordonner les relations de travail et encadrer l'organisation sociale de l'entreprise, le législateur demande aux différentes parties prenantes – employeurs, salariés, organisations syndicales, instances de représentation du personnel, service de prévention et de santé au travail, administration du travail... – de respecter un ensemble de règles de procédure. Elles consistent, selon le cas, en une exigence de rédiger par écrit un acte juridique, d'inscrire une mention particulière dans un acte, de conférer une certaine publicité à une décision prise ou à prendre, de notifier dans un délai déterminé une décision arrêtée, de déposer

un acte auprès d'une administration... Selon la situation, le formalisme est exigé *ad validitatem* ou *ad probationem*. Peu important cette distinction, il protège les tiers (I) ou permet un contrôle de l'entreprise (II).

I. Le formalisme, outil de protection des tiers

Le formalisme sert classiquement à garantir le consentement du contractant (B). Le droit du travail recourant fréquemment à des décisions unilatérales, il permet aussi d'assurer la connaissance de celles-ci (A).

A. Outil de connaissance des décisions unilatérales

Décision unilatérale créatrice. Lorsqu'une partie à la relation de travail adopte une décision, il doit en informer toute partie intéressée en la lui notifiant. L'objectif est parfois seulement de permettre aux destinataires de l'acte d'en avoir connaissance pour être en capacité d'en mesurer les conséquences. Le formalisme est alors un « levier de la prévisibilité »¹. Ainsi, l'employeur doit informer les salariés de sa décision de mettre en place un régime de protection sociale complémentaire car les salariés sont amenés à participer au financement du régime.

En matière d'élections professionnelles, les organisations syndicales qui constituent

1. A. Gardin, « Le contrat de travail à temps partiel : un instrument de libération du salarié ? », *Dr. soc.* 2022, p. 48.

ensemble une liste commune doivent informer les salariés, en cas de répartition inégalitaire, de la clé de répartition des suffrages exprimés en faveur de la liste. L'information est délivrée par « la mention sur la liste de candidature présentée aux électeurs, pour chacun des candidats de la liste commune, de leur appartenance à l'un ou l'autre des syndicats de la liste »². Il suffit alors de présenter la liste de candidatures affichée dans l'entreprise avant les élections pour prouver la connaissance de cette répartition.

L'information constitue parfois le point de départ d'un délai dans lequel la décision peut être judiciairement contestée. Elle requiert alors une notification par tout moyen permettant de connaître la date de réception. Notamment, il est demandé au syndicat qui désigne un délégué syndical ou un représentant de section syndicale de notifier le nom et la qualité du salarié désigné au chef d'entreprise, la notification faisant courir un délai de contestation de 15 jours³. De son côté, la Dreets saisie d'une question relative au nombre et au périmètre des établissements distincts a deux mois pour notifier sa décision. La notification fait courir un délai de quinze jours pour engager un contentieux devant le tribunal judiciaire en contestation de la décision administrative (C. trav., art. R. 2313-2). Le médecin du travail est également tenu de notifier ses décisions. S'il rend un avis d'inaptitude, il le notifie au plus tard 15 jours après le premier examen médical du salarié (C. trav., art. R. 4624-42) à ce dernier et à l'employeur par tout moyen leur conférant date certaine (C. trav., art. R. 4624-5). Dans l'avis, le médecin peut indiquer « que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi » (C. trav., art. L. 1226-2-1, al. 2 et L. 1226-12, al. 2). Le salarié faisant l'objet de l'avis contesté et l'employeur de ce salarié peuvent contester la décision médicale devant le juge judiciaire autorisé à donner l'exacte qualification à l'avis rendu par le médecin du travail. L'action est engagée dans les 15 jours suivant la notification de la décision médicale, sous réserve que les modalités de recours ainsi que ce délai

soient mentionnés sur les avis et mesures émis par le médecin du travail (C. trav., art. R. 4624-45). Si la formulation adoptée par le médecin du travail ne laisse place à aucune ambiguïté, l'employeur peut procéder au licenciement du salarié inapte sans crainte d'être sanctionné d'un défaut de cause réelle et sérieuse.

Décision unilatérale destructrice. Celui qui souhaite mettre fin à un contrat ou à une norme collective doit respecter une procédure particulière. Ainsi, lorsqu'un chef d'entreprise décide de mettre fin à l'application d'un usage, d'un engagement unilatéral ou d'un accord collectif, il doit notifier sa décision. Selon l'acte dénoncé, les destinataires varient. En cas de dénonciation d'un accord collectif, la loi exige seulement la notification de la dénonciation aux signataires de la convention ou de l'accord collectif (C. trav., art. L. 2261-9, al. 3). En cas de dénonciation d'un usage ou d'une décision unilatérale, l'employeur doit la notifier aux « représentants du personnel »⁴ et, sauf si l'avantage est purement collectif, procéder à une information individuelle adressée à tous les salariés à qui la mesure profite⁵. L'irrégularité de la dénonciation ne ferait pas disparaître la norme collective.

En matière de rupture du contrat de travail, la loi organise une dissymétrie des exigences formelles. Lorsque la rupture du contrat résulte de la volonté du salarié, que ce soit par une démission ou par une prise d'acte, il n'est pas apparu utile de protéger l'employeur. La procédure est informelle. Quelle que soit la forme empruntée, seul compte le fait que la volonté du salarié de rompre le contrat ait été exprimée de manière claire et non équivoque. À l'inverse, lorsque l'employeur a pris l'initiative de rompre le contrat, la loi lui impose d'envoyer un courrier l'invitant à un entretien préalable au licenciement contenant des mentions particulières, de respecter un délai de réflexion, de notifier sa décision au salarié dont le contrat est rompu. Seule la rupture au cours de la période d'essai échappe à ce formalisme. Au motif qu'elle intervient dans les premiers temps de la relation contractuelle, l'employeur est autorisé à mettre en œuvre sa décision sans procédure spécifique, sauf applica-

2. Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.456.

3. Soc., 12 juin 2013, n° 12-19.575.

4. Soc., 9 avr. 2002, n° 00-41.783; Soc., 13 oct. 2010, n° 09-13.110, *Bull. civ. V*, n° 234.

5. Soc., 28 janv. 2015, n° 13-24.242, *Bull. civ. V*, n° 16.

tion du formalisme disciplinaire à la rupture de l'essai motivée par une faute du salarié⁶.

B. Outil de garantie du consentement

Rédaction d'un écrit. Le formalisme est traditionnellement utilisé en matière contractuelle pour s'assurer du consentement de la partie au contrat que la loi entend protéger. En droit du travail, le formalisme est ainsi une garantie du consentement du salarié. Il poursuit alors plusieurs finalités.

Il sert d'abord à démontrer l'existence d'un consentement certain, c'est-à-dire exempt de tout doute quant à la volonté éclairée de celui qui s'engage. Pour cela, la rédaction d'un instrumentum est parfois exigée. En particulier, la rédaction d'un écrit est nécessaire à la conclusion d'un contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-12), d'un contrat d'apprentissage (C. trav., art. L. 6222-4), d'un contrat de travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-16), d'un contrat conclu par un groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 1253-9), d'un contrat de portage salarial (C. trav., art. L. 1254-14). Mesure protectrice du salarié, l'écrit n'est pas exigé *ad validitatem*. Il constitue seulement une condition de qualification du contrat : faute d'instrumentum, la relation contractuelle résulte d'un contrat à durée indéterminée.

Au-delà, l'inscription de mentions particulières dans le contrat de travail est parfois imposée. Notamment, en matière de contrat conclu à temps partiel, l'acte doit indiquer la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail, la répartition des heures dans la semaine ou les semaines du mois. L'intérêt est de permettre au salarié de saisir la portée de son engagement et d'organiser son emploi du temps, le cas échéant en cumulant plusieurs emplois. Ici, la violation de l'exigence formelle emporte présomption de contrat conclu à temps plein⁷. La sanction est originale en ce que la présomption est simple ; l'employeur peut la renverser s'il prouve la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue et que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler

et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur⁸.

L'écrit est aussi une « sauvegarde contre le pouvoir de l'employeur »⁹. Si ce dernier souhaite modifier des éléments de la relation de travail, son pouvoir de direction ne saurait s'imposer contre l'écrit. L'accord exprès du salarié à la modification du contrat de travail est nécessaire. Aucun formalisme n'est réclamé. Toutefois, l'acceptation du salarié de la modification de son contrat ne résulte pas de la seule exécution du contrat aux nouvelles conditions¹⁰. Une acceptation expresse, à laquelle le salarié a consenti de manière éclairée, est alors nécessaire.

Respect d'une procédure. Le formalisme procédural indique la marche à suivre pour réaliser un acte juridique. La loi y recourt fréquemment dans les situations où le contrat évolue. Ainsi, en cas de modification du contrat pour motif économique, l'employeur doit adresser au salarié la proposition de modification par lettre recommandée avec accusé de réception. Pour que le salarié puisse se prononcer en connaissance de cause sur la proposition de l'employeur, la lettre l'informe de la cause économique à l'origine de la proposition, de l'objet de la modification du contrat (c'est-à-dire les nouvelles conditions d'emploi et les éventuelles mesures accompagnant cette modification) et du fait qu'il dispose d'un mois pour faire connaître son refus (C. trav., art. L. 1222-6). Le délai de réflexion est destiné à permettre au salarié de prendre parti en mesurant les conséquences de son choix. À défaut de réponse dans le délai, l'acceptation du salarié est irréfragablement présumée.

La loi recourt aussi au formalisme procédural lorsque le contrat est rompu par consentement mutuel. Ainsi, en matière de rupture conventionnelle, la loi organise une procédure légale avec pour objectif de garantir la liberté de consentement des parties. En pratique, la réalisation de quatre étapes successives est nécessaire. Le processus débute par un ou plusieurs entretiens au cours desquels les parties conviennent du principe de la rupture du contrat. Ces entretiens s'achèvent sur la signature de la conven-

6. Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, *Bull. civ. V*, n° 80.

7. Soc., 20 déc. 2017, n° 16-23.511.

8. Soc., 3 déc. 2014, n° 13-16.986.

9. M. Véricel, « Le formalisme dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 818.

10. Soc., 8 oct. 1987, n° 84-41.902, *Bull. civ. V*, n° 541.

tion de rupture, chaque partie devant disposer d'un exemplaire de la convention de rupture¹¹ « signé des deux parties »¹². À compter de cette date, un délai de 15 jours est accordé aux parties pour exercer un droit de rétractation (C. trav., art. L. 1237-13). Puis, la partie la plus diligente adresse à la Dreets une demande d'homologation de la convention de rupture. Enfin, l'homologation permet la rupture du contrat à la date fixée par la convention de rupture.

II. Le formalisme, outil de contrôle de l'entreprise

Le formalisme est un instrument de contrôle des pratiques professionnelles¹³ en ce qu'il permet de vérifier que l'employeur respecte les prescriptions législatives et réglementaires applicables. À cette fin, une obligation de dépôt s'applique à certains actes juridiques (A), laquelle est diversement sanctionnée (B).

A. Contrôle par l'obligation de dépôt

Dépôt enregistrement. La loi prescrit en de multiples occasions l'obligation de déposer un texte auprès d'une autorité administrative. Le dépôt réalise parfois une simple exigence d'enregistrement de l'acte. En témoigne l'embauche d'un salarié qui ne peut intervenir qu'après déclaration nominative accomplie par l'employeur (C. trav., art. L. 1221-10). Cette déclaration est adressée, dans les huit jours précédant la date prévisible de l'embauche (C. trav., art. R. 1221-4), à l'Urssaf dans le ressort territorial de laquelle est situé l'établissement devant employer le salarié ainsi qu'au service de prévention et de santé au travail (C. trav., art. R. 1221-3). Elle emporte immatriculation de l'employeur et du salarié auprès des organismes de protection sociale (Urssaf, CPAM), affiliation au régime d'assurance chômage, demande d'adhésion à un service de prévention et de santé au travail et demande d'examen médical d'information et de prévention (C. trav., art. R. 1221-2).

En matière d'élection professionnelle, l'employeur transmet, après la proclamation des

résultats, par tout moyen, une copie des procès-verbaux aux organisations syndicales de salariés qui ont présenté des listes de candidats aux scrutins concernés ainsi qu'à celles ayant participé à la négociation du protocole d'accord pré-électoral (C. trav., art. L. 2314-29, al. 5). Les syndicats peuvent ainsi déterminer s'ils atteignent le nombre de suffrages suffisant pour prétendre à la représentativité. Au-delà, il n'est pas demandé à l'employeur d'ajouter à l'envoi du procès-verbal une note déterminant s'ils sont ou non représentatifs. Le procès-verbal est aussi transmis par l'employeur, dans les 15 jours, à l'inspecteur du travail (C. trav., art. R. 2314-22) et au prestataire agissant pour le compte du ministre chargé du travail ayant pour mission de centraliser les résultats des élections professionnelles afin de mesurer l'audience des organisations syndicales (C. trav., art. D. 2122-7).

Dernier exemple : les accords collectifs sont déposés, à l'initiative de la partie la plus diligente, auprès de la Dreets s'agissant des accords d'entreprise ou d'établissement (C. trav., art. D. 2231-4) ou des services centraux du ministère chargé du Travail s'agissant des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels (C. trav., art. D. 2231-3). En même temps, ils sont aussi déposés au secrétariat-greffe du Conseil de prud'hommes du lieu de conclusion (C. trav., art. D. 2231-2, dernier al.). Du dépôt dépend la date d'entrée en vigueur de l'accord : les textes sont applicables à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent¹⁴.

Dépôt validation. Fréquemment, l'intérêt du dépôt est de soumettre la décision unilatérale à un contrôle de légalité. Plusieurs exemples en témoignent. Ainsi, une fois le règlement intérieur édicté, il est communiqué à l'inspection du travail chargée de vérifier la validité de son contenu (C. trav., art. L. 1321-4). L'inspecteur du travail peut ordonner la suppression, l'adjonction ou la modification d'une clause.

Semblablement, les accords d'intéressement et de participation comme les règlements de plan d'épargne sont déposés auprès des Dreets, chargées de leur enregistrement (C. trav.,

11. Soc., 6 févr. 2013, n° 11-27.000, *Bull. civ. V*, n° 29; RJS 2013, n° 280; *JCP S* 2013, 1162, note M. Patin; Soc., 26 sept. 2018, n° 17-19.860.

12. Soc., 3 juill. 2019, n° 17-14.232, *JCP S* 2019, 1268, J.-Ph. Tricoit.

13. M. Véricel, « Le formalisme dans le contrat de travail », préc.

14. Soc., 19 nov. 1997, n° 95-40.280, *Dr. soc.* 1998, p. 14, obs. J. Savatier.

art. D. 3313-1 et D. 3323-1). L'administration effectue un contrôle de l'accord en la forme : formalités de dépôt, contrôle des modalités de négociation, de dénonciation et de révision des accords. Simultanément à la délivrance du récépissé ou, à défaut, au terme du délai, la Dreets transmet l'accord à l'Urssaf pour un contrôle au fond (C. trav., art. L. 3345-2, al. 3).

Le contrôle de légalité aboutit aussi parfois à l'obtention d'une autorisation administrative. Ainsi, l'employeur qui envisage de prononcer des licenciements pour motif économique alors qu'il est tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi doit saisir, que le plan soit conventionnel ou unilatéral, la Dreets d'une demande d'homologation (en cas de décision unilatérale) ou de validation (en cas d'accord collectif). La décision administrative est favorable à l'entreprise si l'autorité saisie constate le respect des dispositions légales relatives au licenciement pour motif économique. La possibilité de notifier les licenciements est alors suspendue à cette homologation ou validation (C. trav., art. L. 1233-39, dernier al.).

De même, celui qui envisage de procéder au licenciement d'un salarié protégé qui exerce des fonctions représentatives doit obtenir une autorisation de l'inspection du travail. Une demande d'autorisation qui énonce les motifs du licenciement envisagé et l'ensemble des mandats détenus par le salarié (C. trav., art. R. 2421-15) est adressée à l'inspecteur du travail. Pour se prononcer, l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire (C. trav., art. R. 2421-11) puis notifie, dans les deux mois (C. trav., art. R. 2421-4), sa décision à l'employeur, au salarié et, le cas échéant, à l'organisation syndicale qui l'a mandaté. La décision administrative de refus interdit à l'employeur de procéder au licenciement ; l'employeur doit maintenir le salarié dans son emploi aux conditions de travail antérieures¹⁵ et le rémunérer¹⁶.

B. Conséquences de l'absence de dépôt

Inexistence de l'acte. La violation de l'obligation de dépôt atteint fréquemment le fond. S'il n'a pas réalisé cette formalité, l'auteur de l'acte juridique est souvent alors sanctionné par l'inexistence de sa décision. Ainsi, le dépôt des statuts d'un syndicat en mairie est une condition de son existence légale¹⁷. À défaut, le syndicat n'acquiert pas la personnalité morale ; il est placé dans la situation d'une association non déclarée¹⁸. De même, dans les différentes hypothèses où le prononcé d'un licenciement est subordonné à l'obtention d'une autorisation administrative, la rupture du contrat est nulle si elle intervient sans autorisation. La règle vaut pour les salariés protégés¹⁹ et pour les licenciements prononcés pour motif économique sans homologation ou validation de l'administration. Enfin, l'employeur qui met en place un règlement intérieur ne peut pas échapper à l'exigence de dépôt auprès de l'inspection du travail. À défaut, le règlement resterait lettre morte en ce qu'il serait inopposable aux salariés²⁰.

Autre sanction. Il existe des situations où l'inexistence de l'acte motivée par l'absence de dépôt n'est pas une sanction adéquate. Il existe un intérêt à préserver l'acte malgré l'irrégularité formelle. La loi lui fait alors produire un effet particulier qui sanctionne celui qui a manqué à son obligation. Ce refus de l'annulation se rencontre autant en ce qui concerne le « dépôt enregistrement » que s'agissant du « dépôt validation ».

Ainsi, le défaut de déclaration préalable à l'embauche n'emporte pas l'inexistence du contrat de travail. Une telle conséquence sanctionnerait le salarié, étranger à l'irrégularité. Le défaut de déclaration préalable à l'embauche est alors un élément caractéristique de la dissimulation d'emploi salarié (C. trav., art. L. 8221-5, 1°).

De même, l'absence de dépôt des accords d'intéressement et de participation n'autorise

15. Soc., 3 oct. 1989, n° 86-45.691, *Bull. civ. V*, n° 558.

16. Soc., 18 janv. 1997, n° 95-43.723, *Bull. civ. V*, n° 225.

17. « Un syndicat n'a d'existence légale que du jour du dépôt de ses statuts en mairie » : Soc., 7 mai 1987, *Dr. soc.* 1989, p. 307, obs. J. Savatier ; Soc., 26 mars 2014, n° 13-22.057 ; Soc., 8 déc. 2016, n° 15-16.999.

18. Civ. 2^e, 25 févr. 1965, *Dr. soc.* 1965, p. 508, obs. J. Savatier.

19. Soc., 12 févr. 1991, n° 88-41.339, *Bull. civ. V*, n° 64.

20. Soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687.

pas l'employeur à refuser d'accorder les primes d'intéressement et de participation dues en application des accords adoptés. Elle est sanctionnée par le refus d'appliquer le régime social de faveur : les sommes distribuées par l'employeur aux salariés ne sont donc pas exonérées

de cotisations sociales²¹. Semblablement, en cas de dépôt tardif, seules les sommes versées après cet événement bénéficient de l'exonération²². Celles versées avant intègrent l'assiette des cotisations sans attendre la fin de la période d'indisponibilité²³.

21. Civ. 2^e, 20 juin 2013, n° 12-12.293.

22. Soc., 30 mars 2011, n° 09-72.990.

23. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-17.379.

Dossier

Le formalisme en droit

L'hypothèse d'un déclin du formalisme informatif en droit de la consommation

Marie Leroux-Campello

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dès le milieu du ^{xx}e siècle, la doctrine a révélé un mouvement général de renaissance du formalisme¹. S'il peut prendre plusieurs formes, c'est indéniablement le formalisme informatif qui s'est imposé de la manière la plus éclatante. Le droit de la consommation, qui l'a largement inspiré, demeure sa terre d'élection. Ses insuffisances ont bien été soulignées², mais ni la lenteur, ni le coût ou la complexité qui lui sont souvent associés, n'auront eu raison du goût du législateur pour cet outil de protection des consommateurs.

Il faut dire que le formalisme consistant en la remise imposée au professionnel d'un écrit contenant diverses mentions destinées à porter à la connaissance des consommateurs « les droits et obligations qui en sont issus, l'objet même du

contrat ou encore l'existence de dispositions légales protectrices »³, dispose de nombreux atouts. Alors que « tout homme mal informé ne peut s'empêcher de mal raisonner »⁴ (l'adage populaire ne dit-il pas qu'un homme averti en vaut deux ?), le formalisme informatif entend éclairer le consentement des consommateurs, pour éviter que le professionnel n'use de sa position de force et les pousse à prendre des engagements inconsidérés. Par son biais, le droit de la consommation cherche ainsi à prévenir les vices du consentement et la conclusion de contrats déséquilibrés. Il fait en ce sens partie des moyens employés pour lutter contre l'inégalité structurelle caractéristique des rapports entre professionnels et consommateurs à laquelle les

1. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 101 ; A. Piédelièvre, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, th. Paris, 1959 ; M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, préf. J. Vidal ; J. Mestre, « L'approche par le juge du formalisme légal », *RTD civ.* 1988, p. 329 ; X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170 ; B. Nuytten et L. Lesage, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defr.* 1998, p. 497 ; P. Catala, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Defr.* 2000, 1, p. 897, art. 37210 ; Y. Flour et A. Ghozi, « Les conventions sur la forme », *Defr.* 2000, 1, p. 911, art. 37211 ; J.-L. Aubert, « Le formalisme » (rapport de synthèse), *Defr.* 2000, 1, p. 931, art. 37213 ; I. Dauriac, « Forme, preuve et protection du consentement », in *Mouvements, ruptures et continuité du droit – Autour de M. Gobert*, Economica, 2004, p. 403 ; L. Grynbaum, « La querelle des images (pour la liberté de la preuve des contrats et... le renforcement du formalisme) », *ibid.*, p. 427.
2. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170 ; A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Études de droit de la consommation – Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 ; V. Magnier, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106.
3. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018, n° 262.
4. Louis XIV, cité par J.-M. Varant *Le droit au droit*, PUF, coll. « Libre échange », 1986, p. 197.

méthodes curatives du droit commun ne répondent que trop mal.

Contrairement à l'obligation précontractuelle d'information, il a été sectoriellement imposé, en fonction du contexte dans lequel le contrat est susceptible d'être conclu⁵, ou en raison de son objet⁶. C'est dire que la législation a renforcé la protection des consommateurs dans des hypothèses où les risques de pression ou de captation de leur consentement et l'enjeu du contrat sont les plus importants. N'occultant pas pour autant toute perspective économique, il cherche par ailleurs à rassurer les consommateurs et favorise la standardisation des contrats utile à la massification des échanges⁷.

Au regard de ces multiples vertus, on comprendra que le législateur reste fidèle au formalisme informatif⁸, certaines dispositions récentes paraissent même renforcer le dispositif existant⁹. Pourtant, derrière cette apparente vivacité, l'affaiblissement du formalisme informatif en droit de la consommation est bien réel.

En prendre la mesure exige de préciser ce qui lui conférerait en grande partie sa force. Il est vrai qu'au-delà de sa fonction commune, le contenu même du formalisme diffère : les mentions infor-

matives ne sont pas toutes identiques, le moment¹⁰ et le mode¹¹ de leur communication peuvent également varier. Une plus grande hétérogénéité encore règne s'agissant des sanctions de la violation des dispositions qui l'imposent¹². Mais, en dépit de cette absence d'harmonisation horizontale, la finalité du formalisme informatif et les aspirations du droit de la consommation transparaissent identiquement dans son régime. Quels que soient le contexte contractuel et l'objet du contrat pour la conclusion duquel il s'imposait, et même si demeuraient certaines lacunes¹³, sa vigueur résidait en particulier dans le fait que sa violation suffisait classiquement à fonder la sanction. Comme il est de mise en droit de la consommation, l'atteinte effective aux intérêts du consommateur individuel n'avait pas à être caractérisée et elle ne déterminait pas les effets de la sanction. De même, le comportement du consommateur était indifférent : peu importait qu'il ait exécuté le contrat vicié, voire qu'il se prévale de la violation du droit de la consommation en toute mauvaise foi. Dès lors qu'un manquement grave du professionnel à ses obligations était caractérisé, la sanction s'en trouvait légitimée.

-
5. Lorsque le contrat est conclu hors établissement ou à distance.
 6. Lorsqu'il s'agit par exemple d'un contrat de crédit, de courtage matrimonial, d'achat de métaux précieux, d'utilisation de bien à temps partagé, de fourniture d'électricité ou de gaz, de services de communication électronique, ou encore, plus récemment, de fourniture de contenu ou de services numériques.
 7. Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705.
 8. Pour preuve, le nouveau contrat de fourniture de contenus numériques et de services numériques a été soumis au formalisme prévu par l'article L. 224-25-5 du code de la consommation, et les mentions informatives qui doivent figurer dans le contrat conclu hors établissement ont récemment augmenté (v. C. conso., art. L. 221-5 et R. 221-2), de même que pour la fourniture de gaz et d'électricité (C. conso., art. L. 224-3).
 9. Certaines sanctions ont été aggravées par l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs. Les sanctions prévues en cas de non remise d'un exemplaire du contrat ou de remise non conforme de celui-ci, ainsi que celles prévues en l'absence de fourniture d'un formulaire détachable ou de remise d'un formulaire non conforme en matière de contrat à distance et de contrat conclu hors établissement, peuvent ainsi être portées à 4 % du chiffre d'affaires en cas de demande d'assistance mutuelle portant sur une infraction de grande ampleur ou de grande ampleur à l'échelle européenne, v. C. conso., art. L. 242-7-2.
 10. Le formalisme informatif ne régit pas toujours la conclusion du contrat, mais aussi parfois l'offre de contracter.
 11. L'écrit ou, à condition que cette communication soit lisible (ou claire) et compréhensible, le support durable autre que le papier, voire, plus rarement : lorsqu'il n'est pas possible de communiquer ces informations sur un tel support, dans un document facilement téléchargeable mis à disposition par le fournisseur.
 12. Faisant dire à un auteur que « la théorie des sanctions du formalisme informatif est mal assurée », V. Magnier, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106. De fait, le non-respect de règles consuméristes de forme n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat de consommation. La requalification du contrat, la prorogation du délai de rétractation, la déchéance du droit aux intérêts, la déchéance du droit à restitution du capital emprunté viennent ainsi sanctionner la violation de certaines règles de forme, sans compter les multiples sanctions pénales et administratives.
 13. Ainsi notamment des dispositions sans sanctions, sur la question, v. not. : D. Fenouillet, « L'information du consommateur de regroupement de crédits immobiliers : quand l'abondance des normes de fond rime avec l'indigence des normes de sanction », note sous Civ. 1^{re}, 9 janv. 2019, n° 17-20565, *RDC* 2019, p. 54.

Ce formalisme rigoureux n'était pas toujours apprécié, mais il avait le mérite de protéger efficacement l'intérêt collectif des consommateurs. Ainsi se manifestait « l'abstraction de la protection offerte par le droit de la consommation dans le domaine contractuel »¹⁴. Une abstraction nécessaire car si le comportement du professionnel provoque des dommages qui restent individuellement minimes, ils peuvent être collectivement importants¹⁵, en ce que ce comportement s'adresse à une multitude et non plus à une personne déterminée. Cette situation a alors la capacité d'engendrer un trouble, que le droit se doit logiquement de prévenir et auquel il importe de répondre.

Or, depuis quelques années, un changement de paradigme semble s'opérer, qui témoigne d'une lente mais profonde mutation du droit de la consommation¹⁶. De fait, la violation du formalisme ne suffit plus toujours à justifier le prononcé de la sanction. Qu'on s'en réjouisse ou s'en inquiète, la situation du consommateur individuel n'est plus occultée. Il arrive alors que la sanction dépende du résultat effectif de la violation ou de son attitude. Cette tendance remet-elle nécessairement en cause la force du formalisme ? Il faudra s'en assurer, que l'attention se porte désormais sur l'atteinte aux intérêts du consommateur (I), ou sur son comportement (II).

I. L'attention portée à l'atteinte aux intérêts du consommateur

L'attention portée à l'atteinte aux intérêts du consommateur est d'intensité variable selon que son préjudice constitue une des conditions du

prononcé de la sanction (A), ou détermine aussi son étendue (B).

A. Dans les conditions de la sanction

Classiquement, la violation de la règle de forme peut suffire à justifier le prononcé de la sanction, indépendamment de l'éventuel préjudice ou vice du consentement du consommateur. Quel que soit le type de sanction venant répondre à la violation du formalisme : nullité textuelle ou virtuelle du contrat, déchéance du droit aux intérêts, déchéance du droit à restitution du capital emprunté, prorogation du délai de rétractation, requalification du contrat, aucune ne nécessitait jusqu'il y a peu que soit observée une atteinte aux intérêts d'un consommateur. Rivées sur le manquement du professionnel, ces sanctions se détachaient ainsi du résultat par trop aléatoire de ce manquement sur la situation du consommateur individuel. Cet automatisme de la sanction civile demeurait toutefois relatif, dès lors que la sanction s'arrimait alors à la gravité du manquement du professionnel observée par sa capacité à provoquer une atteinte à l'intérêt des consommateurs¹⁷. Justifiée par l'intérêt collectif protégé en droit de la consommation et la volonté de faire respecter une discipline collective aux professionnels¹⁸, cette tendance participait à l'effectivité du formalisme informatif.

Le législateur a toutefois rompu cette unité lorsqu'a été adoptée, sur son habilitation, l'ordonnance n° 2019-740 du 17 juillet 2019. Cette réforme, appliquée aux contrats en cours¹⁹, a permis d'harmoniser les sanctions de la mention d'un taux annuel effectif global absent ou erroné dans l'offre ou le contrat de prêt à la consomma-

14. N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC* 2014, p. 471, spéc. n° 17.

15. J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239, spéc. p. 240 : « les intérêts lésés, petits, si on les examine un à un, sont considérables si on les prend globalement ».

16. P. Grulier, *Les mutations du droit de la consommation, à la recherche des valeurs consuméristes*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2022, D. Fenouillet (dir.).

17. Par exemple, qu'elle soit totale ou facultative, la déchéance du droit aux intérêts n'est pas fondée sur la caractérisation d'un vice du consentement. Une politique de sanction pleinement partagée par la Cour de Justice de l'Union européenne qui souligne la légitimité de la déchéance « dès lors qu'il s'agit d'un élément dont l'absence est susceptible de mettre en cause la possibilité pour le consommateur d'apprécier la portée de son engagement » (CJUE, 9 nov. 2016, n° C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s. c/ KI*).

18. Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705.

19. Civ. 1^{re}, avis, 10 juin 2020, n° 20-70.001 ; Civ. 1^{re}, 10 juin 2020, n° 18-24.287, *D.* 2020, p. 1434, note J.-P. Sudre ; *ibid.*, p. 1441, note J.-D. Pellier ; *Gaz. Pal.* 28 juill. 2020, p. 23, obs. J. Lasserre Capdeville ; *RDI* 2020, p. 448, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD civ.* 2020, p. 605, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020, p. 693, obs. D. Legeais ; *AJDI* 2021, p. 223, obs. J. Moreau ; Civ. 1^{re}, 9 sept. 2020, n° 19-14.607 ; Civ. 1^{re}, 23 sept. 2020, n° 19-16.130 ; Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 19-18.038 ; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316 ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2022, n° 20-18.861.

tion ou immobilier²⁰. Elle a alors prévu qu'en telle circonstance « le prêteur peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice pour l'emprunteur »²¹.

Cette « intrusion du préjudice »²² dans le régime d'une sanction, qui tendait jusque-là « davantage à punir le fautif qu'à réparer les dommages éventuellement subis par la victime »²³, détonne. Tributaire de l'atteinte portée aux intérêts individuels du consommateur, la sanction deviendrait plus incertaine²⁴. Mais le formalisme exigé s'en trouve-t-il vraiment affaibli ? Sous l'empire du droit antérieur, n'étaient déjà sanctionnées que les erreurs qui jouaient en défaveur du consommateur²⁵ et excédaient une décimale²⁶. C'est dire qu'une erreur *in favorem* ou minime²⁷, un manquement véniel de forme, ne légitimait pas la sanction. Était donc recherché un manquement ayant la capacité de vicier le consentement du consommateur, conformément à la logique poursuivie en droit de la consommation. L'intégration ponctuelle du pré-

judice du consommateur aux conditions de prononcé de la déchéance aurait alors pu se faire à droit constant, sans remettre en cause la force du formalisme. Dans la série d'arrêts qui multiplient les tolérances et restreignent la sanction du taux effectif erroné²⁸, un attire néanmoins l'attention. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne censure pas une décision qui tolérait une erreur pourtant supérieure à une décimale dès lors, notamment, que les emprunteurs ne justifiaient pas avoir obtenu un meilleur taux de la part d'un établissement concurrent²⁹. Conditionner ainsi la sanction à la démonstration par le consommateur, non seulement d'une erreur défavorable supérieure à une décimale, mais aussi d'une perte de chance de conclure à un meilleur taux, n'est résolument pas de nature à favoriser l'effectivité du formalisme imposé.

Plus inquiétante encore pour la vigueur du formalisme, la notion de préjudice effectif a gagné le droit des contrats conclus hors établissement. Démarchés à domicile pour l'installation de panneaux photovoltaïques, des consumma-

20. Auparavant, la déchéance qui pouvait trouver à s'appliquer en matière de prêt immobilier était facultative et modulable, alors qu'elle était automatique et totale en matière de prêt de consommation. Et pour les contrats de prêt immobiliers, elle était uniquement prévue pour répondre aux vices affectant l'offre de prêt. Ceux dont pâtissait le contrat de prêt étaient sanctionnés par la substitution du taux légal au taux conventionnel : Civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, n° 89-18.157 ; Civ. 1^{re}, 21 janv. 1992, n° 90-18.116, n° 90-18.120, n° 90-18.119, n° 90-18.122 ; Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, n° 05-22011 ; Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 05-12.081 ; Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n° 12-14.377 ; Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n° 12-14.905.

21. C. conso., art. L. 341-1 ; L. 341-4 ; L. 341-25 ; L. 341-26 ; L. 341-34 ; L. 341-48-1 ; L. 341-54.

22. G. Biardeaud, note S. Civ. 1^{re}, 10 juin 2020, n° 18-24.287, *La lettre juridique* n° 829 du 25 juin 2020.

23. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, Nouv. bibl. th., vol. 19, 2002, n° 221.

24. G. Biardeaud, note préc.

25. Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n° 15-25.034, *JCP E* 2017, 1013, note A. Perin-Dureau ; *RD banc. fin.* 2017, comm. 5, obs. N. Mathey ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2016, p. 28, obs. S. Piédelièvre.

26. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-22.778, *D.* 2014, p. 2395, note J. Lasserre Capdeville ; *RTD com.* 2015, p. 137, obs. D. Legeais ; *ibid.*, p. 138, obs. D. Legeais ; Civ. 1^{re}, 26 nov. 2014, n° 13-23.033, *D.* 2015, p. 215, obs. G. Biardeaud ; Civ. 1^{re}, 9 avr. 2015, n° 14-14.216, *D.* 2015, p. 1150, obs. J. Lasserre Capdeville ; Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, n° 15-24.607, *AJDI* 2017, p. 449, obs. J. Moreau, O. Poindron et B. Wertenschlag ; *RTD com.* 2017, p. 152, obs. D. Legeais ; Civ. 1^{re}, 28 nov. 2018, n° 17-20.106, *AJDI* 2019, p. 546, obs. M. Moreau et O. Poindron ; Civ. 1^{re}, 27 mars 2019, n° 17-23.363, 17-28.791, 18-11.448 et 18-11.617. Solution qui s'est maintenue après l'adoption de l'ordonnance, v. not. : Civ. 1^{re}, 8 janv. 2020, n° 18-23.671 ; Civ. 1^{re}, 5 févr. 2020, n° 19-11.939, *D.* 2020, p. 279 ; *AJ contrat* 2020, p. 145, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Dalloz actu.* 21 févr. 2020, obs. D. Pellier ; Civ. 1^{re}, 26 févr. 2020, n° 19-10.050 ; Civ. 1^{re}, 25 mars 2020, n° 18-20.174.

27. Le caractère minime de l'erreur atteignant un peu moins que la décimale pourrait parfois il est vrai être discuté. Ainsi une erreur de 0,09 % du capital emprunté devrait pouvoir être sanctionnée, car présentant le caractère de gravité, dans ce sens : H. Aubry, « Droit de la consommation, janvier 2017-décembre 2017 », *D.* 2018, p. 583.

28. Sur cette série, v. not. : J. et M. Moreau et O. Poindron, « Qui craint (encore) le grand méchant taux effectif global ? », *AJ contrat* 2020, p. 462 ; G. Biardeaud, « TEG erroné et préjudice de l'emprunteur : les liaisons Dangereuses », *La lettre juridique* n° 829 du 25 juin 2020 ; H. Heugas-Darraspen, « Vague de fond de la déchéance du droit aux intérêts, dans la proportion fixée par le juge, pour la sanction de l'erreur du taux effectif global des prêts immobiliers ? » *RDI* 2020, p. 448 ; D. Legeais, « Non-respect des dispositions relatives au TEG. Les voies de contestation se ferment progressivement », *RTD com.* 2021, p. 169 ; M. Moreau et O. Poindron, « Déclin des sanctions des manquements aux règles en matière de taux d'intérêt », *AJDI* 2021, p. 684.

29. Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 19-18.083, *RDBF* 2021, comm. 6, obs. N. Mathey. Les juges du fond prenaient aussi en considération le fait que les emprunteurs avaient eu l'information 4 jours après signature. Il demeure que ces derniers ont été privés de la possibilité de comparer valablement les offres et de faire jouer correctement la concurrence bancaire avant de s'engager.

teurs avaient assigné leur vendeur en annulation et résolution du contrat de vente. Faisait défaut la mention du nom du démarcheur, exigée à peine de nullité³⁰. Les juges du fond avaient néanmoins exclu de prononcer la sanction aux motifs notamment que le bon était selon eux régulier car il contenait le prénom et la signature du démarcheur permettant son identification. La Cour de cassation va au-delà et considère : qu'« ayant retenu que l'installation fonctionne et qu'il n'est rapporté la preuve d'aucun manquement contractuel imputable au vendeur, la cour d'appel a fait ressortir que la seule irrégularité du bon de commande, relative à l'apposition du prénom et de la signature du démarcheur, au lieu de son nom, n'avait causé aucun préjudice aux acquéreurs, ce dont elle a pu déduire que la demande de résolution de la vente n'était pas justifiée »³¹. S'il est possible de concéder que le manquement du professionnel à son obligation de forme était dans cette affaire d'une moindre gravité, la référence expresse au préjudice est ici en totale contrariété avec l'objectif européen d'effectivité. De fait, le préjudice ne figure pas dans les « critères communs non exhaustifs et indicatifs »³² permettant de s'assurer du caractère effectif, dissuasif et proportionné des sanctions. Seuls sont en effet visés : la nature, la gravité, l'ampleur et la durée de l'infraction, les éventuelles infractions antérieures, le caractère lucratif de la faute, ou encore les circonstances aggravantes. L'absence de préjudice ne devrait pas justifier une violation du formalisme, sans quoi la violation de la majeure partie des mentions obligatoires s'en trouverait excusée. Il faut résolument espérer qu'une telle solution demeure isolée, car si elle venait à se généraliser, le déclin du formalisme serait bien avéré.

La prise en compte du préjudice pour la détermination des effets de la sanction de sa violation pourrait bien confirmer la thèse d'un tel déclin.

B. Dans la détermination de ses effets

Le préjudice ne constitue pas seulement une condition de la sanction de la violation du formalisme, il arrive qu'il soit également déterminant de ses effets, voire qu'il en fixe désormais la mesure.

On relèvera d'abord, toujours pour la sanction du taux effectif global absent ou erroné, que le préjudice est désormais à prendre en compte pour la fixation du montant de la déchéance du droit aux intérêts. La sanction acquiert alors une nature mixte qui ne lui est pas familière en droit de la consommation³³. Censée à la fois punir et réparer, elle ne conservera cependant son caractère dissuasif, et le formalisme informatif sa puissance, que dans la mesure où le préjudice demeurera un critère parmi d'autres de sa détermination. L'emploi de l'adverbe « notamment »³⁴ par les divers articles du Code de la consommation qui régissent désormais la sanction, va dans le sens de cette exigence. De même, certains arrêts rappellent que la mise en place d'une déchéance modulable a pour objectif de « permettre au juge de prendre en considération, la gravité du manquement commis par le prêteur et le préjudice subi par l'emprunteur »³⁵. Toutefois, les magistrats, à qui le législateur a décidé de s'en remettre³⁶, pourraient bien être tentés de s'écarter de cette nécessité et calquer l'étendue de la sanction prononcée sur le préjudice exigé. Or, comme le relève un auteur, « limiter la sanction au préjudice subi par l'emprunteur, [...] est un encouragement à mal faire : pourquoi le prêteur se priverait-il de la possibilité d'indiquer un

30. V. C. conso., anc. art. L. 121-18-1.

31. Civ. 1^{re}, 20 mai 2020, n° 19-14.477, *JCP E* 2021, 39, chr. J. Lasserre Capdeville; *RDBF* 2019, p. 45, obs. N. Mathey.

32. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019 modifiant les directives 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs : *JOUE* n° L 328 18 déc. 2019, p. 7; H. Aubry, « Les sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. - Étude d'une notion européenne à la lumière du droit de la consommation », *CCC* 2021, n° 11, ét. 12.

33. Créant à cette occasion un hiatus avec les autres déchéances du droit aux intérêts applicables en droit de la consommation qui sont indifférentes au préjudice.

34. Selon la formule commune « le prêteur peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice pour l'emprunteur », C. conso., art. L. 341-1; L. 341-4; L. 341-25; L. 341-26; L. 341-34; L. 341-48-1; L. 341-54.

35. Civ. 1^{re}, 10 juin 2020, préc.; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2021, préc.

36. En contradiction avec l'objectif d'harmonisation poursuivi : M. Roussille, « Quand le législateur s'en remet à la sagesse du juge... », *Gaz. Pal.* 22 oct. 2019, p. 43.

TEG minoré, quand la seule sanction éventuelle sera la restitution des sommes indûment perçues »³⁷ ? La sanction risque d'être totalement privée de caractère dissuasif et de spécificité, là aussi en méconnaissance des exigences européennes.

Plus radicale encore est une solution récente relative aux contrats de crédit affecté. Des exigences particulières pèsent sur le prêteur en la matière. Sur le fondement de l'article L. 312-48 du Code de la consommation, la jurisprudence retient qu'avant de débloquer les fonds, il doit s'assurer de l'exécution du contrat principal, mais aussi de sa régularité formelle, sans quoi il pourra être privé de son droit à restitution du capital emprunté³⁸. Or, non seulement les juges exigent désormais que le consommateur rapporte la preuve d'un préjudice pour que s'opère une telle déchéance, mais ils considèrent que ce préjudice en détermine également la mesure. La Haute Cour répète maintenant à l'envi que : « le prêteur qui a versé les fonds sans s'être assuré, comme il y était tenu, de la régularité formelle du contrat principal ou de sa complète exécution, peut être privé en tout ou partie de sa créance de restitution, dès lors que l'emprunteur justifie avoir subi un préjudice en lien avec cette faute »³⁹. Et la première chambre civile indique bien dans sa lettre de décembre 2020 : « s'affirme ainsi l'idée selon laquelle la faute du prêteur le prive de sa créance de restitution du capital, dans la mesure toutefois du préjudice effectivement subi par l'emprunteur, les créances réciproques ayant vocation à se compenser ». Le formalisme informatif est finalement dépouillé d'une sanction qui s'avérait assez efficace dans un contexte où les abus ne sont pas rares, spéci-

quement lorsque le contrat principal est conclu hors établissement.

Au terme de cette première partie, il est clair que les hypothèses dans lesquelles il est recouru à l'atteinte aux intérêts du consommateur pour limiter les sanctions du formalisme se multiplient. En se penchant ainsi davantage sur la situation du consommateur individuel, le formalisme consumériste se fragilise. C'est aussi le résultat de l'attention qui est désormais portée au comportement du consommateur.

II. L'attention portée au comportement du consommateur

Alors qu'auparavant il y était indifférent, le juge porte de plus en plus attention au comportement du consommateur lorsqu'il est saisi d'une violation du formalisme. Il retient ainsi parfois la confirmation de l'acte vicié (A) ou peut refuser le prononcé de la sanction en raison de la mauvaise foi du consommateur (B).

A. La confirmation de l'acte vicié

Il est classiquement impossible de renoncer par avance à se prévaloir d'une disposition intéressant l'ordre public⁴⁰, ainsi les consommateurs ne peuvent-ils conventionnellement renoncer à se prévaloir de la violation du formalisme informatif. Plus originale : la renonciation postérieure des consommateurs était aussi limitativement admise. Si la jurisprudence admettait la renonciation tacite du consommateur à se prévaloir d'une règle d'ordre public en l'absence de violation des dispositions protectrices du droit de la consommation⁴¹, il en allait différemment lorsqu'elles

37. G. Biardeaud, « TEG erroné et préjudice de l'emprunteur : les liaisons dangereuses », préc.

38. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2017, n° 15-27277, *LPA* 5 déc. 2017, n° 242, p. 3 ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2018, n° 17-13.528, *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, p. 59, obs. M. Roussille ; Civ. 1^{re}, 3 mai 2018, n° 17-13.308, *RTD com.* 2018, p. 439, obs. D. Legeais ; *ibid.*, p. 765, obs. B. Bouloc ; Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, n° 17-16.352 ; Civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-18.333 ; Civ. 1^{re}, 6 janv. 2021, n° 19-11.277.

39. Civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n° 18-16.150 ; Civ. 1^{re}, 25 nov. 2020, n° 19-14.908 ; Civ. 1^{re}, 6 janv. 2021, n° 19-14.536 ; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2021, n° 19-24.817 ; Civ. 1^{re}, 5 janv. 2022, n° 20-11.970.

40. Civ. 1^{re}, 22 nov. 1977, *Bull. civ. I*, n° 431 ; Civ. 1^{re}, 3 avr. 1979, *Bull. civ. I* n° 109 ; Civ. 1^{re}, 8 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 207.

41. V. par ex. : Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *RTD civ.* 1998, p. 672, obs. J. Mestre ; Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *Defr.* 1998, p. 749, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1998, p. 671, obs. J. Mestre. Solution classique en matière de renonciation, v. Trav. assoc. H. Capitant, *Les renonciations aux bénéfiques de la loi*, 1960, « Rapport général » J. Carbonnier et « Rapp. Français » J.-D. Bredin.

étaient transgressées⁴², peu important d'ailleurs qu'elles fussent reproduites dans le contrat⁴³. Par exception au droit commun⁴⁴, pour parer le risque de dénaturation du droit spécial qu'aurait représenté l'admission de la renonciation tacite en droit de la consommation⁴⁵, la confirmation était donc le plus souvent exclue⁴⁶. La singularité du droit de la consommation se manifestait ainsi dans une nullité relative, mais insusceptible de faire l'objet d'une telle renonciation, ainsi que le préconisait Gérard Farjat en matière d'« *ordre public de protection collective* »⁴⁷. En statuant en ce sens, la jurisprudence protégeait non seulement les consommateurs contre eux-mêmes⁴⁸ et leur évitait le rejet de leur demande reconventionnelle de sanction pour un tel motif⁴⁹, mais elle garantissait également la sanction des violations du droit de la consommation. L'effectivité du

droit de la consommation s'en trouvait donc renforcée⁵⁰.

Cependant, depuis trois ans, la jurisprudence connaît en la matière un revirement assez spectaculaire. Plusieurs arrêts⁵¹ peuvent ici être évoqués qui ont tous pour point commun d'avoir été rendus dans des contentieux relatifs à des contrats conclus hors établissement pour la vente et l'installation de panneaux photovoltaïques financées au moyen d'un crédit. Dans ces affaires, des irrégularités affectaient, comme souvent, le bon de commande; violation du formalisme qui est, on l'a rappelé, sanctionnée d'une nullité⁵². Mais les juges considèrent alors que le prononcé de cette sanction est empêché par le jeu d'une supposée confirmation.

La jurisprudence s'éloigne ainsi de la logique qui guide traditionnellement la mise en œuvre

-
42. Utilisant fréquemment les mêmes formulations : « il ne peut être renoncé au bénéfice de [telle loi] dont les dispositions sont d'ordre public », ou bien « l'inobservation de la règle d'ordre public [...] ne peut être couverte par la renonciation, même expresse, des parties », v. not. : Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 95; *JCP G* 1993, I, 3684, n° 6, obs. G. Virassamy; Civ. 1^{re}, 17 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 116; Civ. 1^{re}, 16 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 100; *JCP E* 1995, II, 694; *CCC* 1994, n° 152, comm. G. Raymond; Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 130, *Defr.* 1994, p. 1476, obs. D. Mazeaud; *CCC* 1994, n° 129, obs. G. Raymond; Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *JCP N* 1996, 459, note S. Piédelièvre; Civ. 1^{re}, 10 avr. 1996, *Bull. civ. I*, n° 178; *D.* 1996, p. 527, note T. Hassler; Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 368; *JCP G* 1998, II, 10148, note S. Piédelièvre; Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, *CCC* 2000, n° 117, obs. G. Raymond; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, n° 01-17.673, *CCC* 2004, n° 4, p. 43, note G. Raymond.
43. Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, préc.; Civ. 1^{re}, 14 févr. 2018, n° 16-25.744, *D.* 2019, p. 607, obs. N. Sauphanor-Brouillaud; Civ. 1^{re}, 9 janv. 2019, n° 17-24075; Civ. 1^{re}, 9 mai 2019, n° 18-11.751.
44. En droit commun, la renonciation aux effets acquis d'une règle de protection est classiquement possible. Ainsi la Cour de cassation retient que « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles » (Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 120; *JCP G* 1998, II, 10148, note S. Piédelièvre; *CCC* 1998, n° 86, obs. L. Leveneur; *Defr.* 1998, p. 749, obs. J.-L. Aubert; Civ. 3^e, 27 oct. 1975, *Bull. civ. III*, n° 310; *adde* P. Raynaud, « La renonciation à un droit », *RTD civ.* 1936, p. 763). S'agissant plus spécifiquement des actes nuls, v. anc. art. 1338 et désormais art. 1182 C. civ.
45. F. Berenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. C. Atias, PUAM, 2007.
46. Excepté en cas de clause abusive : CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt.*, n° C-243/08, *LEDC* sept. 2009, p. 6, obs. G. Guerlin; *RDC* 2009, p. 1467, note C. Aubert de Vincelles; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier; *RTD civ.* 2009, p. 684, obs. P. Rémy-Corlay; *LPA* 2009, n° 244, p. 8, chron. G. Pignarre et S. Pimont; *JCP G* 2009, n° 25, 27, obs. F. Picod; *JCP G* 2009, n° 42, 336, note G. Paisant; *Procédures* 2009, comm. 275, obs. C. Nourissat; *Europe* 2009, comm. 334, obs. V. Michel et M. Meister; une solution compréhensible au regard de l'obligation du juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause, alors que le consommateur peut avoir intérêt au maintien de ladite clause.
47. G. Farjat, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pr. », t. 37, 1963, n° 163 et s.
48. G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, LGDJ, 1972, n° 293.
49. Ainsi l'exécution volontaire d'un contrat de crédit immobilier pendant deux ans par l'emprunteur ne couvre pas la violation du délai de réflexion, Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, préc. De même, le fait, malgré la référence expresse à la loi du 10 janvier 1978, de ne pas avoir mentionné le coût du crédit et le taux effectif global dans le contrat de crédit à la consommation, n'est pas couvert par la lettre postérieure par laquelle le consommateur accepte le nouveau tableau d'amortissement, Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, préc.
50. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. th. », 2002, vol. 19, n° 601; G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. Flour*, LGDJ, 2013, p. 95, spéc. n° 11.
51. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2019, n° 18-18.090; Civ. 1^{re}, 9 déc. 2020, n° 18-25.686, *CCC* 2021, p. 32, comm. S. Bernheim-Desvaux; *Dall. actu.* 13 janv. 2021, note J.-D. Pellier; Civ. 1^{re}, 26 févr. 2020, n° 18-19.316; Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 18-26.761, *Dall. actu.*, 6 nov. 2020, note J.-D. Pellier; Civ. 1^{re}, 24 mars 2021, n° 19-14.876; Civ. 1^{re}, 8 sept. 2021, n° 19-18.453, *CCC* 2021, comm. 190, S. Bernheim-Desvaux; Civ. 1^{re}, 24 nov. 2021, n° 19-19.036 et 19-23.452; Civ. 1^{re}, 31 août 2022, n° 21-12.968, *CCC* 2022, p. 161, comm. S. Bernheim-Desvaux.
52. C. conso., art. L. 242-1.

du droit de la consommation. Mais, en violation du droit commun – qu'elle prétend pourtant appliquer, elle restreint aussi la caractérisation de la confirmation à l'une de ses conditions : l'exécution du contrat. En effet, dans l'ensemble de ces arrêts, la jurisprudence fait une appréciation dévoyée de la condition tenant à la connaissance des vices affectant le contrat, que cette connaissance soit parfois déduite de l'exécution du contrat⁵³, ou plus souvent présumée en raison de la reproduction dans le contrat des dispositions impératives violées⁵⁴. Trois arrêts ont semblé, il est vrai, marquer un retour à plus d'orthodoxie⁵⁵, toutefois, la Cour de cassation a de nouveau affirmé, censurant la solution des juges du fond, que la reproduction dans le contrat des dispositions consuméristes violées était de nature à établir chez les consommateurs concernés la connaissance des vices affectant le contrat⁵⁶.

Au regard de la force probatoire très limitée des clauses de reconnaissance de la transmission du formulaire de rétractation⁵⁷, la solution ne laissera pas de surprendre les spécialistes de la matière. Plus largement, cette jurisprudence n'encourage pas au respect du formalisme imposé et porte atteinte aux objectifs qu'il poursuit. Pourquoi les professionnels se contraindraient-ils à respecter ce formalisme s'ils peuvent se limiter à reproduire dans le bon de commande ou le contrat les dispositions le prévoyant ? Entamant ici grandement l'effectivité du droit de la

consommation, cette jurisprudence ne semble pas conforme aux exigences européennes. Le comportement du professionnel n'est plus sanctionné ; la nullité textuelle ici employée non pas pour répondre à un vice du consentement, mais pour faire cesser l'illicite et rétablir la légalité, ne satisfait plus à ses fonctions. La légalité objective n'est plus préservée, l'intérêt collectif des consommateurs sacrifié.

Mais celui-ci n'est pas seul atteint. La solution est également sévère pour les consommateurs et repose sur des présupposés illusoire. D'abord, les consommateurs ne lisent pas nécessairement l'ensemble des mentions des contrats d'adhésion qui leur sont proposés, *a fortiori* celles qui sont en caractère plus petit et situées au dos du bon de commande. Ensuite, même s'ils le font, ils ne sont pas forcément en mesure de les comprendre. Avec cette jurisprudence, ils sont cependant présumés, de manière difficilement réfutable, avoir compris ces dispositions⁵⁸. C'est dire qu'on se satisfait ici de l'exécution par un contractant qui aurait dû avoir connaissance des vices. Cette jurisprudence fait donc fi du déséquilibre structurel existant dans les relations entre consommateurs et professionnels, pourtant prégnant dans les contrats conclus hors établissement. Soucieuse de ne pas encombrer plus qu'elles ne le sont les juridictions, ces décisions qui attestent d'un déclin avéré du formalisme, ne paraissent en définitive pas à la hauteur des

53. La Cour de cassation a ainsi retenu que le contrat nul pour n'avoir pas mentionné dans le bon de commande le type de matériel installé et le prix global est susceptible d'être confirmé dès lors que les consommateurs avaient exécuté le contrat « en sachant parfaitement, pour avoir eu le temps de procéder à toute vérification utile, quel type de matériel avait été installé, son prix et son mode de financement ». Ainsi, pour la Cour de cassation, « en exécutant les contrats, les acquéreurs avaient renoncé, en connaissance de cause, à se prévaloir des vices entachant le bon de commande » (Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 18-26.761, *Dall. actu.* 6 nov. 2020, note J.-D. Pellier). Pourtant, si les faits relevés par la Cour d'appel étaient effectivement de nature à attester de la connaissance du matériel et du prix, il est douteux qu'ils aient pu témoigner d'une quelconque connaissance des vices affectant le bon de commande (dans ce sens : D. Fenouillet, « Après le chaud, le froid : une jurisprudence glaciale souffle sur les consommateurs d'installations photovoltaïques ! », *RDC* 2021, p. 102, spéc. p. 105).

54. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2019, n° 18-18.090 ; Civ. 1^{re}, 9 déc. 2020, n° 18-25.686, *CCC* 2021, p. 32, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *Dall. actu.* 13 janv. 2021, note J.-D. Pellier ; Civ. 1^{re}, 26 févr. 2020, n° 18-19.316 ; Civ. 1^{re}, 24 mars 2021, n° 19-14.876 ; Civ. 1^{re}, 8 sept. 2021, n° 19-18.453, *CCC* 2021, comm. 190, S. Bernheim-Desvaux ; Civ. 1^{re}, 24 nov. 2021, n° 19-19.036 et 19-23.452.

55. Tout du moins au regard des conditions de droit commun : Civ. 1^{re}, 9 mai 2019, n° 18-11.751 ; Civ. 1^{re}, 20 avr. 2022, n° 20-22.084, *LEDB* oct. 2022, p. 4, obs. J. Lasserre Capdeville ; *CCC* 2022, p. 109, comm. S. Bernheim-Desvaux ; Civ. 1^{re}, 15 juin 2022, n° 21-11.747, *Gaz. Pal.* 25 oct. 2022, p. 4, obs. S. Piédelièvre.

56. Civ. 1^{re}, 31 août 2022, n° 21-12.968, *CCC* 2022, p. 161, comm. S. Bernheim-Desvaux ; et encore très récemment : Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2023, n° 21-22.091, à paraître au *Bull.*, *Dalloz actu.* 23 mars 2023, obs. N. Allix.

57. Civ. 1^{re}, 21 oct. 2020, n° 19-18.971.

58. Cette présomption ne semble pouvoir tomber que si celles-ci ont été mal reproduites, supposant alors que les juges du fond tranchent la question qui leur était posée de savoir si la reproduction de ces dispositions était effectivement de nature à attester de la connaissance des vices, Civ. 1^{re}, 9 déc. 2020, préc.

enjeux posés par le contexte de rénovation énergétique et la multiplication des pratiques abusives des professionnels en ce domaine⁵⁹.

Si la confirmation de l'acte vicié peut légitimement être discutée, elle n'est pas le seul moyen employé pour s'opposer à la sanction de la violation du formalisme.

B. La mauvaise foi constatée

Classiquement, le fait que la sanction de la violation du formalisme informatif n'exige pas de résultat individuel, peut permettre « au consommateur de mauvaise foi de se désengager à bon compte en profitant de l'opportunité d'une irrégularité formelle »⁶⁰. Préserver l'intérêt collectif des consommateurs, favoriser la standardisation des rapports de consommation et donc sanctionner le professionnel qui ne respecte pas ses obligations peuvent justifier de donner gain de cause au consommateur de mauvaise foi. Un auteur relève ainsi : « protéger systématiquement et aveuglément tous les consommateurs implique l'existence de consommateurs abusifs, qui profiteront indûment de la protection conférée par le droit de la consommation »⁶¹. On peut comprendre, dès lors que le professionnel enfreint assez gravement le formalisme exigé, qu'aucune obligation de loyauté ne soit mise à la charge du consommateur⁶².

Ce formalisme dit « amoral »⁶³ s'illustre en particulier en cas de violation par le professionnel de ses obligations en matière de faculté de rétractation. On sait que pour être efficace, cette

faculté conférée sectoriellement au consommateur doit avoir été portée à sa connaissance. C'est pourquoi le professionnel est également débiteur d'une obligation d'information dont l'exécution nécessitera de recourir à un formalisme particulier (un formulaire à joindre au contrat). En cas de non-respect de ces obligations, le consommateur disposera d'une prorogation de sa faculté de rétractation. Or, la Cour de cassation retient classiquement que la mauvaise foi du consommateur dans la mise en œuvre de cette faculté est indifférente. Ainsi « le contractant dont la déloyauté est avérée, pourra [...] exercer sa prérogative comme si de rien n'était et bénéficier de ses bienfaits libératoires, parce qu'il s'agit moins de protéger le contractant faible que de renforcer la police des comportements des professionnels »⁶⁴. Cela s'illustre particulièrement en droit des assurances où elle affirmait que « l'exercice de la faculté de renonciation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par ce texte, est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »⁶⁵.

Toutefois, la pérennité de cette jurisprudence est aussi remise en cause. D'abord, la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 conditionne désormais la mise en œuvre de la sanction à la bonne foi du souscripteur⁶⁶. Ensuite, la Cour de cassation elle-même a procédé à un revirement, estimant que l'abus du consommateur empêche la mise en œuvre de sa faculté prorogée, et ce,

59. Raison pour laquelle le démarchage téléphonique pour la vente d'équipements ou la réalisation de travaux pour des logements en vue de la réalisation d'économies d'énergie ou de la production d'énergies renouvelables a d'ailleurs été interdit par la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020, v. C. conso., art. L. 223-1.

60. E. Bazin, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028, spéc. p. 3030.

61. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 263, n° 13.

62. N. Prod'homme, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », *LPA* 24 nov. 2011, n° 234, p. 29, n° 2; *adde* : A. Sinay-Citerman, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G* 1994, I, 3804; R. Martin, « Le consommateur abusif », *D.* 1987, p. 150.

63. D. R. Martin, « De la renégociation de prêt ou le syndrome d'Edouard », *RDBB* juill.-août 1999, n° 74, p. 108.

64. D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain - La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2012, p. 235 et s., n° 5.

65. Civ. 2^e, 7 mars 2006, *Bull. civ. II*, n° 63; *D.* 2006, p. 807; *ibid.* 2008, p. 120, obs. H. Groutel; *RDI* 2006, p. 173, obs. L. Grynbaum; *Rapport annuel C. cass.* 2006, p. 401; *RGDA* 2006, p. 479, note J. Kullmann; *RCA* 2006, comm. 208, note G. Courtieu; *JCP G* 2006, I, 135, obs. L. Mayaux; *JCP G* 2006, II, 10056, note F. Descorps-Declère; *JCP G* 2006, I, 153, n° 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud; *JCP E* 2006, n° 1938, note S. Hovasse; *RDI* 2006, p. 173, obs. L. Grynbaum; *RDC* 2007, p. 223, obs. J. Rochfeld; *Civ. 2^e*, 10 juill. 2008, *Bull. civ. II*, n° 177; *D.* 2008, p. 2144; *Dr. et patr.* févr. 2009, p. 128, obs. P. Stoffel-Munck; *Civ. 2^e*, 3 févr. 2012, n° 11-13.707; *Civ. 2^e*, 28 juin 2012, n° 11-18.203.

66. P. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », *RCA* 2015, ét. 4; L. Perdrix, « La bonne foi s'impose dans la prorogation de la faculté de renonciation à un contrat d'assurance vie », *AJCA* 2015, p. 167.

même pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle⁶⁷. Les juges du fond doivent ainsi « rechercher à la date d'exercice de la faculté de renonciation, au regard de la situation concrète [du souscripteur], de sa qualité d'assuré averti ou profane et des informations dont il disposait réellement, quelle était la finalité de l'exercice de son droit de renonciation et s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit »⁶⁸. La prorogation de la faculté de renonciation n'a donc « plus pour objectif premier la

sanction des assureurs »⁶⁹. Là encore, l'affaiblissement du formalisme est sensible.

Certains verront sans doute dans cet aperçu l'évolution heureuse d'un formalisme rigoureux vers un formalisme raisonné. D'autres, au contraire, attachés à la protection des consommateurs, pourraient considérer que cette subjectivisation et ce passage de normes impératives à des normes seulement indicatives⁷⁰ sont constitutifs d'un péril pour le droit de la consommation tout entier.

67. Civ. 2^e, 19 mai 2016, *Bull. civ.*, n° 776 ; *D.* 2016, p. 1797, note L. Perdrix.

68. Civ. 2^e, 7 févr. 2019, n° 17-27.223.

69. L. Perdrix, « La bonne foi s'impose dans la prorogation de la faculté de renonciation à un contrat d'assurance vie », préc.

70. P. Grulier, *Les mutations du droit de la consommation, à la recherche des valeurs consuméristes*, op. cit., n° 627.

Dossier

Le formalisme en droit

Le formalisme en droit des assurances

Antoine Touzain

Professeur agrégé, Université Rouen Normandie, CUREJ,
UR 4703

1. Si, en matière processuelle, « la forme est sœur jumelle de la liberté »¹, elle passe presque pour un double maléfique en matière contractuelle. Certes, l'article 1109 du Code civil dispose que le contrat peut être consensuel, solennel ou réel. Néanmoins, le principe du consensualisme, fondé sur les idées de liberté, de libéralisme et de respect de la parole donnée, implique une hiérarchie. C'est pourquoi l'article 1172 précise que « les contrats sont par principe consensuels » et que ce n'est que par exception que la validité de certains contrats est subordonnée à l'observation de certaines formes ou à la remise d'une chose².

2. Or, le contrat d'assurance est... un contrat. Si l'affirmation semble être une lapalissade, la disparition du contrat d'assurance du Code civil en 2016, couplée à l'hostilité d'une partie de la doctrine de droit des assurances à sa réintroduction par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux³, pourrait presque faire oublier cette idée élémentaire.

Plus précisément, il s'agit du contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur⁴

à lui fournir (ou à un tiers) une prestation, en cas de réalisation d'un risque. Ainsi, la prestation due par l'assureur est le versement d'une indemnité en cas de sinistre : telle est la contrepartie, future et potentielle, de l'obligation aux primes du souscripteur (qui confère au contrat d'assurance sa nature aléatoire). La couverture actuelle contre le risque, quant à elle, apparaît comme le but du contrat. Le transfert de risque qu'entraîne l'opération est permis par la mutualisation des contrats au sein du portefeuille de l'assureur : l'indemnisation des sinistres des uns sera prélevée sur l'ensemble des primes collectées, le bonheur des uns limitant le malheur des autres.

Or, d'instinct, chacun sent le besoin de protection du souscripteur face à l'assureur, au regard du déséquilibre évident qui existe entre eux. Le droit des assurances fourmille ainsi de règles qui tendent à la fois à la sécurité financière des consommateurs d'assurance par un contrôle étatique tant administratif que financier⁵, mais aussi à leur sécurité « juridique », par l'édiction de règles d'ordre public : assurances obligatoires, clauses imposées par la loi, réglementation de

1. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2^e éd., t. III, 1877, trad. O. de Meulenaere, Éd. A. Marescq, p. 158.

2. Cette logique du principe et de l'exception assure la cohérence du Code de 1804, qui « est consensualiste sans toutefois être anti-formaliste » (X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170, spéc. n° 13).

3. Pour une défense du retour de l'article 1964, supprimé en 2016, et une appréciation critique de sa formulation dans l'avant-projet, v. A. Touzain, « L'article 1964 du Code civil : retour vers le futur ? », *BJDA* 2022, n° 81.

4. Si le Code des assurances vise fréquemment « l'assuré », c'est bien le souscripteur qui est le cocontractant de l'assureur (même s'il est fréquent que l'assuré, sur la tête duquel pèse le risque, soit aussi le souscripteur).

5. Y. Lambert-Fairve et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 14^e éd., Dalloz, 2017, n° 126 et s.

la commercialisation des produits d'assurance, exigence de rédaction du contrat en français, obligations d'information et de conseil pesant sur l'assureur⁶...

3. Le formalisme apparaît comme un outil tout à fait naturel dans cette optique, lui qui a pour objet de subordonner la validité d'un acte ou son efficacité⁷ à l'accomplissement de formalités déterminées⁸. On peut à cet égard se référer aux finalités du formalisme, identifiées dans le célèbre article de Flour aux *Mélanges Ripert*⁹, qui distinguait la finalité d'opposabilité aux tiers, qui vise à les protéger (l'exemple topique étant celui de la publicité foncière) et la finalité de protection du consentement, afin d'attirer l'attention des parties sur la gravité de leur engagement et d'inscrire leur volonté dans un support qui pourra être conservé.

Ces deux finalités sont parfaitement compatibles avec le principe de liberté contractuelle : le formalisme d'opposabilité ne fut discuté qu'au regard du risque de dévoilement de l'endettement des propriétaires, quand le formalisme probatoire fut justifié par « un souci de rationaliser la preuve judiciaire », impliquant moins de « limiter la liberté contractuelle que d'inviter les parties à rédiger leurs contrats par écrit », sans qu'on y voie une contradiction¹⁰.

Au contraire, le formalisme des « lois modernes », notamment en droit du travail ou de la consommation, semble heurter plus directement la logique du droit des contrats, en ce qu'il obéit à une autre finalité : il ne s'agit plus d'une logique instituante (l'accès à un statut, qui est caractéristique du formalisme du droit des personnes), mais d'une formalité « toute entière centrée sur son contenu », sa seule raison

d'être étant « d'informer autrui de ce contenu, soit pour éclairer son consentement, soit pour lui donner les moyens d'une nouvelle contestation »¹¹. Ainsi, ce formalisme moderne « a une nature formulaire », de manière à « garantir la transmission de l'information »¹². Or, si l'information est un « véhicule du savoir »¹³, elle vise à la transparence (objective) plus qu'à la connaissance (subjective)¹⁴.

4. À quelle logique le formalisme du droit des assurances obéit-il ? Cette discipline s'inscrit-elle plutôt dans la tendance classique, celle du Code civil de 1804, ou plutôt dans celle moderne, notamment consumériste ? D'un point de vue historique, le droit des assurances est né avec la loi Godart du 13 juillet 1930, laquelle est antérieure (et parfois présentée comme un pré-curseur) au droit de la consommation¹⁵. C'est pourquoi, quitte à tomber dans l'anachronisme, il convient de s'interroger, par et au-delà de cette loi, sur les fonctions du formalisme en droit des assurances (I), avant d'en envisager le contenu (II).

I. Les fonctions

5. Puisque le formalisme a évolué dans la législation récente, n'en va-t-il pas ainsi également de celui encadrant le contrat d'assurance ? Pour y répondre, il convient d'envisager la loi du 13 juillet 1930, donc les origines de la matière (A), avant de s'intéresser aux tendances contemporaines (B).

A. Les fonctions originelles

6. L'objectif premier de la loi du 13 juillet 1930 était de lutter contre le déséquilibre immense

6. *Ibid.*, n° 137 et s.

7. Lorsque le formalisme est exigé *ad probationem* ou aux fins d'opposabilité, l'acte qui ne le respecte pas est certes valable, mais sera souvent privé de toute efficacité : quel est l'intérêt d'un droit qui ne peut être démontré au contentieux ? Quel est l'intérêt d'une hypothèque qui ne serait pas opposable aux créanciers, auxquels il s'agit pourtant d'être préféré ?

8. G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, V° « Formalisme » : dans le sens 1, il s'agirait d'une tendance générale à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits ; dans le sens 2, il s'agirait de subordonner la validité d'un acte (solennel) certaines formalités.

9. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Mélanges Ripert*, t. 1, 1950, p. 93 et s.

10. X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 15.

11. *Ibid.*, n° 32.

12. *Ibid.*, n° 33. V. aussi A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s., n° 5.

13. P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, Chron. 97, spéc. p. 97.

14. J. Chacornac, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2012, n° 29.

15. G. Durry, « Trente ans après ! », in *Mélanges Lambert*, Dalloz, 2002, p. 145 et s., spéc. p. 148.

entre souscripteurs et assureurs, dont ces derniers avaient tendance à largement abuser, par exemple en multipliant les clauses d'exclusion parfois peu lisibles. Comme le soulignait Capitant (qui présida la Commission dont le projet fut finalement retenu par le législateur), « le contrat d'assurance est, dans le sens propre du mot, un contrat d'adhésion » et « rien, en dehors de la loi ne vient limiter la suprématie de l'assureur » : se référant à la doctrine allemande, il estimait que « le rôle du législateur consiste surtout à protéger l'assuré [...] et, en agissant ainsi, il rend en même temps service aux Compagnies d'assurances »¹⁶.

Cet esprit originel du droit des assurances se révèle dans l'actuel article L. 310-1 du Code des assurances, qui ouvre les dispositions relatives au contrôle des entreprises d'assurance, dont l'alinéa 1^{er} dispose que « le contrôle de l'État s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation ». Il s'agit bien, sauf l'exception des « grands risques »¹⁷, de protéger les personnes qui, dans l'opération d'assurance, sont en position de faiblesse, par opposition à l'assureur, qui peut imposer sa volonté. Telle est l'idée politique sous-jacente dans la loi de 1930.

7. Comment cette idée devait-elle se traduire d'un point de vue technique ? Plusieurs conceptions du droit des assurances ont pu être suggérées lors des longues réflexions préalables à la loi de 1930 : un premier projet fut proposé par la Commission Lyon-Caen en 1902 et fit l'objet de plusieurs rapports sans jamais arriver devant l'Assemblée, puis une seconde Commission, présidée par Capitant, fut mise en place en 1924 et put s'inspirer des législations étrangères intervenues entretemps (notamment les lois suisses et allemandes de 1908)¹⁸. Or, l'une des différences

de philosophie entre ces offres de loi tenait précisément au formalisme¹⁹.

En effet, le projet Lyon-Caen avait privilégié une approche formaliste du contrat d'assurance : il était exigé des clauses de nullité ou de déchéance (autres que celles expressément prévues par la loi) qu'elles fussent manuscrites. Au contraire, Capitant estimait qu'une telle exigence, quoique très efficace pour attirer l'attention de l'assuré sur les clauses reproduites, était excessive en ce qu'elle conduisait à exiger la rédaction manuscrite de la quasi-totalité de la police. C'est pourquoi son projet, qui l'a finalement emporté, optait plutôt pour une réglementation précise du contrat, en précisant les clauses admises et en interdisant d'autres.

Il y avait bien deux philosophies distinctes : l'une dans laquelle la loi joue un rôle essentiellement supplétif, ce qui est contrebalancé par un formalisme accru ; l'autre dans laquelle les textes sont impératifs, ce qui suffit à protéger les assurés et permet de se contenter du consensualisme. En cela, la seconde conception peut sembler plus conforme à l'esprit du droit des contrats, puisqu'elle permet aux parties de le conclure rapidement, sans nécessité de tout rédiger précisément dans la police. Or, si la loi de 1930 trancha en sa faveur, il semble que la législation ultérieure, notamment consumériste, tendit plutôt à privilégier la première.

B. Les tendances contemporaines

8. La situation de faiblesse du souscripteur, identifiée en 1930, n'est pas sans rappeler celle du consommateur. Certains auteurs estiment ainsi, quitte à user de l'anachronisme, que la loi de 1930 tendait à « protéger les consommateurs d'assurance »²⁰, ce qui a pu servir de source d'inspiration pour le législateur en droit de la consom-

16. H. Capitant, « La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance », *RGAT* 1930, 739, n° 1, spéc. p. 140-142.

17. La notion de grand risque (art. L. 111-6 du C. assur. : en sont, par ex., les assurances sur corps ou sur facultés en matière de transport, ainsi que celles souscrites par des personnes ayant une activité importante) permet d'appliquer un régime plus libéral : libre choix de la loi applicable ou de la langue du contrat, dispense de remise de certains documents précontractuels, etc.

18. Sur cette genèse, H. Capitant, « La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance », préc., n° 1.

19. Sur cette question, v. D. Deroussin, « Henri Capitant et le droit des assurances », *RHFD* 2018, p. 297 et s., spéc. p. 329 et la note 146.

20. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, n° 346.

mation²¹. Mais le droit des assurances, en avance sur son temps, semble désormais en retard²².

Il n'est donc guère étonnant de constater un « mouvement de balancier »²³ et une application de la législation consumériste au contrat d'assurance : lorsque le souscripteur est un consommateur ou un non-professionnel, il faut appliquer la règle d'interprétation *in favorem*²⁴ et lutter contre les clauses abusives²⁵. En effet, dès lors que le droit contractuel de la consommation peut être rattaché au droit commun des contrats²⁶, il ne faut pas voir dans les rapports entre droits des assurances et de la consommation un conflit de droits spéciaux, mais bien un rapport de spécial à général, qui doit conduire à l'application du second lorsque le premier est silencieux²⁷. C'est que le critère du droit de la consommation tient à ses sujets²⁸ (d'où son domaine général), tandis que celui du droit des assurances se niche dans son objet.

Ce retour du bâton consumériste va même plus loin. En effet, on a le sentiment que l'esprit consumériste irrigue de plus en plus le régime du contrat d'assurance²⁹. Parfois, les textes protègent tous les souscripteurs, qui sont supposés

être en position de faiblesse³⁰. D'autres règles visent à protéger spécialement les souscripteurs personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle³¹, donc des consommateurs. Certains se demandent d'ailleurs s'il ne faudrait pas repenser le Code des assurances pour distinguer selon que le souscripteur mérite ou non une protection particulière, en se fondant sur la notion de grand risque³².

9. Le formalisme pourrait *a priori* sembler être un élément d'apaisement, car partagé, de ces relations tumultueuses entre droits des assurances et de la consommation. Il n'en est rien : à la différence du choix fait par le législateur de 1930 de privilégier une approche du contrat d'assurance fondée sur le consensualisme, la législation consumériste, au contraire, (ab)use du formalisme informatif.

À cet égard, il ne faut pas se tromper : si le droit des assurances a la « fibre consumériste »³³, les philosophies et méthodes sont très différentes. Certes, la conclusion du contrat d'assurance donne lieu à l'échange d'une ribambelle de documents : la fiche d'information sur les

21. H. Groutel et alii, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n° 209.

22. V. par ex. la prescription biennale de l'art. L. 114-1 du C. assur., qui, moins protectrice que la règle asymétrique de l'art. L. 218-2 du C. consom., a pourtant été jugée conforme au principe d'égalité (Cons. const., 17 déc. 2021, n° 2021-957 QPC : JCP G 14 févr. 2022, n° 6, 218, note A. Touzain).

23. V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, n° 117.

24. Art. L. 211-1 du C. consom. V. par ex. Civ. 2^e, 8 mars 2018, n° 17-10.030.

25. Art. L. 212-1 du C. consom. Sur l'applicabilité du texte au contrat d'assurance, v. C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, n° 123. Adde les nombreuses recommandations de la commission des clauses abusives en matière d'assurance analysées in Y. Lambert-Faivre et L. Leveueur, *Droit des assurances*, op. cit., n° 167 et s.

26. V. par ex. J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, 239; contra, D. Bureau, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.* 1994, 291, spéc. n° 26 et s., ou P. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, 705. Pour une présentation de ce débat : N. Sauphanor-Brouillaud et alii, *Les contrats de consommation, Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018, n° 1.

27. Cette articulation nous a été enseignée par L. Leveueur dans son cours de Master 2 de « Droit approfondi du contrat d'assurance » (2012-2013) et se confirme à l'étude des interférences, déjà envisagées, approfondies dans son Précis (Y. Lambert-Faivre et L. Leveueur, *Droit des assurances*, op. cit., n° 167 et s.).

28. J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, 3^e éd., Dalloz, 2021, n° 1.

29. Sans compter l'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats, ce dont témoigne la consécration de la notion de contrat d'adhésion dans le Code civil, qui conduit à une généralisation de certains dispositifs consuméristes (notamment la lutte contre les clauses abusives dans l'art. 1170, ou l'interprétation *in favorem* de l'art. 1190), ce qui pourrait offrir un fondement pour les contrats d'assurance conclus par des non-consommateurs (à supposer évidemment que le contrat d'assurance ne soit pas négocié).

30. On peut songer à l'instauration, par la loi du 31 déc. 1989, du questionnaire fermé en matière de déclaration de risque (art. L. 113-2 du C. assur.).

31. V. par ex. les règles sur l'étendue dans le temps de la garantie en responsabilité civile (art. L. 124-5 du C. assur.), sur la tacite reconduction (art. L. 113-15-1) ou la résiliation périodique, qui visent les particuliers (art. L. 113-12).

32. J. Bigot, « Pour une modernisation du code des assurances », *JCP* 2011, 1370. Cela supposerait d'aller au-delà du régime, finalement assez limité, applicable aux grands risques (v. *supra* note 17).

33. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., n° 346.

prix et garanties³⁴, la notice d'information sur les obligations attendues de l'assuré³⁵, la proposition d'assurance qui fait office d'offre de contracter formulée par le souscripteur³⁶, la note de couverture qui est un engagement temporaire signé par l'assureur en attendant le document définitif³⁷, la police d'assurance qui correspond au contrat lui-même et doit être écrite³⁸, ou encore l'attestation d'assurance qui est une affirmation par l'assureur de l'existence d'une couverture. Certes, ces documents ont pour finalité la transmission de diverses informations au souscripteur, quant au service fourni et aux obligations qui sont attendues de lui, cette connaissance étant renforcée par les diverses obligations d'information, de mise en garde et de conseil qui pèsent sur les intermédiaires d'assurance. Ce formalisme (pour ne pas parler de formalités) n'est pourtant généralement pas sanctionné : c'est là une différence importante avec le formalisme informatif, dont l'absence entraîne la nullité du contrat.

Cette différence d'approche n'est-elle pas révélatrice d'une différence entre la souscription d'une assurance et la conclusion d'un contrat de consommation ? La conclusion du contrat d'assurance ne consiste pas en une recherche d'agrément, mais en une réaction à la crainte de subir un sinistre³⁹ : dès lors, le droit ne doit pas protéger le souscripteur contre le contrat lui-même, mais à l'égard des clauses qui permettraient à l'assureur de se défilier. À l'inverse, le consommateur est, le plus souvent, guidé par un autre sentiment, de désir, qui peut le conduire à s'engager de façon irréfléchie et au-delà de ses moyens : le droit de la consommation tend donc plutôt à encadrer l'acte même de consommation, d'où le recours à des délais de réflexion, à un encadre-

ment de la publicité, etc. Certains outils peuvent être communs à ces finalités différentes : l'information permet au souscripteur de savoir si le contrat le couvrira réellement, tout comme elle permet au consommateur de réfléchir à la pertinence de son engagement. D'autres doivent être différents, ce dont témoigne la divergence de conceptions quant au formalisme.

II. Le contenu

10. Le formalisme est très présent en droit des assurances, concernant à la fois la police et ses stipulations. Il semble néanmoins que sa logique soit distincte dans les deux cas, d'où la nécessité de distinguer le contrat (A) et ses clauses (B).

A. Le contrat

11. Le formalisme du contrat découle de l'article L. 112-3, alinéa 1^{er}, du Code des assurances, qui exige du contrat d'assurance qu'il soit rédigé « par écrit ». Pourtant, ce texte ne fait pas du contrat d'assurance un contrat solennel : il s'agit seulement de faire échec au principe de liberté probatoire pour les écrits portant sur une somme ou une valeur excédant 1 500 euros⁴⁰, notamment pour écarter le jeu de la preuve testimoniale. Cela a été nettement affirmé en jurisprudence : « si le contrat d'assurance doit, dans un but probatoire, être signé par les parties, il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré »⁴¹ ; « si le contrat d'assurance constitue un contrat consensuel parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré, sa preuve est subordonnée à la rédaction d'un écrit »⁴².

34. Art. L. 112-2, al. 1^{er}, du C. assur. La non-fourniture du document n'est pas sanctionnée.

35. Art. L. 112-2, al. 2 et R. 112-3 du C. assur. Elle doit être datée et signée du souscripteur, mais là encore, il n'y a pas de sanction (comp. art. L. 111-1 du C. consom.).

36. Art. L. 112-2, al. 6, du C. assur. La proposition comprend généralement le questionnaire ou le formulaire de déclaration de risque (art. L. 113-2).

37. Art. L. 112-3, al. 6, du C. assur.

38. Art. L. 112-4 du C. assur.

39. On pourrait aussi envisager l'« espoir » de subir le sinistre, qui paraît plus correctement décrire le sentiment à l'œuvre dans certains contrats d'assurance, notamment en assurance-vie (dont la qualification assurantielle, quoi qu'en disent les célèbres arrêts Ch. mixte, 23 nov. 2004, *Davant, Wangermee, Crédit foncier de France et Coulon*, *GAC*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 133, est discutable). Sur cette idée (nuancée) de transfert de la crainte ou de l'espoir, v. B. Demont, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2012, n° 9.

40. Art. 1359 du C. civ. Sur ce rôle probatoire du formalisme, v. H. Capitant, « La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance », préc., spéc. n° 13.

41. Civ. 1^{re}, 2 juill. 1991, n° 90-12.644.

42. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1995, n° 93-14.546 ; v. aussi Civ. 2^e, 8 juin 2017, n° 16-17.204.

Quelle est la portée de cette exception au principe de liberté de la preuve ? Cet article pose-t-il une exception au seul article 1359 du Code civil, ou bien faut-il considérer que s'y referme l'entière du droit de la preuve en matière de contrat d'assurance ? Puisque l'antinomie – condition nécessaire d'application de la règle *specialia generalibus derogant* – n'existe qu'avec ce texte, il faut considérer que les autres textes de droit commun de la preuve s'appliquent. La jurisprudence en a décidé ainsi à propos de l'admission du commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve⁴³, mais également quant au jeu de l'aveu judiciaire⁴⁴, tous deux permis par l'article 1361. Il faut considérer qu'il doit en aller de même pour le jeu de l'article 1360, qui prévoit une exception à l'exigence d'écrit « en cas d'impossibilité matérielle ou morale » ; l'enjeu est néanmoins plus mince, puisque l'impossibilité morale comme l'usage sont invisibles, et que l'impossibilité matérielle paraît assez improbable⁴⁵. En somme, le contrat d'assurance se prouve par écrit⁴⁶, avec les suppléances et exceptions prévues par le Code civil.

Quant à sa portée matérielle, l'article L. 112-3 s'applique-t-il seulement à la formation initiale du contrat ou concerne-t-il également les avenants ? La jurisprudence distingue : lorsque l'assureur sollicite une réduction de garantie, la signature du souscripteur est exigée *ad validitatem*⁴⁷, tandis que lorsque la modification est demandée par le souscripteur, sa signature n'est qu'une condition probatoire⁴⁸, ce qui permet de laisser une place à la reconduction tacite du

contrat d'assurance⁴⁹. C'est dire que souscripteur et assureur ne sont alors pas égaux devant le formalisme, ce qui rappelle l'asymétrie du droit de la consommation.

12. Ce dernier exemple conduit à s'interroger sur l'esprit du formalisme assurantiel : est-il similaire à celui consumériste ? *A priori*, il semble se couler plus aisément dans le moule du droit civil. C'est que la nature consensuelle du contrat d'assurance est essentielle : elle permet d'admettre la conclusion tacite du contrat⁵⁰ et limite les hypothèses de nullité, qui sont souvent désastreuses pour l'assuré. La jurisprudence a ainsi pu considérer que l'absence d'envoi des conditions générales et particulières au souscripteur n'est pas sanctionnée par la nullité, mais par l'inopposabilité des clauses qui y sont stipulées⁵¹. L'idée est simple : c'est à l'assureur, en position de force, qu'incombe la vérification du formalisme, et l'irrespect de ce dernier ne saurait se retourner contre le souscripteur, qui perdrait le bénéfice de la garantie. La meilleure sanction de l'assureur, ça n'est pas la nullité, mais l'efficacité du contrat !

Néanmoins, faut-il conclure que les exigences assurantielles et consuméristes sont radicalement différentes ? Après tout, la distinction entre les formalismes *ad validitatem* et *ad probationem* n'est-elle pas assez artificielle ? Gény soulignait déjà que « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve que celle-ci en reste la première condition d'efficacité »⁵² : l'adage ne dit pas que c'est la même chose de ne pas être

43. V. par ex. Civ. 1^{re}, 14 mars 2000, n° 97-19.713. *Contra*, Civ. 2^e, 16 avr. 2015, n° 14-11.397.

44. Ainsi, lorsque l'assureur invoque les limites de la garantie en produisant les conditions particulières du contrat, ce qui équivaut à un aveu de garantie pour le reste (Civ. 2^e, 11 déc. 2014, n° 13-25.343), ou lorsque l'assuré prétend ne pas avoir souscrit le contrat devant la Cour de cassation, alors qu'il s'en était prévalu devant les juges du fond (Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 02-13.076).

45. En effet, même lorsque le contrat doit être conclu urgemment (par ex. pour le lancement d'une activité ou pour une assurance voyage souscrite en dernière minute), cela se fait généralement en ligne, de manière quasi instantanée, l'exigence d'écrit étant alors remplie.

46. Qu'il s'agisse d'un écrit papier ou électronique, sous signature privée ou authentique, d'une copie, etc. Pour le détail de la jurisprudence, v. J. Kullmann (dir.), *Le Lamy Assurances 2023*, Wolters Kluwer, 2022, n° 538 et s.

47. V. par ex. Civ. 2^e, 21 avril 2005, n° 03-19.697, *Bull. civ.* II, n° 107.

48. V. par ex. Civ. 2^e, 18 févr. 2010, n° 09-10.478.

49. Qui n'est pas sans poser de difficultés, sur lesquelles v. F. Leduc, « La formation tacite du contrat d'assurance », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 193 et s.

50. Ainsi, le seul fait pour l'assureur d'envoyer la police pour signature au souscripteur (Civ. 1^{re}, 28 févr. 1989, n° 87-12.005), la demande de paiement de la prime (Civ. 1^{re}, 6 janv. 1993, n° 91-12.748) ou encore l'encaissement de la prime – sous réserve de proposition d'assurance – (Civ. 2^e, 4 nov. 2010, n° 09-16.702) suffit à démontrer la volonté de l'assureur de s'engager.

51. Par ex., si les conditions générales et les conditions particulières n'ont pas été envoyées par l'assureur au souscripteur, il ne faut pas considérer que le contrat d'assurance est nul, mais simplement que les clauses qui y sont présentes lui sont inopposables (Civ. 3^e, 20 avr. 2017, n° 16-10.696).

52. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 2^e éd., 1925, n° 205.

ou de ne pas être prouvé (*idem est non esse aut non probari*) ? Dès lors, ne faut-il pas considérer qu'il n'y a que des degrés d'une notion unique de formalisme, posant une exigence en l'absence de laquelle l'acte est frappé d'une « inefficacité juridique à un degré quelconque »⁵³ ?

Pourtant, si les deux formalismes sont difficiles à distinguer théoriquement, le maintien de la dichotomie peut sembler opportun, dans une logique de protection du souscripteur. Il suffit de songer à la pratique des clauses dérogeant au consensualisme, en subordonnant la formation du contrat à la signature de la police (en faisant un contrat solennel) ou au versement de la première prime (en faisant un contrat réel) : de telles clauses sont-elles valables ? Picard et Besson répondaient positivement, estimant que cela simplifierait la situation et limiterait le contentieux⁵⁴. Au contraire, Groutel⁵⁵ ou Jean Bigot⁵⁶ ont pu considérer que l'admission d'une telle pratique pourrait créer de l'insécurité juridique pour le souscripteur en cas de survenance d'un sinistre entretemps. La jurisprudence est assez incertaine⁵⁷, mais il semble que le principe du consensualisme ne saurait être écarté de la seule volonté de l'assureur, du moins pour ce qui concerne la prise d'effet de la garantie.

En somme, sans tomber dans le formalisme informatif consumériste, sans doute faut-il considérer que le formalisme du contrat d'assurance est certes probatoire, mais asymétrique : à l'instar de celui du cautionnement, qui « a pour finalité la protection de la caution »⁵⁸, celui de l'assurance a pour finalité la protection du souscripteur. On se retrouve alors à mi-chemin entre

le formalisme purement probatoire (fidèle à l'esprit du Code civil) et le formalisme informatif (du droit de la consommation).

B. Les clauses

13. Les clauses correspondent au contenu de la police. Or, *a priori*, la question de leur formalisme se confond avec la précédente : il faut apporter la preuve de la clause par écrit, ce qui conduit à faire supporter le risque de la preuve sur le souscripteur pour ce qui concerne l'étendue de la garantie⁵⁹, et sur l'assureur pour les déchéances et exclusions. Il faut également démontrer le rattachement de la clause au contrat, ce qui suppose de vérifier la nature contractuelle du document discuté⁶⁰, ainsi que son acceptation par le souscripteur⁶¹. Néanmoins, le formalisme des clauses ne s'arrête pas à une simple application du formalisme du contrat.

L'article L. 112-3 du Code des assurances prévoit ainsi que la police doit être rédigée « en caractères apparents » : la seule exigence d'écrit ne suffit pas, il faut encore que les clauses qui composent le contrat soient lisibles. L'idée, en 1930, était de mettre fin à la pratique des caractères si petits que la lecture en était rendue difficile : à cet égard, la loi Godart a été très efficace puisque la pratique a disparu.

Les textes vont plus loin et exigent un formalisme particulier pour certaines clauses, qui doivent être rédigées « en caractères très apparents » : il s'agit des clauses de déchéance, de nullité et d'exclusion⁶² et de celles relatives à la durée du contrat⁶³. Dans les deux cas, il s'agit d'un formalisme *ad validitatem* : sans lui, les

53. *Ibid.*, n° 203.

54. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres*, t. I, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 1982, n° 50, p. 81.

55. H. Groutel et alii, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, n° 372.

56. J. Bigot et alii, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd., LGDJ, 2014, n° 523.

57. Pour l'admission de ce type de clause, v. Civ. 1^{re}, 23 avr. 1985, n° 84-10.732 ; *contra*, v. Civ. 1^{re}, 9 mars 1999, n° 96-20.190. Pour une présentation détaillée de la jurisprudence, v. J. Kullmann (dir.), *Le Lamy Assurances 2023*, *op. cit.*, n° 529.

58. V. par ex. Com., 29 janv. 1991, n° 89-14.162.

59. Le souscripteur doit ainsi prouver non seulement l'existence, mais aussi le contenu du contrat : Civ. 2^e, 13 mai 2004, n° 03-10.964.

60. V. ainsi Civ. 2^e, 3 juill. 2014, n° 13-21.734 : « en l'absence de signature par l'assuré des conditions particulières, celles-ci ne lui étaient pas opposables et seule la proposition d'assurance signée et exécutée par [le souscripteur] faisait la loi des parties ».

61. Si, en principe, l'art. R. 112-3 du C. assur. exige que la remise du document soit antérieure à la conclusion du contrat, la jurisprudence admet qu'une clause limitant le montant de la garantie soit portée à la connaissance de l'assuré *a posteriori* (mais avant le sinistre), sous réserve de démontrer son acceptation (Civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-17.785).

62. Art. L. 112-4, al. 12, du C. assur. L'exigence ne vaut néanmoins que pour les déchéances, nullités et exclusions conventionnelles, non pour celles issues de la loi (Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, n° 89-12.854), solution qui montre à nouveau la différence avec le formalisme consumériste.

63. Art. L. 113-15, al. 1^{er}, du C. assur.

clauses ne sont pas valables, donc (si l'on modernise le vocabulaire) doivent être réputées non écrites. L'idée est simple : il faut que la clause saute aux yeux, grâce à des normes typographiques (caractères gras ou soulignés, changement de taille de la police, changement de style de police, encart, changement de couleur...). L'objectif est d'attirer l'attention du souscripteur sur les vides de garantie, pour lui éviter de souscrire une assurance incomplète sans en avoir conscience : cela est d'autant plus nécessaire en présence d'une police « tous risques sauf » (fréquente en pratique) dans laquelle le domaine réel de la garantie découle surtout des exclusions⁶⁴. On peut néanmoins s'étonner, au regard de l'influence du consumérisme, que cette règle ne soit pas étendue aux exclusions indirectes, qui sont certes formellement des conditions de garantie, mais dont l'objet est de restreindre les hypothèses de couverture⁶⁵.

14. Il faut noter qu'une clause d'exclusion doit également, selon l'article L. 113-1, alinéa 1^{er}, du Code des assurances, être « formelle et limitée ». Or, le premier terme, s'il ne doit pas être entendu dans le sens retenu jusqu'ici dans cet article, est éclairant : il implique que la clause ne soit pas susceptible d'interprétation⁶⁶. Quant au second vocable, il signifie que la clause d'exclusion ne doit pas vider la garantie de sa substance, donc

ne laisser après son application qu'une garantie dérisoire⁶⁷, ce qui rappelle l'article 1170 du Code civil transcrivant la jurisprudence Chrono-post-Faurecia. L'on voit bien la proximité avec le formalisme : l'idée est, ici encore, de protéger le souscripteur en exigeant qu'il puisse avoir une parfaite compréhension de la prestation à laquelle s'engage l'assureur. On a presque le sentiment que ces exigences relèveraient d'un « formalisme substantiel », qui viendrait doubler un pléonastique « formalisme formel ».

Or, cette double exigence fait l'objet d'une grande actualité puisqu'elle est notamment au cœur des contentieux relatifs aux pertes d'exploitation qui ont été causées par les confinements : lorsque le contrat prévoit la couverture en cas de pandémie, mais l'exclut dans l'hypothèse où au moins un autre établissement local est fermé pour une cause identique, l'exclusion est-elle formelle ou bien faut-il interpréter le mot « épidémie » ? De même, exiger de l'épidémie qu'elle soit limitée à un seul établissement, n'est-ce pas vider la garantie de sa substance, et donc méconnaître l'exigence du caractère limité de l'exclusion ? Si la Cour de cassation a validé ces clauses⁶⁸, force est de constater que la solution est difficilement compréhensible pour les assurés, et qu'elle confirme que l'esprit consumériste, s'il irrigue le droit des assurances, ne lui fait pas perdre toute sa spécificité !

64. Ce qui est dangereux pour l'assureur, à la fois d'un point de vue commercial (puisque cela peut être décevant pour l'assuré qui se croyait couvert) et d'un point de vue juridique (dès lors que les clauses d'exclusion peuvent être annulées si elles ne sont pas en caractères très apparents).

65. Sur les difficultés liées à cette distinction des conditions et des exclusions, v. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., n° 134 et s. Pour un ex. récent, v. Civ. 2^e, 15 déc. 2022, n° 20-22.356.

66. V. par ex. Civ. 2^e, 26 nov. 2020, n° 19-16.435.

67. V. par ex. Civ. 2^e, 2 oct. 2008, n° 07-15.810.

68. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 2022, n° 21-19.341, n° 21-19.342, n° 21-19.343 et n° 21-15.392 : *JCP E* 2023, 1020, note A. Touzain.

Dossier

Le formalisme en droit

Faut-il abandonner le formalisme des donations entre vifs ?

Marc Nicod

Professeur à l'Université Toulouse Capitole

Peut-on encore aujourd'hui, en 2023, comprendre quelque chose au formalisme des donations entre vifs ? L'authenticité notariale est-elle, oui ou non, une condition de validité des libéralités de biens présents ?

De prime abord, on peut légitimement hésiter sur la réponse qu'il convient d'apporter à cette double interrogation. D'un côté, l'article 931 du Code civil, inchangé depuis 1804, prévoit que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité »¹. Et la Cour de cassation rappelle, de temps à autre, qu'une donation sous seing privé est fatalement entachée de nullité sur le fondement de ce texte². De l'autre, force est de constater qu'il existe des donations non notariées valides, tels que le don manuel, la donation déguisée ou la donation indirecte. La jurisprudence et même la loi (notamment l'article 265, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui évoque « les donations de biens présents quelle que soit leur forme ») admettent, sans état d'âme, le pluralisme des modes d'extériorisation de la volonté de donner. Dans ces conditions, on ne sait plus

trop si le formalisme notarié est bien la règle, si l'exigence d'un acte authentique en minute a encore un sens...

I. La règle de l'authenticité et ses limites

Pour comprendre la situation actuelle du formalisme des donations, il faut revenir sur la genèse de l'article 931 du Code civil. Cette disposition a une origine historique bien connue ; sa formulation – il est vrai aujourd'hui un peu désuète – résulte de la combinaison des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance de février 1731, que le Chancelier de Louis XV, Henri-François d'Aguesseau, avait consacré aux donations entre vifs³. Mais il convient de remonter plus avant pour en saisir exactement la portée.

Au cours du xvii^e siècle, les parlements d'Ancien Régime ont modifié les conditions de preuve de la donation ; ils ont progressivement imposé le recours à la rédaction d'un acte notarié en minute. De probatoire, l'exigence d'un tel document est devenue au fil du temps une condition de validité de la donation entre vifs. La raison de

-
1. Le texte aurait pourtant mérité un léger toilettage. En effet, la loi du 28 décembre 1966 a permis à la donation notariée d'être reçue par un notaire unique. Le pluriel conservé par l'article 931 du Code civil n'est qu'un reflet du passé.
 2. V. récemment, Civ. 1^{re}, 22 févr. 2017, n° 16-14.351, *RTD civ.* 2017, p. 466, obs. M. Grimaldi ; *Dr. famille* 2017, comm. 104, note M. Nicod.
 3. V. notamment, H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, t. I, *Les donations et l'ordonnance de 1731*, Recueil Sirey, 1929.

cette évolution est à rechercher dans la maxime « Donner et retenir ne vaut ». À défaut de tradition, seule l'écriture publique, grâce au titre non périssable qui en résulte, est à même de priver le donateur du pouvoir de reprendre ce qu'il a donné. L'ordonnance de 1731, puis le Code Napoléon sont venus consacrer cette solution protectrice issue des cours souveraines⁴.

Du fait de cet enracinement probatoire, l'article 931 du Code civil ne vise pas « toutes les donations entre vifs », mais seulement « tous actes portant donation entre vifs ». La distinction est d'importance, car elle permet de comprendre pourquoi notre droit admet l'efficacité de certaines donations non notariées, celles qui se réalisent soit sans écrit (le don manuel), soit accompagnées d'un écrit qui n'affiche pas l'existence de l'acte libéral (la donation déguisée et la donation indirecte). L'interprétation de la formule « tous actes », prise comme visant l'*instrumentum* et non le *negotium*, vient directement du Chancelier d'Aguesseau. Dans une lettre adressée au président du Parlement de Bordeaux, en juin 1731, il indiquait « qu'à l'égard d'un don qui se consumerait sans acte, par tradition réelle d'un meuble ou d'une somme modique, l'article 1^{er} de l'ordonnance ne parlant que des actes portant donation, n'a pas d'application dans ce cas »⁵. L'explication a été reprise au cours des travaux de codification : en 1803, lors de la présentation au Tribunat du titre consacré aux donations entre vifs et aux testaments, le rapporteur Jaubert relevait, à son tour, « que le projet se sert des termes tout acte de donation. Tout

acte... Le projet ne parle pas des dons manuels, et ce n'est pas sans motif. Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autre règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans les cas de droit »⁶. En résumé, le législateur n'a pas eu d'autre dessein, lorsqu'il a obligé les actes de donation à revêtir la forme notariée, que d'affermir l'irrévocabilité du dépouillement du donateur. Or, dans le don manuel, la tradition réelle suffit à remplir cette mission ; il n'y est pas besoin d'un substitut, tel l'acte en minute.

Mais une fois que l'on a limité l'exigence de l'authenticité aux seuls actes instrumentaires, il a bien fallu admettre que les donations tacites, celles qui ne disent pas leur nom, échappent également au formalisme notarié. Les commentateurs de l'ordonnance de 1731 s'étaient déjà prononcés en ce sens. « Il me semble, écrivait Furgole, que l'intention du législateur n'a pas été de supprimer ou d'abroger les donations tacites dans le cas où elles sont présumées, non plus que les quittances ou renonciations qui sont d'écriture privée. Notre texte, par ces mots "tous les actes portant donations entre vifs", fait comprendre qu'il n'entend parler que des donations expresses dont on avait coutume de dresser des actes pour la preuve de la donation »⁷. Dès la période intermédiaire⁸, la Cour de cassation n'a pas hésité à reconnaître la validité des donations indirectes⁹. Seules les donations déguisées, en raison de la simulation qu'elles supposent, ont pendant un temps suscité des réticences¹⁰. Il

4. Spécialement des Parlements du Nord de la France. Par contraste, les Parlements de Bordeaux et de Toulouse estimaient, conformément au droit romain, que « les donations prennent leur force du seul consentement des parties » – Remontrances citées par H. Regnault, *op. cit.*, p. 594.

5. D'Aguesseau, « Lettre du 25 juin 1731 », in *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 12, par J.-M. Pardessus, 1819, p. 312.

6. Séance du 9 floréal an XI (29 avril 1803), in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Paris, 1836, p. 373.

7. J.-B. Furgole, *Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations, avec des observations*, 2^e éd., Toulouse, 1761, obs. sur l'art. 1^{er}, p. 18.

8. C'est-à-dire entre 1789 et 1804.

9. V. par exemple, Req., 13 vendémiaire an XI (5 oct. 1802), *S. chronol.* Pour justifier la solution, Merlin avait expliqué, dans ses conclusions, « que dans tous les cas, il n'avait pas été nécessaire d'employer les formalités prescrites pour les donations, la loi n'exigeant ces formalités que pour les actes qui ont le caractère extérieur et positif d'une donation. Il est possible de renfermer une libéralité sous toutes les formes d'actes, telles que celle de vente, de partage, de transaction : or, le législateur n'a pas voulu que de tels actes fussent assujettis aux formalités des donations et eussent à la fois une double physionomie ».

10. V. sur les hésitations de la jurisprudence, H. Blaise, « La formation au XIX^e siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 92.

fallut attendre 1808 pour que leur validité soit unanimement admise en jurisprudence¹¹.

L'état du droit positif, tel qu'il résulte de l'article 931 du Code civil, peut être synthétisé de la manière suivante :

- tout écrit constatant une donation entre vifs doit être dressé en la forme notariée ;
- la rédaction d'un écrit sous seing privé mentionnant une donation entraîne la nullité de l'opération libérale ;
- en l'absence d'écrit, la donation d'un meuble corporel peut être réalisée par une simple remise manuelle ;
- en l'absence d'un écrit affichant la nature libérale du transfert patrimonial, la donation est valide lorsqu'elle s'appuie sur un mensonge catégorique (donation déguisée) ou repose sur le silence des parties (donation indirecte).

On peut regretter que la loi civile ne soit pas plus ferme en matière de formalisme des donations entre vifs. La tradition historique et la jurisprudence constante des tribunaux cantonnent l'authenticité à un rôle modeste : seul l'écrit qui porte ostensiblement une donation entre vifs doit être passé devant notaire. Dès lors, il est aisé de contourner cette règle de forme, il suffit de ne pas révéler par écrit la nature véritable de l'opération gratuite. On aurait pu imaginer que la Cour régulatrice rompe avec cette lecture traditionnelle de l'article 931 du Code civil et impose, plus largement, le recours à l'acte notarié. *De lege ferenda*, il ne serait pas aberrant de n'autoriser que deux variétés de donations entre vifs : la donation notariée, qui est un contrat solennel, et le don manuel, qui est un contrat réel. Mais nous n'en sommes pas là.

Certes, il arrive que la Cour de cassation fasse preuve d'une rigueur inattendue. Ainsi, en matière de libéralités-partages, elle ne craint pas d'affirmer que « la donation-partage doit être passée devant notaire, à peine de nullité »¹² ou, plus récemment, que « la donation-partage ne peut résulter [...] que d'un acte authen-

tique »¹³. Ce faisant, elle laisse entendre qu'il n'existe pas d'alternative à la forme notariée en matière de donation-partage, alors même que l'article 1075, alinéa 2, du Code civil renvoie, sans plus de précision, « aux formalités [...] prescrites pour les donations entre vifs ». Sans doute cette jurisprudence, qui fait du notaire l'unique maître d'œuvre de la donation-partage, peut s'expliquer par le caractère nécessairement ostensible de l'acte répartiteur. Il n'en reste pas moins, qu'une pluralité de dons manuels, suivie d'un pacte adjoint de partage anticipé, semble possible au regard de l'article 931 du Code civil.

II. La pertinence de l'authenticité notariale

Depuis très longtemps, les bornes imposées au formalisme des donations entre vifs conduisent la doctrine à s'interroger sur le sens et l'opportunité de la règle d'authenticité. La désolennisation croissante des donations est souvent comprise comme une invitation à l'abandon du formalisme. Déjà en 1855, Gabriel Demante suggérait de laisser triompher le consensualisme : « C'est en vain, expliquait-il, que le législateur de 1803 a voulu contrairement à la nature des choses, exiger la forme authentique pour la substance même de la donation. Organisons un bon système de preuves et, mettons la loi en harmonie avec les mœurs, reconnaissons que la volonté libre des parties est pour la donation, comme pour tout contrat, le véritable soutien de leurs opérations »¹⁴. Devant le développement spectaculaire des donations non notariées au cours du xx^e siècle, l'idée n'a pas cessé de progresser. On la retrouve, par exemple, sous la plume de François Géný, qui voyait dans les articles 931 et suivants du Code civil, « un excès d'autoritarisme, qui n'a jamais pu régner sans fissures, et qui, en tout cas, semble incompatible avec le besoin d'indépendance inhérent à la civilisation moderne »¹⁵.

11. Le dernier arrêt de la chambre des requêtes condamnant une donation déguisée date du 24 novembre 1808, *S. chronol.* ; voir encore, Req., 14 nov. 1816, *S. chronol.*, qui admet la nullité, mais pour des raisons purement procédurales : les critiques du pourvoi, mal fondées, ne pouvaient donner lieu à cassation.

12. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999, n° 97-21.953, *JCP N* 2000, p. 1844, note M. Dagot ; *RTD civ.* 2000, p. 884, obs. J. Patarin.

13. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, n° 04-20.029, *RTD civ.* 2007, p. 611, obs. M. Grimaldi ; *D.* 2007, p. 2126, spéc. p. 2135, obs. M. Nicod.

14. G. Demante, « De la loi et de la jurisprudence en matière de donations déguisées », *Recueil de l'Académie de Législation* 1855, t. 4, n° 43, p. 31.

15. F. Géný, *Science et Technique en droit privé positif*, t. 3, Recueil Sirey, 1921, n° 212, p. 155.

Cette tentation d'un glissement du droit des donations entre vifs dans la sphère du consensualisme n'est pas toujours le signe d'une adhésion au mouvement de désolennisation. Chez certains auteurs, elle manifeste, au contraire, leur exaspération devant l'infinie bienveillance des tribunaux. « On en vient à se demander, écrivait par exemple Jean Patarin, s'il ne serait pas plus simple et plus franc d'abandonner un formalisme qu'il est si facile de contourner, quitte à rechercher seulement dans les conditions et les règles de fond l'assurance que le donateur se détermine par une volonté éclairée, réfléchie et libre »¹⁶. Dans le même esprit, le Professeur Bernard Teysié expliquait, en 1989, qu'il « n'est pas sain que subsiste dans les codes une règle constamment bafouée : il faut savoir, un jour, ou se donner les moyens d'en imposer le respect (au risque de déplaire) ou l'adapter à la réalité qu'elle est censée régir... voire l'effacer »¹⁷.

Que la situation actuelle du formalisme des donations entre vifs soit tout à la fois complexe et insatisfaisante, nous en convenons volontiers.

Toutefois, il convient de ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain. L'authenticité de l'écrit portant donation entre vifs n'est pas dépourvue d'utilité ; l'article 931 du Code civil, qui intéresse principalement les donations de biens immobiliers, tend à garantir, à l'égard de tous, la sincérité et la loyauté de la transmission gratuite.

Le formalisme n'est pas un ornement superfluo dont il est indifférent de faire l'économie. Il participe, en droit des libéralités, à un certain équilibre entre le pouvoir de disposition accordé au propriétaire et le respect des droits de ses héritiers légaux. Tout en protégeant la volonté des parties à la donation, spécialement la volonté du donateur, le rite d'écriture notariée permet aussi d'exercer un contrôle social de l'activité libérale et de conserver la mémoire de ce qui a été donné. Ne serait-ce qu'au seul titre de la paix des familles, de la prévention des contentieux successoraux, le formalisme actuel, malgré ses limites, nous paraît nettement préférable au consensualisme.

16. J. Patarin, obs. sous Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, *RTD civ.* 1988, p. 385.

17. B. Teysié, Préface de la thèse de J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, LGDJ, coll. Bibl. dr. pr., 1989, p. XIII.

Perspectives

Droit international public

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

Droit international public : bilan prospectif

Jean-Marc Sorel p. 144

Le droit international dans « son infinie résilience »

Gérard Cahin p. 148

Le droit international public dans son insoutenable irréductibilité

Franck Latty p. 161

Le droit international public à l'épreuve de la privatisation

Nathalie Ros p. 166

Les juridictions économiques internationales : passé, présent, futur ?

Claire Crépet Daigremont p. 175

Le droit international, bilan critique et perspectives

Monique Chemillier-Gendreau p. 179

Perspectives

Droit international public

Droit international public : bilan prospectif

Jean-Marc Sorel

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Président de la Société française pour le droit international
(SFDI)

Dresser un bilan prospectif (au surplus dans un format court), est toujours un défi stimulant. Il faut, en effet, à la fois regarder en arrière pour constater ce qui a été fait – ou pas fait –, mais aussi partir de ce bilan pour essayer d'envisager l'avenir, sans oublier que nous sommes dans un présent qui s'ajoutera bientôt au bilan. Or, le présent offre un horizon peu engageant. La guerre en Ukraine, bien sûr, mais aussi le constat que ses ramifications en termes d'alliances ou de répercussions humaines et économiques, créent une dilution peu propice à l'optimisme.

Comme dans d'autres champs juridiques, le droit international a épousé au cours des siècles des postures différentes. Les modèles westphalien et onusien sont-ils aujourd'hui dépassés ? Sommes-nous face à un nouveau modèle ? Une réponse affirmative serait péremptoire car nous sommes confrontés à une forme d'archéologie où aucune couche ne disparaît. On résume en effet souvent le droit international par la succession de ces deux modèles, symbolisant la phase d'inter-étatisme à laquelle aurait succédé la phase incluant les organisations internationales dans le schéma d'ensemble. Ceci était et reste quelque peu illusoire, car le modèle onusien n'a pas fait disparaître les États, et il faudrait sans doute le qualifier de « westphalo-onusien ». Mais ceci serait toujours erroné car la multiplication des acteurs et sujets – notamment par l'évolution de la place des personnes privées,

individus ou entités – et une certaine dilution des sources et des normes ont fait évoluer ce modèle. On peut adjoindre parmi les acteurs de multiples organismes inclassables et souvent souples mêlant acteurs publics et privés, des réseaux, ou la galaxie des ONG et de la société civile (cette dernière expression se doublant du confort de contours peu définis). On peut aussi constater, d'un point de vue normatif, et dans de nombreux domaines, que l'on incite à la conformité, au respect du droit, plus qu'on ne l'impose, avec les bienfaits et les limites inhérents à la simple « incitation ». Ceci est rendu nécessaire par l'évolution des modes de relations sociales, que ce soit dans le domaine économique ou technologique. Évolutions incontestables que l'on peut résumer à grands traits grossiers comme étant les caractéristiques du début du ^{xxi}^e siècle : un certain déclin du volontarisme, une multiplication des acteurs et des juridictions, une globalisation (juridique) et une mondialisation (économique). Si l'on veut éviter les mots saturés de sens comme « global » ou « mondial », il faudrait pour le moins trouver un autre nom à la confusion des genres émergeant de ce modèle.

Ceci étant, si les ruptures épistémiques correspondaient à des moments précis – les traités de Westphalie de 1648 ou la naissance des Nations Unies en 1945 –, rien de tel aujourd'hui. Le schéma reste celui de 1945, notamment en matière de sécurité, même si on le sent désuet,

dépassé, inondé par des pressions multiples, mais on s’y accroche, faute de mieux sans doute.

Mais il ne s’agit que d’infléchissements, même s’ils sont importants car, justement, les fondamentaux persistent et il serait parfaitement erroné de considérer les États comme des entités de l’ordre du passé. Il est préférable de noter une certaine modernité qui a trop longtemps été masquée par la perversion d’une vision absolutiste de l’État. L’indépendance d’un État s’est toujours heurtée à l’indépendance des autres États, mais, en évoluant, le droit international a aussi été le cadre de l’interdépendance des États, autrement dit le moyen pour eux de dialoguer et de s’entendre à travers des normes juridiques. Il en résulte une sorte de mouvement dialectique encore bien présent entre le désir d’affirmer toujours plus son indépendance souveraine – dont le droit international est le garant à travers le principe de l’égalité souveraine des États affirmé par la Charte des Nations Unies – et le mouvement qui oblige à enregistrer les interdépendances – dont le droit international est le moyen, l’instrument. Garant et instrument donc, et la compatibilité entre les deux fait à la fois la richesse du droit international, mais révèle aussi ses difficultés. Il ne s’agit pas du schéma d’aboutissement du droit international (si jamais un aboutissement est souhaitable), mais la multiplication des acteurs – qui deviennent parfois des sujets – et le brouillage de plus en plus prégnant entre l’international et l’interne sont des phénomènes à la fois évidents et difficiles à décrypter juridiquement, d’autant que le mouvement n’est pas linéaire. Si l’humain (ré)apparaît dans le schéma d’ensemble, c’est à la fois pour le meilleur et pour le pire, et si la juridictionnalisation a pu créer des espoirs à la fin du xx^e siècle, elle semble aujourd’hui atteindre un palier. Certains catégorisent à l’infini dans des typologies souvent stériles mais qui rassurent, d’autres y voient le signe d’une disparition de l’originalité du droit international. Rien de tel. Pas de révolution, mais une incontestable évolution qui ne gomme pas les piliers sur lesquels repose le droit international depuis la Seconde Guerre mondiale : le système de sécurité collective, le multilatéralisme et la protection des droits de la personne humaine.

La difficulté est que les progrès sont toujours éphémères et ne se présentent pas comme un *continuum* vers un meilleur respect du droit international. Le recours à la force persiste en dehors

de la Charte des Nations Unies, les violations du droit humanitaire et des droits de l’homme perdurent en dépit de progrès, la mondialisation creuse les inégalités plus qu’elle ne les compense, de nouveaux fléaux surgissent comme la récente pandémie, et le climat est devenu une préoccupation de plus en plus partagée. Tout ceci doit être géré simultanément et – *a priori* – communément. Voilà pour le rapide bilan que l’on pourrait qualifier de matériel et normatif. Mais, au-delà, il plane sur le droit international des constantes qui rentrent dans ce bilan, même si elles sont moins souvent évoquées, parce que plus diffuses et psychologiques.

Tout d’abord, le droit international semble toujours souffrir d’un déficit de crédibilité. Les raisons en sont multiples. D’une part, on lui impute souvent d’être en crise. La crise du droit international agitée comme un *leitmotiv* serait en quelque sorte une crise éternelle. Sommes-nous en crise ? Oui, sans doute, mais la vraie question est : quand ne sommes-nous pas en crise ? Nous serions en crise à chaque fois que la situation internationale se présente comme une violation du droit international. La guerre en Ukraine fait incontestablement partie de ce spectre. Mais ceci était déjà vrai lors de l’intervention des États-Unis (et de certains autres) en Irak en 2003, ou à d’autres moments de l’histoire récente. En réalité, il existe une confusion souvent entretenue (et parfois même par les spécialistes de la matière) entre une crise politique et une crise du droit censé encadrer ce domaine, un peu comme si chaque excès de pouvoir en droit administratif devait aboutir à une crise du droit administratif, même si nous convenons bien évidemment que les conséquences sont incomparables.

D’autre part, sans doute le droit international souffre-t-il paradoxalement et simultanément de la trop grande croyance dans la carapace qu’on lui prête. Il existe vis-à-vis du droit international une forme incantatoire qu’on ne retrouve guère dans d’autres branches du droit de cette manière. On invoque « le respect du droit international », on déplore « sa violation flagrante » (entre autres pour le conflit en Ukraine), on implore « sa protection ». On lui accorde les qualités d’un rempart qu’il n’est pas car, comme toute matière juridique, il est soumis à la variabilité de son respect en fonction de certaines circonstances. Qu’à cela ne tienne, il faut se sentir responsable de la trop grande confiance qu’on met en lui et,

bien souvent, en justifier les déviations, notamment auprès des étudiants. La doctrine – que l’universitaire représente – n’est pas la bouche de la « loi », ni de celle du droit. Elle est simplement l’expression d’une matière qu’il est donné d’enseigner et sur laquelle on réfléchit. Mais, même à son corps défendant, l’universitaire reste pour les regards externes le représentant de cette matière. Ce qui rejoint la personnification. En effet, la personnification d’un droit qui, comme tout droit, n’est que la résultante d’un rapport de force, se révèle souvent décevante. Il jouirait d’une forme d’autonomie par la magie de la narration. « Le droit international doit empêcher telle chose, promouvoir telle autre, combattre les violations des droits de l’homme... ». C’est sans doute le côté performatif du langage du droit international. Nous sommes dans un exercice d’anthropomorphisme qui donne chair à une matière inerte et la dote d’une volonté propre. Or, là aussi, comme toute branche du droit, il n’est qu’un objet aux mains de ceux qui le créent, l’interprètent et l’appliquent.

Tout dépend également de la manière dont on explique le droit international à travers le monde. *A priori*, c’est un champ juridique dont les sources et les normes produites sont, *ab initio*, les mêmes pour tous les sujets de droit international, et notamment tous les États à travers le monde. Mais la réalité, souvent oubliée, est qu’on ne « raconte » pas ces sources et normes identiques de la même manière. On peut estimer que la Convention de Vienne sur le droit des traités (exemple parmi beaucoup d’autres) est la même pour tous, c’est un fait objectif. Cela devient en revanche subjectif lorsqu’il s’agit, par exemple, d’expliquer la clause de changement fondamental de circonstances selon ce qu’on considère comme « fondamental », au-delà des exemples concrets ; les vices du consentement ou les cas de nullité, quand ce n’est pas la valeur de la norme impérative qui est discutée, et l’on sait les désaccords sur cet aspect. Chacun possède donc sa manière de « raconter » le droit international à travers un construit académique, donc une représentation du droit. On lui donne corps, chacun à sa manière, pour lui attribuer une certaine identité qui n’est jamais axiologiquement neutre.

Le temps du rêve semble passé, alors que celui de la technique a depuis longtemps émergé, créant une hyper-spécialisation souvent éloi-

gnée d’une réflexion générale. Chacun pense que « son » droit particulier est différent des sources et normes générales en droit international, ceci étant particulièrement reflété par les sujets de thèses qui épousent les préoccupations du moment. Avec parfois un peu de déception, on se rend compte que le domaine spécifique envisagé – en suivant la courbe des sujets prisés ces dernières années, on peut citer le droit du commerce international, le droit international pénal ou, plus récemment, le droit international de l’environnement – réintègre un schéma classique en droit international. Les invariants perdurent et seule la manière de les agréger diffère, quel que soit l’effet trompeur impliqué par l’étude d’un domaine particulier du droit international. Or, réfléchir à la structuration générale de ce droit, à son rôle, à ses fonctions et à sa place dans l’agencement entre les sujets reste indispensable, non pour en faire un monde de rêves ou de ce qui *devrait être*, mais pour rendre mieux compte de ce *qui est*.

Il reste également la difficulté épistémologique de passer de la pyramide au réseau pour emprunter au titre d’un ouvrage célèbre, autrement dit la difficulté à penser autrement le droit (notamment pour les étudiants, mais pas seulement). C’est peut-être l’écueil majeur et il n’est pas récent. Quoi qu’on en dise, le droit international amène à envisager différemment l’outil juridique à disposition des acteurs. La hiérarchie s’estompe (ou se révèle parcellaire), l’obligation est plus souvent diluée que dans d’autres domaines juridiques, la sanction se recroqueville parfois dans les interstices du droit, et nous sommes donc confrontés à une autre manière d’envisager le droit, en assumant que certains peuvent penser qu’il ne s’agit en réalité pas de droit, mais d’une simple relation politique matiniée d’un vernis juridique.

Au-delà du bilan matériel et d’éléments plus théoriques, il faudrait envisager l’aspect « prospectif » de ce bilan. Soyons honnête et modeste : s’il s’agit simplement de projeter les lignes actuelles vers l’avenir, ceci est périlleux mais à la portée de tous ; s’il s’agit d’imaginer les formes de l’avenir, ceci est hors de nos compétences. On peut certes souhaiter enfin une réforme de la composition du Conseil de sécurité (souhait qui existe pour beaucoup depuis des décennies), mettre fin à de nombreuses formes d’impunité, infléchir des immunités inadap-

à notre temps, ou tout autre réforme (elles seraient nombreuses) ou évolution (qui restent incertaines) qui permettrait un « mieux vivre »

international, mais rien ne garantit à l'heure actuelle leur réalisation.

Perspectives

Droit international public

Le droit international dans « son infinie résilience »

Gérard Cahin

Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le titre de ma contribution intriguera la plupart des lecteurs de la *Revue de droit d'Assas*, plus accoutumés aux multiples déclinaisons d'autres branches du droit qu'à celles du droit international, assez rares dans ces pages... Ce titre démarque celui du célèbre et dernier article de Richard R. Baxter, *International Law in "Her Infinite Variety"*, dans lequel le grand juriste américain analysait, il y a plus de quarante ans, la diversification croissante des formes de normativité internationale (*the infinite variety of ways in which legal norms may reflect different intensities of agreement*), alors objet d'intenses débats doctrinaux¹. Ce n'est pas sans hésitation que j'ai choisi de substituer à la neutre « variété », la très *fashionable* résilience.

Utilisée d'abord en physique pour désigner l'aptitude d'un corps, le *Titanic* servit d'exemple, à résister à un choc et à retrouver sa forme initiale (*resiliolire*, sauter en arrière, rebondir/*rebound*), la notion a été popularisée par les médias américains après les attentats du 11 septembre 2001 puis le passage du cyclone *Katrina* à la Nouvelle-Orléans pour valoriser la capacité du peuple à se reconstruire et ressortir plus fort de la tragédie, et ailleurs par Boris Cyrulnik, pour décrire celle des enfants à vivre avec un passé traumatique. Elle a depuis gagné tous les domaines des sciences sociales et humaines, en particulier les

sciences du risque ou cindyniques et l'écologie, et envahi le vocabulaire médiatique qui en a fait un mot-valise, pour tout dire un *buzzword*.

Son interdisciplinarité nourrit d'amples débats, s'agissant de sa définition, sa pertinence heuristique et opérationnelle et sa fonction idéologique, si l'on y voit une injonction insidieuse à l'acceptabilité sociale de nouvelles contraintes, le nom aseptisé de la flexibilité et de la résignation promues par le néo-libéralisme, un attirail de la psychologie positive qui fait du bonheur un but accessible à tous². La résilience est pour certains un processus et un état : l'état, signifié par l'adjectif résilient et constaté *a posteriori*, qu'une personne ou un système a su se maintenir malgré un choc ou une pression extérieure et dépasser la crise qui en résulte, appelant alors l'explication du processus qui l'a produit. Pour d'autres, elle est une propriété, une qualité, une capacité qui se manifeste au moment du choc mais présente antérieurement, conduisant cette fois à déterminer si cette propriété résulte de facteurs intrinsèques à la personne ou au système, ou de la qualité de ses liens et de ses interactions avec son environnement. Mais l'aspect le plus intéressant de ces controverses tient aux deux acceptions qui s'en disputent la maîtrise, selon que la résilience est conçue en termes de *résistance* au choc ou à l'adversité, impliquant une

1. R.R. Baxter, « International Law in "Her Infinite Variety" », *JCLQ* 1980, p. 549.

2. Pour une présentation synthétique, B. Michallet, « Résilience : perspective historique, défis théoriques et enjeux cliniques », *Frontières* 2009, p. 10; V. Lippé et P. Bourbeau, « La résilience : de la théorie néolibérale à l'indépendance du concept », *Rev. internat. strat.* 2020, p. 146.

opposition rigide ou un changement temporaire avant retour à la normale, ou d'*adaptation* à ceux-là, avec la souplesse suffisante pour les supporter et les absorber afin de préserver et renforcer la personne ou le système.

C'est bien dans l'un et l'autre sens selon les cas que le mot, sinon le concept, se glisse aujourd'hui, avec un bonheur inégal, dans le vocabulaire des politistes³ et celui des juristes, jusqu'au discours du droit lui-même⁴. Dans la mesure où chaque champ disciplinaire le définit pour son propre usage, rien n'interdit *a priori* de l'appliquer à un système juridique, ici international, confronté depuis la fin du siècle précédent, mais spectaculairement ces dix dernières années, à la conjugaison de phénomènes et événements appréhendés dans l'habituel registre de la crise. Or précisément : difficile à identifier dans sa consistance, son intensité et sa temporalité, définie par un changement ou une rupture brutale et spectaculaire de l'ordre établi, une dégradation soudaine et une perturbation de la normalité ou de la régularité sans le plus souvent prendre en considération les états intermédiaires et les évolutions graduelles, la crise est le lot commun du droit international, son élément naturel, alimentant régulièrement les réflexions doctrinales. Se prêtant à toute récupération politique, son récit permet aux juristes d'affirmer leur légitimité à être les ingénieurs, ou les managers, de la résolution de la « crise » ; c'est d'autant plus le cas à l'époque contemporaine où, ayant cessé d'être ponctuelle ou périodique pour devenir permanente, *la* crise a remplacé *les* crises, ouvrant une situation de totale incertitude qui ne s'inscrit plus avec autant d'évidence qu'auparavant dans l'horizon d'un « après-crise »⁵. Sans valeur heuristique ajoutée pour évaluer l'effet de ses occurrences, en d'autres termes la répercussion d'une crise internationale, dans tel ou tel domaine

du droit international, elle peut sans dommage céder la place à la notion de résilience, dans un contexte historique où l'efficacité et la raison d'être de ses règles et de ses institutions sont de plus en plus mises en cause.

On en prendra la mesure à l'aune de quatre événements ou phénomènes choisis parmi d'autres, très différents mais non sans liens entre eux et d'une brûlante actualité : le choc de la pandémie de Covid-19 (I), la nuisance populiste (II), le retour de la guerre de conquête (III) et l'épreuve de la mondialisation (IV).

I. Le choc pandémique

A. Tragédie mondiale humaine, économique et sociale, la pandémie de Covid-19 a profondément déstabilisé les relations juridiques internationales, à raison de l'extraordinaire ampleur des mesures sanitaires d'urgence adoptées à des rythmes différents et sans grande coordination par une centaine d'États : destinées à empêcher la circulation du virus SARS-CoV-2 *via* celle des personnes et des biens, elles ont conduit leurs auteurs à invoquer nombre de restrictions, exceptions et dérogations aux régimes juridiques en vigueur dans quasiment tous les domaines du droit international⁶.

Sur fond de courses nationales frénétiques pour la conquête de doses de vaccin avant même leur mise au point et leur production, la mise en place de confinements ou de couvre-feux, l'interdiction de manifester, la fermeture des écoles, maisons de retraite ou lieux de cultes ont altéré à des degrés divers des pans entiers du droit international des droits de l'homme, au premier chef la liberté de circuler librement sur le territoire national. L'impact de la pandémie sur ces derniers a rapidement retenti partout dans le monde sur le droit à la santé et l'égal accès aux

-
3. P. Bourbeau, « La résilience en relations internationales : le côté clair et le côté obscur », in S. Ionescu (dir.), *Résilience. Ressemblances dans la diversité*, Paris, Odile Jacob, 2016, p. 283.
 4. Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JO*, 24 août 2021.
 5. J.-M. Sauvé, « Comment le droit international fonctionne en temps de crise », Conseil d'État, Discours et interventions, 10 sept. 2016. Sur cet aspect, W. van Genugten et M. Bulterman, « Crises: Concern and Fuel for International Law and International Lawyers », *NYBIL* 2014, p. 2 ; G. Ulrich et I. Ziemele (dir.), *How International Law Works in Times of Crisis*, Oxford, OUP, 2019 ; M.M. Mbengue et J. d'Aspremont (dir.), *Crisis narratives in international law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2022.
 6. V. le riche dossier consacré à la Covid-19 par l'Annuaire français de droit international, sp. H. Ascensio, « Une année de droit international marquée par la crise sanitaire », *AFDI* 2020, p. 3, et M. Grange, « Covid-19 et multilatéralisme : entre impuissance, incantation et nouveau souffle », *AFDI* 2021, p. 31-51, ainsi que le dossier parallèle, plus critique, « The International Legal Order and the Global Pandemic », *AJIL* 2020, p. 571.

soins pour tous sans discrimination, tandis que les mesures les plus répressives adoptées par des gouvernements autoritaires attaquaient la liberté d'expression et d'information, gonflaient les discours de haine et exposaient la vulnérabilité de certains groupes et communautés. Maladie de la mondialisation qui l'a propagée, la pandémie lui revenait dans la figure, stoppant les migrations avec la suspension de la plus grande part du transport aérien de passagers, les pratiques de refoulement aux frontières et les obstacles au dépôt et à l'examen des demandes d'asile, en nette contrariété avec le droit international. Les mesures sanitaires adoptées ont également fait obstacle au bon fonctionnement des missions diplomatiques et consulaires et partant, à l'application des Conventions de Vienne de 1961 et 1963 sur les relations du même nom. Parallèlement, les restrictions aux déplacements internationaux ont entravé le commerce international des services, tandis que les mesures limitant les exportations pour répondre aux difficultés d'approvisionnement et aux attentes des populations, incluant des biens jugés essentiels tels que matériels médicaux et produits alimentaires, entraînaient pareillement l'activation des clauses d'exception ou de dérogation aux régimes applicables en ces matières.

Défi pour les règles du droit international, la pandémie le fut aussi pour le multilatéralisme institutionnel. De par son mandat épicerie de la lutte internationale contre la Covid-19, l'OMS a dû affronter les accusations portées par les États-Unis contre la complaisance de son Directeur général vis-à-vis du gouvernement chinois qui, sans égard pour le Règlement sanitaire international de 2005, avait dissimulé puis attendu plusieurs semaines avant de lui notifier le 31 décembre 2019 les premiers cas d'infection par un virus inconnu, le mois perdu avant que l'Organisation ne qualifie la nouvelle maladie d'« urgence de santé publique de portée internationale » ou ses recommandations inapplicables en matière de voyages internationaux. Si la responsabilité de la Chine ou de l'OMS fut mise en cause devant des juridictions étatiques, le désordre présidant à l'adoption des mesures sanitaires nationales a grandement favorisé la propagation planétaire du virus et les multiples dom-

mages directs ou touchant à des droits et intérêts variés occasionnés ; l'accumulation d'abstentions fautives, de négligences et d'impréparation qui les ont causés, et l'articulation complexe de ces responsabilités partagées, ne sont toutefois que faiblement prises en compte par les règles du droit de la responsabilité internationale de l'État et des organisations internationales. Le risque sanitaire ne pouvait par ailleurs qu'entraver le fonctionnement ordinaire de ces dernières, mais l'affrontement sino-américain, marqué par l'annonce par l'administration Trump du retrait des États-Unis de l'OMS, interrompu par Joe Biden, explique pour une part le silence assourdissant du Conseil de sécurité présidé par la Chine en mars 2020 ; les attentats du 11 septembre 2001 l'avaient soudé comme jamais, la pandémie accentua sa division sur tous les dossiers.

B. À chaque discipline son approche de la « crise » à partir de ses « fondamentaux », note justement Didier Truchet⁷. Pour notables qu'aient été les ratés, dysfonctionnements et échecs du régime de santé mondiale, le droit international n'en a pas moins démontré, par la négative, sa raison d'être, et positivement, son potentiel de résilience.

Sur la centaine d'États ayant proclamé sous une forme ou une autre l'état d'urgence sanitaire, seuls 31 ont activé les clauses de dérogations contenues dans les Conventions européennes de sauvegarde et américaine relative aux droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, suspendant ainsi provisoirement une partie de leurs obligations conventionnelles ; tous les autres États s'en sont tenus au droit commun, estimant suffisantes les exceptions prévues au titre de la santé et assez protectrice l'évaluation de la proportionnalité des restrictions par l'organe de contrôle. De même les États ont-ils assez vite levé les restrictions en matière commerciale, puis adopté des mesures destinées à faciliter le commerce de certaines marchandises.

Passé la phase de sidération et de réaction nationale individuelle, le multilatéralisme a parallèlement repris ses droits, pour faire front à une pandémie plus durable qu'escompté. Les États ont certes privilégié les canaux souples et infor-

7. D. Truchet, « Covid 19 : point de vue d'un "administrativiste sanitaire" », *Jus Politicum* 27 mars 2020.

mels des *fora* internationaux, G7 et G20 en tête, se montrant peut-être de ce fait plus inquiets de l'état de l'économie mondiale que de la santé de l'humanité. Mais virage numérique et télétravail aidant avant retour progressif à la normale, les organisations internationales ont relancé leurs activités, tout comme les juridictions internationales adapté leur mode de fonctionnement et la conduite du procès. L'ONU s'est en particulier attachée à réaffirmer ses fonctions d'expression de valeurs communes et de coordination mondiale des politiques publiques. Ayant fini par juger que « l'ampleur sans précédent de la pandémie de Covid-19 risque de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales », le Conseil de sécurité a péniblement, et sans succès, appelé à la cessation générale et immédiate des hostilités dans toutes les situations dont il est saisi et à une « pause humanitaire durable » pour permettre l'acheminement de l'aide à cet effet, tout en continuant d'inscrire les préoccupations sanitaires dans le champ de ses compétences⁸, comme il l'avait fait pour le VIH/sida et le virus Ébola en Afrique de l'Ouest, qualifié, lui, de « menace pour la paix et la sécurité internationales »⁹. Une fois réaffirmés le rôle « central » du système des Nations Unies et celui « crucial » de l'OMS, l'Assemblée générale s'est quant à elle concentrée sur « l'accès équitable aux produits de santé » qui doivent être « disponibles, accessibles, acceptables et abordables financièrement », la qualification de la santé comme bien public mondial, le partage des connaissances, la réalisation des Objectifs de développement durable (ODD) en matière de santé et la prise en considération des groupes vulnérables¹⁰. La solidarité s'est par ailleurs organisée à l'échelon continental, où s'expérimente une formation collective à la résilience juridique, à l'exemple de la déclaration de l'Union africaine du 21 décembre 2020 qui expose à ses États membres toutes les options légales disponibles pour limiter les risques de procédures de règlement des différends engagés par les investisseurs étrangers en

vertu des traités d'investissement conclus avec d'autres pays¹¹.

Le choc pandémique mondial a surtout suscité la création de mécanismes inédits, à l'instar du « Dispositif pour accélérer l'accès aux outils de lutte contre la COVID-19 (Accélérateur ACT) », lancé par l'OMS et dirigé par neuf organisations internationales, fondations et partenariats publics-privés, ouvrant une voie originale à un multilatéralisme renouvelé ; son axe le plus connu, nommé COVAX, porte sur les vaccins et s'il n'a pas réduit l'inégalité d'accès entre les États ni éradiqué le virus en ses infinies variantes, a eu un impact indéniable sur le développement de la vaccination et le partage de matériel médical. Le besoin de disposer de règles prévisibles et contraignantes adaptées a convaincu des États de renforcer leur coopération en faveur de la santé mondiale, et incité l'Assemblée de l'OMS à amender en ce sens le RSI, et créer un organe intergouvernemental de négociation d'un accord mondial sur la prévention, la préparation et la riposte face aux pandémies. Se gardant habituellement de commenter l'action de ses membres, l'OMS n'hésite plus à critiquer publiquement la sous-évaluation par la Chine de la flambée épidémique de l'hiver 2022-2023 et à obtenir d'elle des données plus fiables, ainsi qu'à apporter son soutien aux mesures de dépistage mises en place par un nombre grandissant d'États pour les voyageurs arrivant ou partant de ce pays¹².

L'avenir dira si des discours l'on passe aux actes, et de ceux-ci à leur mise en œuvre effective et au constat de leur efficacité. Le mouvement amorcé confirmerait alors que si l'idée du droit recule lorsque le droit international féconde la coopération, un bond en avant du premier est à prévoir quand le second est tenu en échec par la division et la survenance de catastrophes¹³. Il est à le souhaiter si l'on veut oublier l'incurie des politiques sanitaires des principaux acteurs du système international au cours des dernières décennies, qui ont leur part dans la montée et l'expansion du populisme en leur sein.

8. S/RES 2532 (2020), 1^{er} juill. 2020, dernier § du préambule et § 1 et 2 ; 2558 (2020), 21 déc. 2020 ; 2625 (2021), 26 févr. 2021, § 1 et 12 ; S/PRST/2021/10, 19 mai 2021.

9. S/RES 2177 (2014), 18 sept. 2014.

10. A/RES/74/270, 2 avr. 2020 ; 74/274, 21 avr. 2020 ; 74/306 et 307, 11 sept. 2020.

11. UNCTAD, *Investment Policy Monitor*, févr. 2021, n° 24.

12. ONU *Info*, 22 et 30 déc. 2022, 4 janv. 2023 ; OMS, communiqué de presse, 14 janv. 2023.

13. R. Kolb, « Le droit international comme corps de "droit privé" et de "droit public" », *RCADI* 2021, p. 659.

II. La nuisance populiste

Notion complexe entrée dans le vocabulaire politique pour désigner l'extrême droite, certains courants de droite non libéraux ou d'autres de gauche installés durablement ou non au pouvoir (Venezuela, Brésil, Pologne, Hongrie, Turquie, Italie, Israël, États-Unis sous la présidence de Donald Trump), le populisme se caractérise par deux traits majeurs, nuancés selon les spécificités nationales : une représentation du peuple comme collectivité homogène, authentique et moralement pure, auquel s'opposent des élites corrompues et parasitaires, justifiant l'exclusion de ceux que leurs intérêts ou leur culture rend inassimilables ; le rejet corrélatif du pluralisme démocratique et de toute opposition légitime, faisant fond sur une restructuration de l'appareil d'État en vue d'affaiblir ou supprimer tous les contre-pouvoirs. Les juridictions constitutionnelles et européennes ne restent pas sans réagir à ces attaques contre l'État de droit et les libertés individuelles¹⁴ qui, conjuguées à l'échec des printemps arabes et au renforcement des dictatures cléricales, apportent un peu réjouissant mais pas surprenant démenti aux pronostics post-guerre froide d'expansion continue de la démocratie, à tout le moins libérale, et de ses conséquences positives attendues pour le droit international. Mais tous les gouvernements populistes ont aussi une politique juridique extérieure, qui peut être source directe de nuisances pour ce dernier, sinon le creuset d'un « droit international autoritaire »¹⁵.

La première d'entre elles alimente les difficultés, reculs et mises en cause récents du multilatéralisme, ce mode de relations internationales consistant à rechercher l'entente entre le plus grand nombre possible d'États autour de règles et pratiques communes, sur une base volontaire, pacifique et durable.

Un facteur modéré d'affaiblissement, qui va très au-delà du populisme, réside dans une forme de régionalisme fonctionnel. Il est tantôt

de concurrence, avec les accords commerciaux préférentiels, régionaux ou non qui, d'exception légale aux règles du GATT puis de l'OMC, sont aujourd'hui devenus la règle pour tous les membres de cette organisation ; tantôt de rupture, avec des regroupements d'États ouvertement dissidents, tel le Groupe de Visegrad contestant la politique d'immigration de l'Union européenne, ou l'Organisation de coopération de Shanghai créée en 2001 par la Chine, la Russie et quatre pays d'Asie centrale. Mais la « crise du multilatéralisme » se matérialise avant tout par la résurgence marquée de l'unilatéralisme, et accessoirement du bilatéralisme, nonobstant leur complémentarité structurelle.

L'unilatéralisme est notoirement illustré par une grandissante pratique de dénonciation ou de retrait de conventions multilatérales¹⁶. Corollaire de sa conclusion, la dénonciation d'un traité, ou le refus collectif de le reconduire une fois parvenu à son terme, est certes un attribut essentiel de la souveraineté, dès lors qu'elle s'exerce conformément aux règles prévues à cet effet par ce traité, ou à défaut par les règles coutumières du droit des traités codifiées par la Convention de Vienne de 1969. C'est dans l'ensemble le cas pour les plus de 1 500 dénonciations dénombrées entre 1945 et 2004, pour la plupart dues à des raisons technico-juridiques : ainsi de l'incompatibilité entre engagements conventionnels, par exemple ceux pris au titre de la lutte contre le changement climatique, motivant le retrait de la France du traité sur la Charte de l'énergie. Il n'en va pas de même des dénonciations opérées depuis le mitan des années 2010 par des États latino-américains ou africains mais surtout de grandes puissances occidentales, et motivées par des revirements idéologiques ou géopolitiques, une attitude de désengagement généralisé, voire une hostilité de principe à tout lien conventionnel. Il suffit ici de mentionner le *Brexit*, le retrait en 2021 de la Turquie, première à l'avoir ratifiée en 2012, de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des

14. Dans une abondante littérature, J.-W. Muller, *Qu'est-ce que le populisme ?*, Paris, Gallimard, 2018 ; L. Burgogues-Larsen, « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, p. 199.

15. T. Ginsburg, « Authoritarian International Law », *AJIL* 2020, p. 222.

16. F. Couveinhes Matsumoto, « De quoi les dénonciations contemporaines sont-elles le nom ? Une approche démocratique des pratiques et des règles relatives à la dénonciation », in F. Couveinhes Matsumoto et R. Nollez-Goldbach (dir.), *La dénonciation des traités – Techniques et politiques*, Paris, Pedone, 2022, p. 3 ; plus descriptif, F. Dopagne, « Observations sur la pratique récente de la dénonciation des traités », *AFDI* 2018, p. 131.

femmes et la violence domestique, et la pratique américaine sous la présidence de Donald Trump, tant ce dernier est porteur d'une vision de politique étrangère inédite, fondée sur la déconstruction de l'idée même d'une « communauté internationale » et la volonté d'assurer la supériorité militaire et économique des États-Unis sur ses alliés ou ses adversaires sans plus chercher à défendre un ordre et des valeurs libéraux¹⁷.

Si l'administration Obama a certes poursuivi un mouvement entamé par ses prédécesseurs et entraînant d'autres États (Protocole de Kyoto pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre), son successeur l'a considérablement amplifié, avec l'accord de Paris sur le climat, réintégré dès le premier jour du mandat de Joe Biden, celui de Vienne sur le nucléaire iranien, le traité d'amitié avec l'Iran, celui sur les forces nucléaires à portée intermédiaire, le Protocole de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques concernant le règlement obligatoire des différends et, suivi par la Russie, le traité de contrôle et de limitation des armements « Ciel ouvert ». S'y ajoutent le retrait de l'Unesco, pour la seconde fois, et du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, les tentatives de réduire la contribution américaine au budget de cette dernière, ou celles de limiter les pouvoirs d'un organe juridictionnel, comme la Cour pénale internationale *via* le Conseil de sécurité ou, concernant l'Organe d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, d'en orienter le fonctionnement en remplaçant ses membres (Obama), avant de le bloquer en refusant d'en nommer (Trump).

On a vu dans la menace que représenterait le populisme pour le droit international, le jeu normal de souverainetés par principe attachées

à satisfaire en priorité l'intérêt national face à la faible consistance de projets collectifs ou « communautaires »¹⁸. C'est oublier que l'équilibre jadis trouvé entre coopération et compétition inhérente au multilatéralisme vole aujourd'hui en éclats, et limiter ce dernier à une pure technique relationnelle, délestée des principes, normes et valeurs qui en font aussi une forme d'organisation du système international, sinon une culture et un état d'esprit¹⁹. Or, si certains des traités mentionnés concrétisent précisément ces projets, l'ère des populismes est de surcroît celle, plus dangereuse, de la post-vérité.

Apparue en 2004 pour qualifier les fausses assertions de l'administration Bush après les attentats du 11 septembre, l'expression « post-vérité » (*post-truth*) caractérise une nouvelle ère de la démocratie, où des politiciens cyniques et démagogues ont plus à gagner à nier des faits objectifs avérés et vérifiables et à s'appuyer sur des émotions primitives ou primaires pour modeler l'opinion publique. Symptôme des difficultés de la représentation politique et du déclin de l'autorité des experts confrontés à l'accessibilité à tous et à tout instant d'une masse incontrôlée d'informations, le monde de la post-vérité est un monde « sans vergogne » (*post shame*), où l'on peut mentir et en être fier, nier avoir dit ce qu'on a dit et balayer sans scrupule ses propres affabulations²⁰.

Le droit en général, et ici international, est un terrain privilégié du discours sans vergogne, où s'exprime l'indifférence profonde, jusqu'au mépris crasse, à l'égard de ses règles, à l'instar de la vision trumpienne du conflit israélo-palestinien²¹. Mais c'est à l'occasion d'une violation ouverte de l'une ou plusieurs de ces règles qu'il se déploie le plus crûment. Il est en effet excep-

17. S. Talmon, « The United States under President Trump: Gravedigger of International Law », *Chinese JIL* 2019, p. 645; M. Quencez, « Le "trumpisme" en politique étrangère : vision et pratique », *Pol. étr.* 2020/2, p. 73.

18. D. Tladi, « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *Chinese JIL* 2022, p. 1; *contra*, K. Humble, « Populism and the Threat to International Law », *Laws* 2022, p. 50.

19. A. Hamann, « Multilatéralisme et commerce. *Multilateralism is an attitude* », in J. Fernandez et J.-V. Holeindre (dir.), *Nations désunies ? Le multilatéralisme à l'épreuve des relations internationales contemporaines*, Paris, CNRS Éditions, 2021, p. 157.

20. Selon la formule de l'ancien directeur de la communication et de la stratégie de Tony Blair, A. Campbell, « Trump et Johnson ont en commun d'avoir su tirer profit d'un monde de post-vérité et de post-vergogne (*sic*) », *Le Monde*, 9 août 2019; v. spéc. F. Zarbiyev, « International Law in an Age of Post-Shame », *ESIL Reflections* 28 juill. 2020/9, et « Of Bullshit, Lies and "Demonstrably Rubbish" Justifications in International Law », *Völkerrechtsblog*, 18 mars 2022.

21. Qu'il s'agisse de prétendre faciliter la recherche d'un accord de paix « acceptable pour les deux parties » en transférant dans le même temps l'ambassade américaine à Jérusalem reconnue comme la capitale d'Israël (*AJIL* 2018, p. 306-310), ou de juger les colonies en Cisjordanie « non incompatibles » avec le droit international avant d'écarter aussitôt toute discussion se plaçant sur ce terrain (D. Alland, « Un adieu au droit international public ? À propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et de ses suites », *RGDIP* 2020, p. 75).

tionnel que l'auteur présumé de la conduite en cause s'abstienne de la justifier en droit, en invoquant une exception légale à la règle, une interprétation différente de celle qu'on lui oppose ou une autre règle qu'il estime applicable au cas; la violation ne prive pas de portée juridique ces motifs, car, souligne la Cour internationale de Justice, « si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base »²². Cet effet confirmatif serait cependant illusoire si la justification avancée n'était au minimum plausible, et conséquemment crédible, parce que s'appuyant sur des faits, « soit d'observation, soit supposés, convenus, possibles ou probables », et ce faisant conformes « aux structures du réel admises par l'auditoire »²³. C'est l'indifférence à ces structures qui caractérise la post-vérité, bouleversant les cadres sociaux de l'argumentation dans une mesure confinant au nihilisme juridique.

Il faut pour ces raisons « prendre les conneries au sérieux » (*taking bullshit seriously*), nous avertit un membre éminent de notre université en un clin d'œil à Dworkin²⁴, plus encore lorsqu'excédant de loin le projet populiste, elles servent à enrober une remise en cause fondamentale de l'ordre juridique international.

III. Le retour de la guerre de conquête

A. On vise bien sûr la décision prise le 24 février 2022, par le président de la Fédération de Russie, Vladimir Poutine, de mener, « en application de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, [...] une opération militaire spéciale » en Ukraine, avec pour objectif de « mettre immédiatement fin [...] au génocide perpétré contre les millions d'habitants » du Donbass et « protéger ceux et celles qui, huit années durant, ont subi les outrages du régime de Kiev et le génocide

orchestré par lui »²⁵. Dans son allocution centrée sur l'histoire pluriséculaire des relations russo-ukrainiennes et la menace de l'élargissement progressif de l'OTAN pour la sécurité de la Russie, Poutine n'a pas manqué de dénoncer le « non-respect du droit international » par un Occident contournant à plusieurs reprises le Conseil de sécurité pour intervenir militairement ici et là, notamment au Kosovo; et d'évoquer le Secrétaire d'État Colin Powell brandissant aux yeux du monde une fiole remplie de poudre blanche censée prouver que les Iraquiens fabriquaient des armes de destruction massive afin de légitimer l'invasion du pays.

Mais s'il s'agissait là d'un mensonge visant à tromper l'auditoire international en travestissant les faits, les États-Unis et le Royaume-Uni ont pris la peine de fonder en droit leur action sur une interprétation subtile des résolutions du Conseil de sécurité, très discutée et contestée en doctrine. C'est d'un tout autre registre que relève le récit poutinien, qui ne se préoccupe pas de convaincre cet auditoire en se pliant aux contraintes discursives de l'argumentation. Qui peut en effet raisonnablement affirmer que l'Ukraine aurait, à l'instar de l'Iraq contre le Koweït, déclenché une « agression armée » contre la Russie au sens de l'article 51, ni même menacé celle-ci d'une attaque imminente comme le fut Israël par l'Égypte en 1967, condition de l'exercice de son droit de légitime défense individuelle, ou collective, à l'invitation des « Républiques populaires » de Louhansk et de Donetsk, entités sécessionnistes créées en 2014 après l'annexion déguisée de la Crimée et reconnues par la seule Russie en 2022 ? Qui peut également prétendre que des actes de génocide dûment qualifiés auraient été commis dans ces deux régions ? Évacué en une ligne le principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples, toute référence au droit international disparaîtra du discours ultranationaliste de la cérémonie d'annexion des 4 régions de Donetsk, Kherson, Louhansk et Zaporijjia, le 30 septembre; imprégné du retour obsessionnel

22. Arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique)* Fond, *CJ Rec.* 1986, p. 10, p. 98, § 186.

23. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 4^e éd., 1983, p. 91-92.

24. Ph. Raynaud, « *Taking bullshit seriously* (Prendre les conneries au sérieux) », *Le Débat* 2017, n° 197, p. 13.

25. S/2022/154, 24 févr. 2022.

à la « Grande Russie historique », il ne laisse aucun doute sur les vraies raisons de la première guerre de conquête territoriale en Europe depuis 1945 : la revanche sur Maïdan, la révolution ukrainienne de 2014 certes activement soutenue par les Américains, et la négation du droit à l'existence d'un État que la Russie estime être sa propriété, mais au final, nous dit un Sergueï Lavrov touchant de sincérité, « le contentement de soi des pays occidentaux après la fin de la Seconde Guerre mondiale »²⁶.

B. Les pseudo-justifications de la Russie ont toutefois permis à l'Ukraine d'allumer un contre-feu en saisissant la CIJ sur la base de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, afin de déplacer sur la scène judiciaire le théâtre des opérations et faire juger qu'une intervention militaire pour prévenir et réprimer un soi-disant génocide est dépourvue de tout fondement juridique. La Cour, au terme d'une motivation plutôt problématique, n'a pour l'instant fait droit qu'à la demande ukrainienne de mesures conservatoires obligeant la Russie à suspendre immédiatement ses opérations militaires en territoire ukrainien. On ne pouvait à l'évidence s'attendre à ce que cette dernière s'y conforme, qui dénie au surplus toute compétence à la Cour ; mais faisant un boomerang du motif invoqué, celle-ci a dès ce stade pré-préliminaire, estimé « douteux que la convention, au vu de son objet et de son but, autorise l'emploi unilatéral de la force par une partie contractante sur le territoire d'un autre État, aux fins de prévenir ou de punir un génocide allégué »²⁷. Sa saisine revient néanmoins à son tour en boomerang à l'Ukraine, la portée limitée de cette même base de compétence étant loin d'embrasser les questions cruciales soulevées, et d'abord celles plus

générales du recours à la force et de la non-intervention²⁸.

Le droit international ne résiste heureusement pas devant le seul prétoire, mais *via* les réactions des États tiers et des organisations internationales.

La réaction est pour une part de l'ordre du discours, lorsqu'elle consiste dans la condamnation d'un fait, d'une portée juridique particulière dans l'ordre international : une règle coutumière telle que l'interdiction d'emploi de la force, estime la Cour de La Haye, n'exige pas que « la pratique correspondante (y soit) rigoureusement conforme », dès lors que les États traitent eux-mêmes les comportements contraires « comme des violations de cette règle et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »²⁹. L'efficacité du « traitement » dépend alors de sa posologie. 141 États sur les 193 représentés à l'Assemblée générale des Nations Unies ont ainsi joint leurs voix pour « déplore[r] dans les termes les plus énergiques l'agression commise par la Fédération de Russie contre l'Ukraine en violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte », et exiger qu'elle cesse immédiatement d'employer la force contre elle et s'en abtienne contre tout autre État, retire immédiatement, complètement et sans condition toutes ses forces militaires du territoire ukrainien à l'intérieur des frontières internationalement reconnues du pays et revienne immédiatement et sans condition sur sa décision relative au statut des régions de Donetsk et de Louhansk³⁰. Dénuée de force obligatoire et adoptée avec 5 voix contre et 35 abstentions, cette résolution, réitérée l'année suivante en appelant à « une paix globale, juste et durable en Ukraine conformément aux principes de la Charte des Nations Unies »³¹, fait certes fond sur la paralysie du Conseil de sécu-

26. Propos rapportés dans le récit aussi terrifiant qu'hilarant de Igor Gran, *Z comme zombie*, Paris, POL, 2022, p. 118 ; I. (W.) Brunk et M. Hakimi, « Russia, Ukraine, and the Future of International Law », *AJIL* 2022, p. 687 ; la différence avec l'argumentaire occidental lors d'interventions passées n'en est pas moins relativisée : A. Kotova et N. Tzouvala, « In Defense of Comparisons: Russia and the Transmutations of Imperialism in International Law », *AJIL* 2022, p. 710.

27. CIJ, ordonnance du 16 mars 2022, *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c/ Fédération de Russie)*, demande en indication de mesures conservatoires, § 59 ; dans le prolongement d'affaires antérieures, la Cour EDH a indiqué des mesures provisoires sensiblement analogues, CEDH 222 (2022), 30 juin 2022.

28. Sauf à invoquer d'autres bases conventionnelles de compétence sans modifier pour autant l'objet du différend ; v. le comm. de A. de Nanteuil, *JDI* 2022, p. 722.

29. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, préc., p. 98, § 186.

30. S/RES/2623 (2022), 27 févr. 2022 ; A/ES-11/L.1, 1^{er} mars 2022 ; de même, conclusions du Conseil européen sur l'agression militaire non provoquée et injustifiée de la Russie contre l'Ukraine, 24 févr. 2022 ; déclaration des ministres des Affaires étrangères des pays de l'OTAN, Bucarest, 29-30 nov. 2022 ; déclaration des chefs d'État et de gouvernement du G7, 12 déc. 2022.

31. A/ES-11/L.7, 23 févr. 2023 (141 voix pour, 7 contre, 32 abstentions).

rité, empêché de condamner l'agression en raison du veto de la Russie, mais pas de convoquer l'Assemblée en session extraordinaire d'urgence sans usage possible du veto, tel que l'avait établi cette dernière pendant la guerre de Corée pour pallier, déjà, le veto soviétique. Dans l'affaire ukrainienne, l'Assemblée générale s'est cette fois enhardie à décider qu'à moins d'être convoquée selon cette procédure, elle se réunirait désormais à l'initiative de sa seule présidence dans les 10 jours ouvrables suivant l'exercice du veto³². C'est sur cette base inédite qu'elle a condamné « les soi-disant référendums illégaux » organisés dans les quatre régions ukrainiennes précitées et la tentative d'annexion illégale qui a suivi; constitutifs d'« une violation de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de l'Ukraine » ainsi que des principes de la Charte, ils n'ont « aucune validité au regard du droit international et ne sauraient servir de fondement à une quelconque modification du statut de ces régions d'Ukraine », que tous les États et organisations internationales sont en conséquence priés de ne pas reconnaître³³.

Mais la réaction est également « matérielle », sous la forme d'une importante fourniture d'armes et matériels militaires par divers États occidentaux, États-Unis de très loin en tête, et pays de l'Est voisins, destinée à aider l'Ukraine à exercer son droit de légitime défense individuelle tant que le Conseil de sécurité est paralysé par le veto, en d'autres termes à repousser l'agression conformément au principe de proportionnalité, sans participation directe de ces États aux combats et dans les frontières du territoire de l'Ukraine à l'exclusion de celui de la Russie et de son allié biélorusse. On peut y voir un exercice du droit de légitime défense collective, même si les États engagés n'ont pas, à la différence de la Russie, notifié les mesures prises au Conseil de sécurité en vertu de l'article 51, et s'il peut exister des situations limites comme la fourniture à titre gratuit d'armements ou d'aéronefs aux potentialités offensives intrinsèques ou à raison de leur

portée. Mais indépendamment de ce fondement tiré de la Charte, une telle assistance, dès lors qu'elle use de « moyens licites », est encouragée par le droit de la responsabilité internationale de l'État qui, reflétant la poussée d'un idéal solidariste, assigne aux États autres que l'État lésé « un devoir de coopérer pour mettre fin à toute violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général », ici l'interdiction de l'agression³⁴. Il en va *a fortiori* de même, à supposer leur licéité déterminée au cas par cas, des « sanctions » non militaires massives décidées par ces États et l'Union européenne dès après l'annexion déguisée de la Crimée, mais d'une ampleur hors du commun après l'agression, afin de limiter le plus possible la capacité de la Russie à financer la guerre par diverses mesures d'embargo sur le pétrole, le charbon ou l'or, gel d'avoirs de personnes et interdiction de transactions bancaires, fermeture des voies de communication, interdiction de vente d'avions et équipements aériens et de diffusion de médias. L'impuissance du Conseil de sécurité a aussi encouragé les organisations internationales à isoler diplomatiquement la Russie en l'excluant de l'organisation (Conseil de l'Europe) ou d'un de ses organes (Conseil des droits de l'homme et à l'OACI), ou en suspendant certains de leurs liens ou rapports avec elle (CERN, OIT, OMC).

Le domaine de l'emploi de la force illustre à cet égard parfaitement les deux dimensions de la résilience : là où le principe du respect de l'intégrité territoriale des États constitue pour une majorité écrasante d'entre eux un point de résistance absolue aux atteintes que l'un de leurs pairs prend le risque de lui porter, la division beaucoup plus marquée entre États, l'importance de la controverse doctrinale et les évolutions de la jurisprudence internationale provoquées par l'exercice de la légitime défense en réaction à des attaques terroristes d'entités privées, témoignent, entre résistance et adaptation, de la tension qu'impriment à l'interprétation

32. A/RES/76/262, 28 avr. 2022, *Mandat permanent permettant à l'Assemblée générale de tenir un débat en cas de recours au droit de veto au Conseil de sécurité*, § 1.

33. A/ES-11/L.5, 12 oct. 2022, *Intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations Unies*.

34. Articles 40 et 41 § 1 des *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/56/83, 12 déc. 2001.

classique de la norme, les nouvelles données de la conflictualité internationale³⁵.

IV. L'épreuve de la mondialisation

A. Même si elle a connu d'autres formes au cours du xx^e siècle, la phase dite de mondialisation (*globalization*) concomitante à la fin du monde bipolaire et à la révolution numérique, se distingue des précédentes par la généralisation des interdépendances, l'intensification des flux d'échanges de biens matériels et immatériels, l'extension planétaire du capitalisme financiarisé, la compression de l'espace-temps, l'uniformisation des modes de vie et l'interpénétration jamais atteinte à ce degré des sociétés nationales et internationale, produisant de ce fait même des effets inédits dans le champ juridique. Le droit international, de par son origine interétatique mais plus depuis longtemps par son contenu, n'y échappe pas, qui connaît une transnationalisation accélérée, sous deux aspects complémentaires.

Ratione personae, d'une part, avec la diversification de ses sujets ou à tout le moins d'acteurs non étatiques aspirant à le devenir : organisations internationales privées, par opposition à celles qui sont des associations d'États aujourd'hui moins « intergouvernementales » que « publiques », entreprises multinationales, organisations non gouvernementales, et au-delà, les individus eux-mêmes. Dépourvus de la qualité de sujets de droit international réservée à l'État et à l'organisation internationale publique, tous ces acteurs sont loin de former une catégorie homogène de sujets du droit international, tant sont différenciés, entre eux et en leur sein, les capacités légales et les droits et obligations à même de concrétiser leur personnalité internationale respective ; ils n'en jouent pas moins un rôle significatif dans la fabrication du droit international qu'ils inspirent et sa mise en œuvre qu'ils accompagnent ou surveillent, spécialement la protection des droits de l'homme et celle de l'en-

vironnement, ou le droit international pénal et humanitaire. *Ratione materiae*, d'autre part, par l'effacement de la frontière tranchée entre les ordres juridiques internes et international, leur interpénétration progressive et l'identité de leurs règles matérielles dans des domaines croissants. Ce phénomène ne tient pas seulement à l'internationalisation irrésistible de matières jusqu'alors réservées à la seule réglementation nationale, qui vient nourrir le volume des normes internes d'origine internationale ; elle est due également à la production par les acteurs non étatiques eux-mêmes, au premier chef du monde économique et numérique opérant par voie contractuelle ou unilatérale, d'un droit professionnel proprement transnational que les États sont amenés *volens* à transposer dans leur ordre juridique³⁶.

De cette mutation d'ampleur, l'État fait figure de grand perdant, à l'exception de son principal promoteur états-unien, rabattant la question de la résilience du droit international à l'ère de la mondialisation sur celle de son seul originaire et immédiat sujet. C'est un lieu commun de pointer l'affaiblissement de l'emprise des États sur la société internationale, enchâssés dans les marchés plutôt que les économies nationales dans des frontières évanescentes, dépossédés de la maîtrise des échanges internationaux au profit de firmes privées bien plus riches et puissantes que la plupart d'entre eux, déstabilisés par des réseaux criminels tentaculaires qui dépassent toutes les fictions et mis au défi de réguler les grandes plates-formes numériques qui assurent les connexions entre pays, individus et organisations et façonnent les rapports politiques et sociaux. Matrice des compétences de l'État selon le droit international, le territoire est au cœur des atteintes affectant sa capacité à contrôler les flux transnationaux et résister à une autorégulation qui le banalise comme acteur et le marginalise comme auteur de normes³⁷. Et c'est l'État en tant qu'institution, plus seulement son territoire ou son mode de gouvernement, qui se voit radicalement remis en cause par cet enfant monstrueux

35. Pour une illustration, J. Kammerhofer, « The Resilience of the Restrictive Rules on Self-Defence », in M. Weller (dir.), *The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 627-648 ; J. Finke, « Interpretative Change as Evidence of International Law's Resilience in Times of Crisis », *Archiv des Völkerrechts* 2019, p. 266.

36. Ignorée par la plupart des manuels de droit international public, cette transnationalisation est la marque, jusque dans son titre même, de celui de D. Carreau, A. Hamann et F. Marrella, *Droit international*, Paris, Pedone, 13^e éd., 2022, p. 69-76 et 357-368.

37. J.-D. Mouton, « La mondialisation et la notion d'État », in SFDI, Colloque de Nancy, *L'État dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, p. 11-36.

de la mondialisation qu'est le terrorisme djihadiste, déterritorialisé et dénationalisé.

La souveraineté qui singularise l'État parmi tous les autres sujets de son ordre en fait du même coup les frais ; pour les politistes et même des juristes, elle est un concept altéré sinon dépassé, déconnecté des discours et des réalités et ne retrouvant vigueur que pour résister au développement d'un droit international adapté aux mutations de la société mondiale, qu'il s'agisse d'interdire ou réglementer certaines armes, protéger la nature ou prévenir et réprimer des crimes internationaux commis en violation de normes impératives, dès lors qu'« en l'état actuel du droit international coutumier » formellement interprété, un État n'est pas privé de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État pour la seule raison qu'il est accusé de ces crimes³⁸. On peut bien opposer souveraineté interne et souveraineté internationale, puissance de l'État dans son ordre et liberté dans l'ordre international, liberté non fragmentable de fragmenter ses attributs³⁹ : ce n'est là que vaine tentative de « sauver la théorie par de brillants paradoxes, car lorsque les attributs ont été fragmentés en grand nombre et de manière irréversible, il devient difficile de repérer encore quelque chose de l'ordre de la souveraineté dans la situation ainsi créée »⁴⁰. Le confirment sans appel ces États anciennement ou récemment décolonisés, qui à la suite d'une intervention militaire étrangère ou d'un conflit armé interne, se trouvent dans l'incapacité de maintenir l'ordre public sur leur territoire terrestre et maritime et garantir à la population les services élémentaires, en raison de la disparition totale ou partielle d'une autorité politique et de l'appareil d'État qui garantit son effectivité.

Ces critiques manquent leur cible. Aussi conditionné en soit l'exercice par la quantité positive de puissance définissant sa souveraineté « interne » et celle de ses pairs, la souveraineté internationale est une qualité négative, la négation de toute subordination de l'État à un autre

pouvoir, un autre État ou groupement d'États : en d'autres termes la formalisation juridique d'une indépendance qui lui permet, à l'exception des obligations s'imposant automatiquement à lui à raison même de son statut d'État ou desquelles il ne peut se délier à raison de leur caractère impératif (*ius cogens*), de faire ce qu'il ne s'est pas interdit par ses engagements internationaux ; et *a fortiori*, à l'image de l'Ukraine, d'opposer à la force du *fait son droit* à exister comme État. La souveraineté peut certes rendre plus difficile la réalisation des accords qu'appelle la gestion de problèmes globaux ; elle n'est pourtant pas plus « un pouvoir illusoire de tout faire qu'un pouvoir irréal de tout refuser »⁴¹, et les « progrès » chaotiques mais constants du droit international au cours des siècles, même lorsqu'ils bénéficient à certains plus qu'à d'autres, pas autre chose que la somme des restrictions de libertés consenties. Encore ces dernières font elles trop souvent oublier que le droit international, fait par des États et par conséquent pas contre leurs intérêts, contribue bien plutôt à l'« expansion de la souveraineté » en accroissant leur force vis-à-vis de leurs pairs, tel un simple traité d'extradition, restreignant certes le pouvoir de l'État requis de refuser celle-ci, mais lui permettant de prolonger son ordre répressif au-delà de ses frontières lorsqu'il s'en fait requérant⁴².

De fait, la mondialisation qui modifie significativement le rôle de l'État n'affecte pas sa centralité dans le système juridique international, et si elle relativise ses prérogatives sous l'effet d'un jeu complexe d'acteurs publics et privés, lui offre en même temps de nouveaux moyens d'action. Phénomène mondialisé s'il en est, la Covid-19 l'a amené, très inégalement dans le monde, à monter en première ligne pour protéger sa population et piloter la machine économique, renouant avec l'expérience des deux guerres mondiales. Le choc pandémique et surtout la guerre en Ukraine semblent d'ailleurs ouvrir une nouvelle page de la (dé ?)mondialisation, qui voit la plupart des pays développés et même

38. Arrêt du 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant))*, CJI Rec. 2012, p. 99, p. 139, § 93, en l'occurrence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par la *Wehrmacht* contre des ressortissants italiens.

39. J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs* 1993, p. 47 ; G. Cahin, « Le droit international et la question de la "fragmentation" des États », *RBDI* 2009, p. 327.

40. M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDJ* 2014, p. 1283.

41. C. Chaumont, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1970-I, t. 129, p. 333-527, p. 385-386.

42. C. Santulli, « L'expansion de la souveraineté de l'État », *RGDIP* 2019, p. 355-361, de même les conventions fiscales.

du Sud adopter des politiques de subventions pour maintenir ou relocaliser leurs industries. Principe fondamental d'intégration des sociétés et lieu privilégié de formation des identités collectives, l'État demeure la forme d'organisation politique à laquelle continuent d'aspirer des collectivités territoriales dépendantes de celui qui les englobe, y compris au nom d'un repli identitaire ajoutant aux lignes de fracture de la société internationale une forme de néo-tribalisme. Seul en mesure d'accumuler de la puissance légitime et de la déployer pour imposer le respect de la loi, assurer les besoins fondamentaux de la nation et préserver l'ordre du monde, il est pour cette raison l'objet des activités protéiformes entreprises par les institutions internationales, avec plus d'échecs que de réussite, pour reconstruire ceux que leur effondrement ou leur déliquescence rend provisoirement inaptes à exercer ces fonctions⁴³. À l'instar de celles encadrant les échanges, les règles du droit de la mondialisation demeurent quant à elles pour l'essentiel le produit de conventions interétatiques ou de l'activité normative des organisations internationales qu'elles ont mises en place. Qu'elle soit *mercatoria* ou *sportiva*, la *lex* transnationale doit toujours être reprise d'une manière ou une autre à son compte par l'État pour être officialisée et pleinement efficace, quand bien même y est-il contraint pour ne pas désavantager ses nationaux dans une compétition internationale acharnée⁴⁴. Dépassé par les spécificités de la *lex electronica*, il n'en applique pas moins son droit ou un autre droit national au contentieux de l'internet, et individuellement ou par le biais des institutions internationales publiques, conserve ou revendique la prédominance dans la gestion de ses usages et de ses contenus⁴⁵.

B. La résilience de l'État souverain dans la mondialisation ne peut toutefois garantir celle du droit international que si ce dernier est en mesure de réguler celle-là au bénéfice du plus grand

nombre des États et de leurs populations, en corrigeant ses excès pour se hisser à la hauteur des enjeux sécuritaires, sociaux et environnementaux de notre époque.

À s'en tenir aux situations évoquées, les 35 puis 32 abstentions afro-asiatiques des résolutions « ukrainiennes » et la grande disparité dans le monde pour l'accès aux vaccins anti-Covid, témoignent du décalage croissant entre une mondialisation qui fait de la sécurité dans tous les domaines un enjeu global, et un multilatéralisme conçu par les vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale pour gérer des sécurités nationales concurrentielles. Miné par l'émergence post-bipolaire d'un pôle hégémonique misant sur le désengagement et l'unilatéralisme en dépit du retour de l'Amérique dans les enceintes multilatérales et de ses récentes initiatives pour contrer l'influence de la Chine, les alliances de circonstances et la formation de nouveaux blocs qui fragmentent le système international, la concurrence exacerbée entre des régimes politiques inconciliables, la méfiance de groupes d'États envers un Occident entaché du péché colonial, les divergences fondamentales sur des valeurs réputées universelles et la perte de confiance dans les institutions internationales critiquées pour leur trop grande ou insuffisante politisation et leur manque de légitimité et d'efficacité, le multilatéralisme, résilient mais fragile, doit impérativement s'approfondir et s'adapter, afin de rééquilibrer par la coopération une compétition favorable aux États les plus à même de maîtriser les instruments internationaux leur permettant de projeter vers l'extérieur leur domination économique et politique⁴⁶.

Inclusif : anglicisme porté par la lutte contre toutes les discriminations et pour la visibilité des minorités de tout... genre, l'adjectif, et le substantif « inclusion », ont gagné le vocabulaire des institutions internationales, jamais à court de formules cosmétiques. Le multilatéralisme doit donc être à son tour plus inclusif, s'il est vrai

43. G. Cahin, « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *RCADI* 2020, t. 411.

44. J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37 ; M.-G. Kohen, « Internationalisme et mondialisation », in C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 107.

45. V. les contributions d'A.-T. Norodom, F. Latty et E. Lagrange, in SFDI, Colloque de Rouen, *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, p. 11-35, 49-64, 199-225.

46. B. Badie, « Le multilatéralisme onusien, prisonnier de son passé et otage de son avenir », in *Nations désunies ?*, op. cit., p. 24-39 ; S. Sur, « Le multilatéralisme est un sport de combat », in *Nations désunies ?*, op. cit., p. 319-343 ; E. Castellarin, E. Lagrange et P. Palchetti (dir.), *Gouvernance mondiale et multilatéralisme*, Livre blanc 13, ILA branche française, 2022.

qu'étroitement liée aux sources et aux valeurs du droit international, la question de ses sujets condense une bonne part des défis que lui lance la mondialisation⁴⁷.

Les acteurs non étatiques mentionnés sont les premiers concernés, auxquels s'ajoutent mégapoles, fondations philanthropiques, associations, aujourd'hui réunis sous le pavillon vague et neutralisant de « parties prenantes (*stakeholders*) » des processus normatifs. Une participation officialisée et une meilleure représentation institutionnelle viendraient certes consacrer leur rôle réel dans ces processus, et pourraient les canaliser dans la recherche d'un intérêt commun ; l'inclusion accrue d'acteurs si divers et non hiérarchisés exigerait cependant de solides contreparties. De la part des ONG, que leur légitimité incertaine et leur fonctionnement souvent opaque font curieusement résonner l'exigence de « démocratisation » du droit international appelée de leurs vœux. De la part des entreprises multinationales surtout, étrangères à ce langage et fort réticentes en dépit de quelques avancées à se soumettre à une obligation internationale positive de respecter les droits de l'homme, là où l'État, source potentielle de leurs violations les plus graves, est parallèlement le garant ultime de leur respect et l'agent de ses voies d'exécution. En réalité, la « gouvernance mondiale » ou « globale » tant vantée censée porter le multilatéralisme à un stade d'évolution supérieur, n'a pas pour seul objectif de le renforcer, mais de favoriser aussi, avec l'appui des acteurs les plus puissants, la libéralisation des flux économiques et financiers et la déréglementation/re-réglementation, lourdes de conséquences pour les États et leurs populations. Sans même évoquer le mirage cosmopolitique chaque jour démenti par des frontières auxquelles il est politiquement incorrect de trouver parfois quelques vertus, l'idée d'une gouvernance réellement démocratique de l'ordre juridique international entretient à bon

compte l'illusion, si la régulation politique par le haut qu'elle promet demeure soumise, par le bas, aux impératifs d'un marché lui imposant l'idéologie, les outils et le langage d'un mode de gestion technocratique des problèmes mondiaux, dans la ligne du tournant managérial pris sous certains aspects par le droit international⁴⁸.

Or, à se focaliser sur les auteurs directs de sa transnationalisation, les appels à un multilatéralisme nouveau tendent à laisser en retrait les États eux-mêmes, et concrètement ceux du Sud, selon le mot simplificateur désignant les pays hier sous-développés, aujourd'hui en développement, mais qui vont des « émergents » (BRICS) aux « moins avancés ». Qu'il s'agisse du G7 ou du G20, de la représentativité figée des cinq Grands du Conseil de sécurité, du vote pondéré par les quotes-parts financières au FMI et à la Banque mondiale ou de la composition des administrations internationales, l'intégration partielle et inégale du Sud dans les enceintes multilatérales alimente les critiques récurrentes d'un système de domination entretenu, hors et dans l'ordre institutionnel, par la prédominance des États développés ou industrialisés dits du Nord. Le droit international ne peut à l'évidence réduire à lui seul les profondes inégalités de tous ordres qu'il s'est depuis plusieurs décennies attaché à corriger après s'être historiquement construit sur elles, et qu'en dépit de ses bénéfices, a accrues la mondialisation. Mais au-delà des multiples acteurs devenus à des degrés divers auteurs et destinataires de ses règles, les phénomènes et événements que l'on vient d'évoquer pavent la voie qu'il devra inévitablement emprunter afin d'affermir à l'avenir sa résilience : celle d'une transformation profonde le conduisant, cadres multilatéraux rénovés aidant, à prendre plus et mieux que jamais en considération les populations des États qui, sous la qualification trompeuse d'« élément constitutif », en sont la substance vitale et la raison d'être.

47. A. Bianchi, « Looking ahead: international law's main challenges », in D. Armstrong (dir.), *Routledge Handbook of International Law*, London, Routledge, 2009, p. 392.

48. G. Cahin, « Codification ou boîte à outils ? Écrire la pratique des organisations internationales », *RGDIP* 2022, p. 437-462 ; N. Loupi, « Une rhétorique de la mondialisation ? », in M.-C. Runavot, *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?*, Paris, Pedone, 2018, p. 179-196 ; P.-F. Laval, « Les Nations Unies et l'idée de gouvernance », *RGDIP* 2019, p. 849.

Perspectives

Droit international public

Le droit international public dans son insoutenable irréductibilité

Franck Latty

Professeur à l'Université Paris Nanterre (CEDIN)
Président de la Branche française de l'Association de droit international (ADI/ILA)

Le droit international public contemporain est le produit d'un long processus historique. Au plus loin que l'archéologie permette de remonter, dans toutes les régions habitées du monde, des relations entre entités politiques régnant sur des territoires et des populations, bref entre des proto-États, ont donné lieu à la création de formes rudimentaires de « droit international public », le plus souvent sous la forme de « traités » liés à la guerre ou à la paix¹. C'est cependant au sein du continent européen que le droit international public contemporain a été forgé². L'apparition progressive des États-nations souverains à partir de la fin du Moyen-Âge est allée de pair avec l'émergence d'un corps de règles destiné à organiser les relations entre ces entités égales. L'Europe ayant colonisé la plupart des terres émergées, elle a exporté ses modèles juridiques. Au fur et à mesure des vagues de décolonisation, l'État en tant que modèle d'organisation politique est devenu universel, et le droit interétatique originellement européen s'est mué en droit international public.

Un autre droit international aurait pu se former si, par exemple, comme dans le roman *Civilizations* de Laurent Binet³, les Européens n'avaient pas conquis l'Amérique mais les Incas, débarqués à Lisbonne après le tremblement de terre de 1531, avaient pris le contrôle de l'Europe. De cette inversion du cours de l'Histoire, un autre *jus gentium* serait vraisemblablement né. Cet autre droit international aurait-il été le droit fédéral d'un monde moins désuni ? Un droit des *vrais* gens, non pas celui des relations entre « monstres froids » mais un droit centré sur l'humain et le vivant ? Un droit international plus adapté aux défis globaux ? L'uchronie juridique de ce monde alternatif reste à écrire. On peut se prendre à imaginer que les idéaux scandés dans le préambule de la Charte des Nations Unies auraient connu une réalisation plus avancée : la préservation des « générations futures du fléau de la guerre », la « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et

1. R. Kolb, *Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra européennes*, Éd. Pedone, 2010, p. 31 et s.

2. Pour une approche formellement originale de l'histoire du droit international, voir l'extraordinaire bande dessinée, à mettre entre toutes les mains : G. Bedoret, O. Corten et P. Klein, *De Salamanque à Guantánamo. Une histoire du droit international*, Futuropolis, 2022.

3. L. Binet, *Civilizations*, Grasset, 2019.

petites », la justice, le progrès social et l’instauration « de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ».

En l’état, le monde se divise en États souverains ; leurs relations relèvent du droit international public. Cette représentation minimaliste, « lotussienne »⁴, ne livre qu’une vision tronquée, et en tout état de cause très datée, de la discipline. Parmi les progrès depuis accomplis, le droit international s’est (un peu) humanisé : « il se penche sur les souffrances de l’humanité et fait écho à ses espoirs. Il est descendu de l’Olympe pour se mêler à la foule »⁵. Si l’État souverain demeure au cœur du droit international public, ses modes de formation, ses sujets, son champ matériel, ses techniques de mise en œuvre et ses modes de diffusion⁶ sont en évolution constante, au point que donner une définition synthétique et exacte du droit international public s’apparente à une gageure, presque cent ans après la formule de l’arrêt du *Lotus*.

On partira du postulat qu’il existe bien un champ normatif, ou une discipline, qui s’appelle le « droit international public », coexistant avec, mais distinct, d’autres formes de normativités d’origine ou d’envergure internationale. On tentera de l’identifier dans son irréductibilité, c’est-à-dire de telle sorte qu’il ne puisse être ramené à autre chose (I). On avancera néanmoins que dans nombre de situations internationales, il n’est guère soutenable de s’en tenir à un spectre d’analyse de pur droit international public (II).

I. Définition irréductible du droit international public

De même que le doyen Vedel confessait avoir « fini par [se] résigner à faire du droit sans en avoir une bonne définition »⁷, les internationalistes de droit public enseignant, écrivent sur,

voire pratiquent leur discipline sans que sa définition constitue un enjeu fondamental, autre que didactique. Il existe ainsi une pluralité de définitions doctrinales du droit international public, des plus simples – le droit de la société internationale – aux plus sophistiquées⁸. Le Dictionnaire Salmon classe ces définitions selon trois critères : « les sujets qu’il régit, les relations qu’il régit, ou l’origine des normes dont il est composé »⁹.

Le droit international public ne peut pas (ou plus) être rigoureusement défini par son objet : le droit des relations interétatiques ou, dans sa version évoluée, le droit des relations internationales. Les relations internationales ne sont en effet plus l’apanage des États, si elles l’ont jamais été ; des acteurs de toutes sortes (organisations internationales, partenariats public-privé, entreprises, ONG, individus) participent à ce commerce. Les relations internationales obéissent ainsi à bien d’autres formes de normativité que le droit international public, notamment le droit national (le droit international privé ; le droit interne à portée internationale voire extraterritoriale), le droit régional (dont le droit de l’UE est la manifestation la plus aboutie), et les normativités privées transnationales de toutes sortes : à côté de la classique mais controversée *lex mercatoria* (et ses déclinaisons sectorielles), on peut citer les différents droits religieux, ou encore la *lex sportiva* issue des organisations régulant le sport de compétition, ou dans un autre champ l’auto-régulation des grands acteurs du numérique (il est aisé de déceler une *lex meta*, une *lex twitter*, etc.). Par ailleurs, le champ du droit international public ne connaît guère plus de limite, si bien que toute répartition matérielle entre droit international et droit interne (un des éléments de la doctrine dualiste classique) a fait long feu. Droit international public comme droits internes encadrent la monnaie, les droits et libertés fon-

4. Voir la célèbre formule de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans l’affaire du *Lotus* : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs » (arrêt du 7 septembre 1927, *série A n° 10*, p. 18).

5. M. Bourquin, « L’humanisation du droit des gens », in *Mélanges offerts à Georges Scelle*, LGDJ, 1950, p. 24.

6. Les réseaux sociaux sont un terrain de diffusion du droit international. V. M. Forteau et F. Latty (dir.), *Communication médiatique de l’État et droit international*, Cahiers internationaux, n° 35, Paris, Éd. Pedone, 2022, 252 p.

7. G. Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 11, 1990, p. 69.

8. Le format court de la présente contribution ne permet pas de citer les différentes définitions données par les auteurs contemporains. On n’en citera aucune pour n’en vexer aucun.

9. V. « Droit international public », in J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, AUF, Bruylant, 2001, p. 386.

damentaux, les investissements, la protection des animaux, etc.

Le droit international public n'est guère plus défini par ses sujets, si bien que la définition commode de « droit applicable à la société/communauté internationale », qui invite à en identifier les membres, s'avère trompeuse, depuis que la qualité de sujet n'est plus réservée aux États ou aux organisations internationales publiques. Sauf à avoir une conception aussi restrictive que rétrograde de la personnalité internationale, comment en effet nier que les personnes privées, en plus d'être des sujets de droit interne, sont des sujets du droit international en puissance – ainsi, par exemple, de Michel Platini quand il saisit la Cour européenne des droits de l'Homme contre la Suisse¹⁰, de la société *Plama Consortium Ltd.* qui attire la Bulgarie devant le CIRDI sur le fondement d'un traité de protection des investissements (le traité de la charte de l'énergie)¹¹, ou même de certaines ONG qui, à l'instar du CICR¹², remplissent ce qui s'apparente à des missions de service public international et bénéficient à ce titre d'un statut international particulier (et notamment d'immunités) ? Or, si les personnes privées interagissent occasionnellement avec l'ordre juridique international, ce dernier ne gouverne qu'une portion congrue de leurs comportements.

Le droit international public est à vrai dire repérable principalement par l'origine de ses normes – c'est par ses sources qu'on identifie ce qui relève à proprement parler de la discipline, et c'est un trait caractéristique par rapport aux autres disciplines juridiques qu'on définit généralement par leur objet – ainsi du droit pénal, du droit administratif, du droit de la propriété intellectuelle comme du droit international privé. Ces « matières » comptent d'ailleurs parmi leurs sources celles internationales, qui sont autant de points d'intersection avec le droit international public. Ainsi la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (1986) relève à la fois du droit international public, d'un point de vue formel,

et du droit international privé, d'un point de vue matériel.

Le droit international public est *avant tout* le droit issu des sources formelles que sont les traités, la coutume internationale, les actes des organisations internationales, la jurisprudence internationale, etc. Se définit-il aussi par ses modes de mise en œuvre ? Si certains d'entre eux sont propres à l'ordre juridique international (notamment les mécanismes d'enquête, de contrôle et la justice internationale), force est de constater que le droit international emprunte par ailleurs de nombreux canaux de diffusion, dont certains ne lui sont pas propres (on pense en particulier à la justice nationale).

Dans son irréductibilité, le droit international public serait donc le produit de ses sources. Cette approche n'est toutefois pas soutenable si, passé le stade de l'identification de la quintessence de la matière, elle implique le port d'ocellères au moment d'en emprunter les chemins.

II. Décloisonnement nécessaire du droit international public

Capter le droit international public dans son plus simple appareil n'exclut pas d'avoir une approche décloisonnée de la discipline. Il s'agit au contraire d'une invitation permanente à en dépasser les frontières.

Certes, il est des situations internationales qui paraissent ne relever *que* du droit international public. Sont de celles-là les affaires qui sont portées devant la Cour internationale de Justice (CIJ), qui justement suit l'article 38 de son statut, lequel est réputé lister les sources du droit international public sous couvert de livrer le droit applicable par la Cour. Les juges de la CIJ peuvent (et d'ailleurs doivent) s'en tenir au droit international public.

Il n'est pas rare, toutefois, que le contentieux devant la CIJ ne soit qu'une facette d'un différend plus global. Cela peut résulter du chef de compétence étroit de la Cour, limité dans de nombreux cas à l'interprétation ou l'application

10. CEDH, 11 févr. 2020, n° 526/18, *Platini c/ Suisse* (irrecevabilité).

11. CIRDI, 8 févr. 2005, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Ltd. c/ Bulgarie* (décision sur la compétence), § 141 : « *By any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law* ».

12. TPIY, Chambre de première instance III, 27 juill. 1999, n° IT-95-9PT, *Procureur c. Blagoje Simic et al.* : « *[i]t is generally acknowledged that the ICRC, although a private organization under Swiss law, has an international legal personality* ».

d'une convention déterminée. Quelques heures après le déclenchement de l'agression de la Russie contre l'Ukraine, la Cour a ainsi été saisie par l'Ukraine d'une requête fondée sur la convention de 1948 sur le génocide. Du fait de cette base de compétence spécifique, la Cour devrait se limiter à déterminer si la Russie a manqué à la convention en prétendant justifier ses opérations militaires par un génocide fallacieux commis par l'Ukraine dans le Donbass¹³. Autant dire que la Cour n'examinera la guerre entre les deux États et ses conséquences que par un petit bout de lorgnette. Même si la Cour disposait d'une base de compétence plus étendue, l'approche de droit international public qui la contraint ne lui permettrait pas d'embrasser l'ensemble des aspects de cette guerre – on pense notamment aux sanctions de toutes natures qui ont été prises contre la Russie ou des ressortissants russes, qui intéressent d'autres droits (droits nationaux, droit de l'Union européenne, notamment), que le juriste internationaliste, quel que soit son pédigrée ou sa discipline de prédilection, ne peut faire mine d'ignorer s'il veut appréhender la situation dans son ensemble.

On retrouvera ici en filigrane la pensée d'un Jessup, qui à travers le vocable « *transnational law* » entendait décloisonner les disciplines juridiques en désignant ainsi les règles applicables à toute situation juridique présentant un élément d'extranéité :

« *I shall use, instead of "international law" the term "transnational law" to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.* »¹⁴

On s'en démarquera toutefois en ce que Jessup invitait le juge, national ou international, à sélectionner, parmi ces diverses règles transnationales, celles qu'il considère comme étant les plus conformes à la raison et à la justice dans un litige donné¹⁵. En ce sens, force est de constater que l'article 42, § 1, de la Convention de Washington de 1965 – décidément fort « jessupien » – permet aux tribunaux CIRDI de combiner sur un plan horizontal, selon les questions traitées, droit international et droit national¹⁶. Mais une telle liberté demeure l'apanage de certains tribunaux arbitraux. Les juges, organes de leur ordre juridique d'appartenance, n'ont pas la liberté de jongler entre les différentes règles « transnationales ». Les tribunaux internes sont contraints par la hiérarchie des normes à l'œuvre au sein de leur État, de même que la CIJ ne peut déroger à l'article 38 de son statut. La norme extérieure à l'ordre juridique considéré n'a valeur que factuelle¹⁷, sauf à ce qu'une norme de l'ordre juridique de référence lui reconnaisse valeur normative. Devant la CIJ, des normes nationales peuvent ainsi s'appliquer par renvoi, comme par exemple l'ancien droit interne colonial dans certains différends territoriaux, conformément au principe *uti possidetis juris*¹⁸. Au niveau national, la constitution peut donner au droit international une autorité dans l'ordre juridique interne (à l'instar de l'article 55 de la Constitution de 1958), tout comme le juge national peut appliquer le droit étranger par le jeu d'une règle de conflit de lois.

Cela étant, si les rapports de systèmes subsistent, les parois disciplinaires ne sont pas étanches. Le droit des investissements comme le droit des immunités ou le droit international des

13. Voir la requête introductive d'instance dans l'affaire *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c/ Fédération de Russie)*, 26 févr. 2022. Dans une ordonnance du 16 mars 2022, la CIJ a indiqué des mesures conservatoires consistant notamment en l'obligation pour la Russie de « suspendre les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine ». Il est déjà acquis que la Russie engage sa responsabilité en ne se conformant pas à cette ordonnance.

14. Ph. C. Jessup, *Transnational Law*, Yale UP, 1956, p. 2. Les « *other rules* » hors catégories standards couvrent le droit interne à portée internationale (ex. : droit civil, pénal, administratif...), le droit international administratif, les règles applicables aux contrats d'États ou celles de droit transnational *stricto sensu*, type *lex mercatoria*.

15. Ph. C. Jessup, *Transnational Law*, *op. cit.*, p. 106 et s.

16. V. M. Forteau, « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois ? », in *Liber amicorum Jean-Pierre Cot. Le procès international*, Bruylant, 2009, p. 95-129.

17. CPJ, 25 mai 1926, *série A n° 7*, p. 19 *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise – Fond* : « Au regard du droit international [...] les lois nationales sont de simples faits [...] ».

18. V. par exemple CIJ, 16 avr. 2013, *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, § 60 et s.

droits de l'homme appliqué aux entreprises sont d'autres exemples qui témoignent de l'insoutenable du cloisonnement disciplinaire.

L'année 2023 marque les 150 ans de l'Institut de droit international et de l'Association de droit international (*International Law Association*), tous deux fondés en 1873 – la France accueille d'ailleurs les manifestations liées à ces deux événements. L'Académie de droit international de La Haye fête son centenaire cette même année.

Il est remarquable que ces trois vénérables institutions embrassent à la fois le droit international public et le droit international privé. En reposant sur l'idée qu'il y a un tout commun, elles contribuent à rendre les disciplines plus perméables. Les deux premières ont été créées, il est vrai, à une époque où droit international public

et privé faisaient souvent chapelle commune. La troisième, en organisant ses cours d'été en deux sessions, peut certes contribuer à entretenir le cloisonnement, mais on remarquera que les cours d'hiver, proposés depuis 2019, sont « mixtes », en ce qu'ils mêlent droit international public et privé.

C'est un signe des temps. Comme les praticiens qui, par nécessité, doivent faire fi des rigidités disciplinaires, les enseignants-chercheurs en droit international public ne devraient plus hésiter à mordre la ligne blanche de leur étroit couloir. Le droit international public ne peut plus être enseigné, étudié, pensé en « isolation clinique » des autres droits régulant les rapports internationaux. Moins dans sa définition que dans son approche, il appelle une démarche holistique.

Perspectives

Droit international public

Le droit international public à l'épreuve de la privatisation

Nathalie Ros

Professeur à l'Université de Tours (IRJI)

Vice-Président et Secrétaire général de l'Association internationale du Droit de la Mer

Au ^{xxi}^e siècle, le droit international public se définit toujours par référence à ses sujets, acteurs des relations internationales qu'il s'emploie à régir, et que sont traditionnellement les États, sujets primaires et originaires, et les organisations internationales, sujets secondaires et dérivés. Mais, depuis la seconde moitié du ^{xx}^e siècle, il doit cohabiter avec le facteur privé¹ et un droit transnational dont le champ normatif s'est considérablement développé au cours des dernières décennies, en lien direct avec les mouvements de mondialisation et de globalisation dont les acteurs ne sont précisément pas sujets de droit international. Il en résulte un pluralisme qui n'emporte cependant pas forcément de concurrence entre les ordres juridiques, ni ne change la nature fondamentalement publique du droit international, tout au moins tant que les États restent en mesure de contenir l'entrisme des acteurs privés et de maintenir ainsi hors de leur portée ce qui constitue l'essence même de la souveraineté. Dans l'hypothèse contraire, le droit international public peut se retrouver confronté à l'épreuve de la privatisation, laquelle n'est alors

pas celle des sujets du droit international, mais celle des espaces et de leurs ressources, comme en définitive de missions régaliennes usurpées par des acteurs privés ayant progressivement acquis ou conquis un droit de cité dans le village planétaire.

Qui s'intéresse au droit international sait que les biens communs, tels que l'espace et les fréquences, l'eau mais surtout les océans et leurs richesses, font actuellement l'objet d'appropriations privées confinant à une privatisation de fait et parfois même de droit. Une fois de plus, le droit international de la mer, traditionnel vecteur de développement et de changement du droit international public, fait d'autant plus figure de laboratoire qu'il évolue par nature très rapidement, en lien avec les enjeux économiques, stratégiques et environnementaux, dans un monde où le libéralisme s'est désormais imposé non seulement en tant que paradigme économique mais aussi comme modèle politique et social de gouvernement et de gouvernance. Dans le droit de la mer post-nouveau², le postulat néolibéral, opposant l'inefficacité ontologique de

1. E. Roucouas, « Facteurs privés et droit international public », *RCADI* 2002, Tome 299, p. 9-419.

2. N. Ros, « L'évolution du droit de la mer : du nouveau droit de la mer au droit de la mer post-nouveau », in A. Caligiuri, G. Cataldi et N. Ros (Eds), *L'évolution du droit de la mer : réflexions à l'occasion du 20^e anniversaire de l'AssIDMer (2001-2021) / The Evolution of the Law of the Sea : Reflections on the occasion of the 20th AssIDMer Anniversary (2001-2021)*, Cahiers de l'Association internationale du Droit de la Mer 10, Editoriale Scientifica, 2023 (à paraître) ; N. Ros, « Nouveau ou post-nouveau, le droit international de la mer est-il sécurisant ? », in S. Doumbé-Billé, H. Ben Mahfoudh et K. Neri (dir.), *Le droit international actuel est-il sécurisant ?*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 357-380.

l'action publique à la performance économique de l'initiative privée, a ainsi permis *l'émergence d'une gouvernance internationale privée* (I), ce qui conduit en pratique inévitablement à *une remise en cause du rôle et de la place de l'État* (II) dont les manifestations se font désormais sentir au cœur même des missions de souveraineté, et dans tout le droit international public.

I. L'émergence d'une gouvernance internationale privée

Déjà ancienne dans le domaine environnemental, la gouvernance privée est actuellement présentée par ses zélateurs comme la solution miracle pour l'avenir des mers et des océans; non dénué d'ambiguïtés ontologiques, de par les collusions d'intérêts qu'il emporte³, ce mode de gestion fait pourtant débat, *a fortiori* s'agissant d'espaces aujourd'hui considérés comme faisant partie du territoire de l'État ou définis comme insusceptibles d'appropriation étatique. Même si le droit en demeure le déterminant, la gouvernance postule en effet le dépassement de la logique classiquement étatique du droit⁴; elle incarne en l'occurrence *une financiarisation de l'action environnementale* (A) et repose sur un *nouvel arsenal conceptuel* (B).

A. Une financiarisation de l'action environnementale

La gouvernance environnementale privée est promue *par certaines ONGE* (1) et généralement opérée *via des trust funds* (2), ce qui est de nature à permettre une capitalisation des espaces maritimes et une marchandisation de leurs ressources au profit d'investisseurs privés.

1. Par certaines ONGE

Sous couvert de gouvernance⁵, la privatisation des mers a pour principal vecteur des organisations non gouvernementales environnementales (ONGE) obéissant à une logique bien spécifique;

il s'agit de très grandes organisations, de tradition comme d'origine anglo-saxonne et même nord-américaine, qui présentent la double particularité d'être à la fois capitalisées et corporatisées.

Les relations étroites et les liens ambigus, quasi incestueux, que ces ONGE entretiennent avec les opérateurs et lobbys industriels sont désormais de notoriété publique et de surcroît fort bien documentés⁶; les plus puissantes de ces organisations, qui fonctionnent selon une véritable stratégie de financiarisation, dépendent en effet financièrement du secteur industriel, pétrolier et gazier, mais aussi de l'exploitation minière et de la haute technologie en lien avec les terres rares, parfois de manière directe mais le plus souvent indirectement *via les charitable trusts* et les fondations qui les financent. Ces ONGE sont également caractérisées par un véritable schéma de corporatisation, laquelle est à la fois celle des méthodes et des acteurs. Si leur culture managériale illustre la dimension néolibérale du mouvement conservateur, ces ONGE sont aussi directement liées au secteur industriel de par la composition de leurs conseils d'administration, ainsi que de ceux des *trusts* et des fondations auxquels elles sont adossées, puisque leurs membres en sont généralement issus, les mêmes étant d'ailleurs souvent simultanément ou successivement cooptés dans les uns et les autres.

Les dirigeants de ces ONG ne sont en effet pas élus, et le fonctionnement de ces organisations n'est ni transparent ni démocratique comme peut l'être celui d'une association de droit français ou *a fortiori* d'un État de droit. Alors qu'elles s'autoproclament représentatives de la société civile, ces ONGE ne représentent donc pas plus l'opinion publique que les générations futures⁷, et il n'est pas fortuit que leurs prises de position en faveur de la conservation intégrale, *via* le concept d'aires marines protégées (AMP) *no take*, favorise systématiquement les intérêts de leurs financeurs, dès lors

3. R. Falkner, « Private environmental governance and international relations : exploring the links », *Global environmental politics* 2003, 3 (2), p. 72-87, <https://core.ac.uk/download/pdf/207876.pdf>.

4. N. Ros, « La gouvernance des mers et des océans, entre mythes et réalités juridiques », *JDI* 2017/3, p. 757-812.

5. N. Ros, « Modern Law of the Sea: From Governance to Privatization », *Waseda Bulletin of Comparative Law* 2019, Volume 37, p. 11-34, <https://core.ac.uk/download/pdf/286963364.pdf>.

6. Y. Giron et A. Le Sann, « Blue Charity Business – la réforme des pêches européennes – premier panorama – 2000 à 2011 », *Pêche et développement* 2012, http://www.pecche-dev.org/IMG/pdf/121107_blue_charity_business_full_report_fr.pdf.

7. N. Ros, « Le droit fondamental des générations futures à la mer comme bien commun », in N. Guillet (dir.), *Mer et droits fondamentaux de la personne humaine*, LGDJ, 2022, p. 151-176.

qu'il s'agit généralement d'exclure les activités halieutiques avec l'avantage de sécuriser ainsi l'exploitation *offshore* et/ou minière, notamment *via des trust funds*.

2. *Via des trust funds*

Si le lobbying des ONGE a pour but de convaincre les États de (et dans certains cas de les contraindre à) créer de grandes AMP dans leurs zones sous juridiction, ces organisations ne sont la plupart du temps pas directement en charge de la gestion desdites AMP. Dans les modèles les plus achevés⁸, les ONG préfèrent en effet intervenir indirectement *via* le recours à un instrument juridique dédié, le *trust* ou *trust fund*, en d'autres termes un fonds fiduciaire.

Juridiquement indépendant, le *trust* permet de concrétiser mais aussi de rationaliser le financement, et d'opérationnaliser, selon une logique de marché, la gouvernance privée des espaces maritimes sous juridiction étatique. Le *trust* permet de mobiliser des fonds, privés voire éventuellement publics, et de gérer le capital ainsi constitué en vue de générer des profits pour les investisseurs, *via* des *debt swaps* ou des *blue bonds*, ce qui conduit à la financiarisation des écosystèmes et à leur marchandisation⁹. Même si l'espace maritime concerné demeure formellement sous sa juridiction, l'État est contraint d'abdiquer une partie des droits souverains que le droit international public lui confère, en l'occurrence généralement dans sa zone économique exclusive, au profit d'un gestionnaire privé qui se voit ainsi reconnaître, sous prétexte de protection de la biodiversité ou de lutte contre le changement climatique, un véritable pouvoir décisionnaire dans la gestion et l'attribution des espaces comme dans la détermination des activités autorisées ou interdites.

Ces *trusts* sont naturellement des émanations des ONGE et de leurs partenaires industriels;

ils sont selon les cas créés par un acte de droit interne de l'État, plus ou moins inspiré par la ou les ONG, voire par un contrat transnational qui échappe alors complètement à l'ordre juridique de l'État. Véritables bras armés du mouvement conservateur, ils contrôlent en droit comme en fait les espaces marins et les activités économiques dont ils sont le support, *via* un *nouvel arsenal conceptuel*, qui en fait le cheval de Troie de la privatisation.

B. Un nouvel arsenal conceptuel

En lien avec cette gouvernance privée, la promotion de nouvelles méthodes de décision et de gestion conduit en effet à une véritable privatisation des espaces maritimes¹⁰; sous prétexte de revisiter l'action publique, elles facilitent l'entrisme des acteurs privés, à l'instar du *partenariat public-privé* (1) ou de la *spatialisation fonctionnelle* (2).

1. Le partenariat public-privé

Emblématiques du libéralisme économique et politique, les partenariats public-privé (PPP) se sont d'abord développés dans les systèmes juridiques internes, avant que le mouvement ne se propage ensuite au sein de la société internationale, où il a naturellement favorisé l'entrisme des acteurs privés, au nom de la conservation de la biodiversité et de l'urgence climatique mais aussi de l'économie et de la croissance bleues¹¹. En lien avec les objectifs de privatisation, un PPP global, incitant à la multiplication des grandes AMP *no take*, a ainsi donné lieu à des PPP locaux le déclinant plus particulièrement dans certaines régions du monde.

Au niveau global, c'est le *lobbying*, et souvent même le *science-based lobbying*, des grandes ONGE qui a incité les États à créer des AMP, au détriment des autres mesures de conservation efficace par zone pourtant prévues par la

8. À Kiribati *via* le *Phoenix Islands Protected Area Trust*, aux Chagos *via* le *Chagos Conservation Trust*, aux Seychelles *via* le *Seychelles' Conservation and Climate Adaptation Trust* (SeyCCAT).

9. N. Ros, « L'appropriation et la marchandisation des espaces maritimes et de leurs ressources », in A. de Raulin (dir.), *Le droit international et européen de la biodiversité*, L'Harmattan, 2023 (à paraître).

10. N. Ros, « La privatisation des mers et des océans : du mythe à la réalité », in P. Chaumette (coord.), *Transforming the ocean law by requirement of the marine environment conservation / Le droit des océans transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019, p. 169-187, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02396208/document>.

11. S. Lelong, V. du Castel et Y. Giron, « La croissance bleue. Puissances publiques versus puissances privées », *Diploweb.com La Revue géopolitique*, mardi 19 janv. 2016, <https://www.diploweb.com/La-croissance-bleue.html>; N. Ros, « Estrategia Blue Growth y retos de Privatización del mar », in J. Cabeza Pereiro et B. Fernández Docampo (coord.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Editorial Bomarzo, 2018, p. 227-250.

Convention sur la diversité biologique ; articulé autour d'objectifs chiffrés, à l'instar de l'Objectif 11 d'Aichi, et habilement médiatisé dans les forums onusiens comme auprès de la société civile, ce PPP est à l'origine de la dynamique de multiplication et d'extension des grandes AMP¹², dont certaines totalement *no take*, dans les zones sous juridiction nationale d'États ou de territoires principalement situés dans le Pacifique¹³, et subsidiairement dans l'océan Indien.

Le PPP global a donc été décliné en PPP locaux, conclus entre une ou plusieurs ONGE et un État. Si le cas atypique des Chagos témoigne qu'un tel PPP peut être gagnant-gagnant pour les grandes puissances¹⁴, il n'en va naturellement pas de même lorsque l'État se trouve en définitive contraint, notamment du fait de son endettement et/ou des diktats économiques relayés par les institutions internationales telles que la Banque mondiale, de placer tout ou partie de sa ZEE sous un régime de gouvernance environnementale privée, *via* un PPP inévitablement déséquilibré. Ces montages qui font intervenir les ONGE et les *trusts* conduisent alors l'État à abdiquer ses droits souverains, à finalité économique, sous prétexte de développer les stratégies de conservation et de croissance bleue qu'un sujet de droit public et *a fortiori* un État en voie de développement est considéré comme étant par principe incapable de mettre en œuvre. Le PPP prend alors la forme d'un contrat léonin dont la logique n'est pas sans rappeler celle des traités inégaux, et dont la dimension transnationale questionne la réversibilité de la dynamique de privatisation qu'elle incarne et que conforte le recours aux techniques de *spatialisation fonctionnelle*.

2. La spatialisation fonctionnelle

La privatisation des mers et des océans s'appuie en effet concrètement sur une démarche de spatialisation fonctionnelle laquelle suppose, à l'instar de ce qui se fait à terre ou sur le littoral, d'appréhender les espaces par référence aux activités qu'ils supportent, selon une logique par conséquent fonctionnelle, permettant ainsi de partager l'espace et de le répartir entre les différentes activités dont l'économie bleue postule le développement conjoint¹⁵.

La forme la plus répandue de spatialisation fonctionnelle est naturellement la planification spatiale marine (PSM, ou planification de l'espace maritime selon le vocabulaire de l'Union européenne) qui s'est rapidement développée dans le contexte de l'économie bleue, puisqu'elle permet d'en garantir la rentabilité en sécurisant les investissements, par l'encadrement des conflits d'usage, la conciliation et la priorisation des activités¹⁶. À la fois publique, dès lors qu'elle concerne la gestion d'un espace sous juridiction de l'État, et privée puisque destinée à planifier des activités industrielles ou commerciales, la PSM prend la forme d'un PPP déployé à l'échelle d'un espace maritime donné, puis décliné et mis en œuvre, toujours selon une logique de PPP, *via* le mécanisme juridique des concessions que l'État accorde aux opérateurs privés ; elle est donc en soi un mécanisme d'emprise maritime fonctionnelle qui confine à la privatisation d'espaces publics au profit d'acteurs et d'intérêts privés. Présentée comme le préalable à toute stratégie de croissance bleue, la PSM n'est cependant pas toujours un choix pour les États auxquels elle peut être imposée, non seulement dans son principe mais aussi dans sa mise en œuvre. L'exemple des Seychelles est à cet égard édifiant ; acculé à la banqueroute, ce petit État insulaire de l'océan

12. B. Cazalet et P. Leenhardt, « Le phénomène mondial de multiplication et d'extension des surfaces des grandes aires marines protégées », in F. Féral et B. Salvat (dir.), *Gouvernance, enjeux et mondialisation des grandes aires marines protégées*, L'Harmattan, 2014, p. 25-52.

13. Y. Giron, « The other side of large-scale, no-take, marine protected areas in the Pacific Ocean », in E. Fache et S. Pauwels (Eds.), *Fisheries in the Pacific The Challenges of Governance and Sustainability*, Pacific-Credo Publications, 2016, p. 77-117, https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers16-12/010068562.pdf.

14. E. M. De Santo, P. J. S. Jones et A. M. M. Miller, « Fortress conservation at sea: a commentary on the Chagos MPA », *Marine Policy* 2011, Volume 35, p. 258-260 ; P. Sand, « The Chagos Archipelago – Footprint of Empire, or World Heritage? », *Environmental Policy and Law* 2010, p. 232-242, https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/chagos___environmental_policy_and_law.pdf.

15. N. Ros, « La spatialisation fonctionnelle des espaces maritimes », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Tome XXXVI, 2023 (à paraître).

16. Ch. N. Ehler, « Two decades of progress in Marine Spatial Planning », *Marine Policy* 2021, Volume 132, Article 104134 ; F. Maes, « The international legal framework for marine spatial planning », *Marine Policy* 2008, Volume 32, p. 797-810.

Indien, a été contraint à la planification spatiale de ses espaces maritimes par l'ONGE *The Nature Conservancy*, laquelle a ainsi acquis, via un *trust fund*, la maîtrise de la ZEE seychelloise pour une durée indéterminée et peut y autoriser ou interdire les activités¹⁷.

Qu'elles soient intégrées, comme aux Seychelles, ou non dans un schéma de PSM¹⁸, les aires marines protégées entrent dans la catégorie des outils de gestion par zone et relèvent donc également d'une démarche de spatialisation fonctionnelle. Instruments dédiés à la conservation de la biodiversité, via l'encadrement des activités et/ou la préservation des espèces, les AMP consacrent une forme d'emprise sur des espaces maritimes délimités et soumis à une réglementation finalisée dans un plan de gestion. Sous l'influence des ONGE, les AMP et en particulier les grandes AMP *no take* sont considérées comme le plus efficace des outils de conservation de la biodiversité, sans que cela ne soit d'ailleurs scientifiquement démontré. Si la dimension *no take* peut en théorie viser toutes activités de préemption, elle ne renvoie dans la majeure partie des cas qu'à la pêche¹⁹, tandis que les autres activités extractives bénéficient souvent d'un préjugé moins défavorable et sont même parfois explicitement promues au nom de l'économie bleue, voire expressément permises, à l'instar de l'exploitation pétrolière et minière, le plus souvent ailleurs selon une démarche de compensation, éventuellement développée via un schéma de PSM, sinon très exceptionnellement au sein même des AMP. Essentiellement créées dans des régions stratégiques et dotées de perspectives d'exploitation minière, l'océan Indien et le Pacifique, ces espaces de conservation intégrale sont un formidable vecteur de privatisation des mers mais aussi des ressources; elles permettent en effet de contrôler un périmètre maritime donné et de sécuriser les activités industrielles, selon une approche tridimensionnelle, dès lors que les eaux

surjacentes constituent toujours la voie d'accès aux richesses du sol et du sous-sol.

La généralisation de la spatialisation fonctionnelle dans les zones sous juridiction mais aussi dans les espaces internationaux, tels que la Zone internationale des fonds marins, ou demain la haute mer, porte en germe une *remise en cause du rôle et de la place de l'État*, dans la mesure où la gouvernance internationale privée consacre une forme de renoncement des États qui acceptent ainsi que des acteurs privés exercent une partie des compétences normatives et opérationnelles que le droit international leur confère.

II. Une remise en cause du rôle et de la place de l'État

Vecteur de privatisation du droit international public, la marginalisation de l'État²⁰ dans le domaine du droit de la mer n'est pas seulement individuelle, elle est aussi collective et par conséquent systémique; d'ores et déjà avérée dans le cas des petits États insulaires en développement (SIDS pour *Small Island Developing States*) du Pacifique et de l'océan Indien, elle guette d'autres États vulnérables mais aussi la communauté internationale en son ensemble, dans les espaces maritimes sous juridiction comme dans ceux que le droit international considère pourtant être insusceptibles d'appropriation; le risque est réel qui acte une évolution, d'un *phénomène géopolitiquement situé* (A) à une *mutation systémique globale* (B), dont les prémices dépassent déjà le cadre des seuls espaces maritimes et touchent au cœur même des souverainetés.

A. D'un phénomène géopolitiquement situé

Pour l'heure documentée dans quelques cas d'école, officiellement appelés à être répliqués, la remise en cause du rôle et de la place de l'État s'articule essentiellement autour de deux axes

17. J. J. Silver et L. M. Campbell, « Conservation, development and the blue frontier: the Republic of Seychelles' Debt Restructuring for Marine Conservation and Climate Adaptation Program », *International Social Science Journal* 2018, Volume 68, Issue 229-230.

18. B. Trouillet et S. Jay, « The complex relationships between marine protected areas and marine spatial planning : Towards an analytical framework », *Marine Policy* 2021, Volume 127, Article 104441.

19. N. Ros, « La pêche durable dans le contexte de privatisation des mers », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, 2022, Tome XXXV, p. 53-91; N. Ros, « *Human Sea* : les pêcheurs face aux risques de privatisation des espaces, maritimes et de leurs ressources », in A. Charbonneau, O. Fotinopoulou-Basurko et F. Mandin (coord.), *Le travail et la mer. Liber amicorum en hommage à Patrick Chaumette*, Pedone, 2021, p. 77-84.

20. J. Salmon, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », *RCADI* 2010, Tome 347, p. 9-78.

principaux : *un basculement dans la transnationalité* (1) et *un renoncement de souveraineté territoriale* (2), également caractéristiques du colonialisme bleu²¹.

1. Un basculement dans la transnationalité

La concrétisation d'un PPP entre l'État et les acteurs privés peut en effet conduire *in fine* à l'instauration d'un régime juridique transnational, fondé sur le postulat d'une *lex ecologica* et permettant d'extraterritorialiser ainsi la gestion des espaces et des ressources²². Au regard du droit international, les espaces maritimes demeurent sous la juridiction du souverain étatique dont le consentement est formellement requis, mais leur régime juridique est en définitive totalement dévoyé²³. Le *trust* peut alors être créé soit par un acte de droit interne, généralement dicté par l'ONGE, soit par un contrat transnational qui échappe alors totalement à l'ordre juridique de l'État.

L'exemple du *Phoenix Islands Protected Area* (PIPA), annoncé en 2006 et finalisé en 2008 par la République de Kiribati, est une parfaite illustration de ce basculement dans la transnationalité. Cette transformation d'une partie plus que substantielle de la ZEE en AMP *no take*, sur laquelle l'État cherche aujourd'hui à revenir, résulte en effet d'un partenariat public-privé, aussi léonin que déséquilibré, entre le gouvernement de ce petit État insulaire en développement du Pacifique et deux institutions privées américaines (*New England Aquarium* et l'ONGE *Conservation International*)²⁴. Mais elle a surtout été réalisée selon un processus non démocratique, *via* une succession d'actes juridiques allogènes relevant du droit transnational, puisque l'acte créant le

trust a été rédigé par un cabinet d'avocats bos-tonien et seulement formellement adopté par le Parlement, et qu'il est associé à un *Conservation Agreement*, qui est un véritable contrat transnational pour lequel le Parlement n'a même pas été consulté et dont le contentieux est soustrait aux juridictions locales²⁵. Le basculement dans l'ordre juridique transnational atteint ici un degré supplémentaire, car les éventuels différends seront soumis à l'arbitrage commercial international, ce qui est concrètement de nature à entraver l'action de l'État côtier et *a fortiori* des requérants nationaux. Les obstacles sont alors d'autant plus réels que ces actes juridiques sont en général confidentiels, et ne prévoient le plus souvent pas la réversibilité du processus, ce qui consacre *in fine* un véritable *renoncement de souveraineté territoriale*.

2. Un renoncement de souveraineté territoriale

Non sans paradoxe, cette dynamique de privatisation trouve en fait son origine dans le nouveau droit de la mer ; si le triomphe du nationalisme côtier a ainsi fait basculer de gigantesques espaces maritimes du statut de mer libre à celui de zone sous juridiction nationale, la finalité économique, voire environnementale, des droits souverains les rend facilement transférables aux opérateurs privés, alors que les enjeux de souveraineté économique ont de fait progressivement conduit à une territorialisation de ces espaces²⁶.

Au regard du droit international public, rien ne peut naturellement être imposé à un État souverain, mais l'exemple seychellois montre à quel point la souveraineté de l'État et son consentement peuvent en pratique être contraints, dans

21. N. Ros, « L'émergence d'un colonialisme bleu », *Neptunus* 2021/4, Volume 27, <https://cdmo.univ-nantes.fr/fr/heptunus-e-revue/annee-2020>.

22. N. Affolder, « Looking for Law in Unusual Places: Cross-Border Diffusion of Environmental Norms », *Transnational Environmental Law* 2018, 7:3, p. 425-449, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridgecore/content/view/743A30F-183258158FAC8103303CAA0A/S2047102518000080a.pdf/looking_for_law_in_unusual_places_crossborder_diffusion_of_environmental_norms.pdf.

23. N. Ros, « Le régime juridique des espaces maritimes 40 ans après Montego Bay », in M.-P. Lanfranchi (dir.), *À l'occasion des quarante ans de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Pedone, 2023 (à paraître).

24. R. Rotjan e.a., « Establishment, Management, and Maintenance of the Phoenix Islands Protected Area », in M. L. Johnson et J. Sandell (Eds), *Advances in Marine Biology*, Volume 69, Academic Press, 2014, p. 289-324.

25. M.-A. F. Mallin e.a., « In oceans we trust : Conservation, philanthropy, and the political economy of the Phoenix Islands Protected Area », *Marine Policy* 2019, Volume 107, Article 103421 ; P. Shelley, « Contracting for Conservation in the Central Pacific: An Overview of the Phoenix Islands Protected Area », *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Volume 106, 2012, p. 511-517.

26. N. Ros, « De l'appropriation publique à la privatisation des espaces maritimes et de leurs ressources », *Annuaire français des relations internationales* 2020, Volume XXI, p. 615-628, <https://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2020/09/Article-Ros.pdf>.

le cadre d'un échange de dette ou au nom de l'économie et de la croissance bleues²⁷. Le *debt swap* ne peut naturellement pas être juridiquement imposé à l'État débiteur, et il doit consentir à la contrepartie, c'est-à-dire au transfert des compétences de gestion. Mais le cas des Seychelles laisse en pratique peu de doutes quant à la réalité d'un tel PPP; même en l'absence de contrat transnational, l'ensemble de la ZEE seychelloise a en effet basculé sous gestion privée, *via* la création d'un *trust fund* et l'instauration d'une PSM, avec l'obligation d'en conserver 30 % sous forme d'AMP, dont la moitié *no take*, pour une durée indéterminée ce qui signifie que ce mode de gouvernance pourra être maintenu même après que l'État aura remboursé sa dette.

Cette non-réversibilité du processus de privatisation est un facteur emblématique du renoncement de souveraineté territoriale imposé aux États. L'acte créant le *trust* n'est en effet généralement pas adopté pour une durée déterminée, et sa résiliation est souvent encadrée de façon à ne pouvoir bénéficier qu'aux acteurs privés et non à l'État, comme en témoigne le cas seychellois, l'un des rares où le texte a été publié. Il en va de même du processus de spatialisations fonctionnelles mis en place; les AMP ne sont pas créées pour une durée déterminée et la planification spatiale marine n'est pas non plus conçue à temps²⁸. En d'autres termes, l'État n'a pas forcément les moyens juridiques de recouvrer la plénitude des droits souverains dont le droit international public lui garantit pourtant la jouissance, ce qui va dans le sens d'une *mutation systémique globale*.

B. À une mutation systémique globale

Au-delà des zones sous juridiction nationale, la privatisation des espaces et des ressources maritimes est un enjeu de BBNJ (1), l'actuelle Conférence des Nations Unies sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité de la haute

mer²⁹; mais, de la mer à la terre, *un risque de privatisation* (2) bien plus global existe aujourd'hui qui est un recul du droit international public et de sa logique interétatique, tant relationnelle qu'institutionnelle, au profit d'acteurs privés, désormais impliqués au cœur des souverainetés.

1. Un enjeu de BBNJ

Le processus qui a permis la convocation de la Conférence intergouvernementale sur un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale est également fondé sur un partenariat public-privé, entre les ONGE et les États, à tout le moins s'agissant de la question des AMP de haute mer qui constitue l'un des quatre thèmes composant le *package* de négociation. Les problématiques et les enjeux sont en définitive identiques en haute mer et dans les zones sous juridiction; justifiées par la protection de la biodiversité, et présentées comme le plus efficace des outils de gestion par zone, les AMP participent de la future spatialisation fonctionnelle de la haute mer, en lien avec la planification spatiale marine³⁰, et sont donc aussi potentiellement un formidable instrument de privatisation. Même si la question de la gestion de ces AMP n'a jusqu'à présent pas vraiment été abordée, le modèle de gouvernance environnementale privée apparaît plus que probable dans la mesure où une gestion publique n'est guère envisageable y compris dans un cadre institutionnel, comme l'Autorité internationale des fonds marins; le paradigme de la grande AMP *no take*, principalement focalisée sur la pêche et dont la gestion serait confiée à des acteurs privés, financièrement tributaires du secteur industriel, permettrait en effet de sécuriser l'accès aux ressources génétiques marines qui sont l'autre grand enjeu de cette négociation,

27. N. Ros, « Le continent africain face aux mirages de la croissance bleue », in J.-B. Harelimana (dir.), *Liber Amicorum Stéphane Doumbé-Billé. Autour du droit international économique en Afrique*, African Academy of International Law Practice, 2023 (à paraître).

28. N. Ros, « Les Seychelles, laboratoire de la privatisation des mers », *Neptunus* 2020/1, Volume 26, <https://cdmo.univ-nantes.fr/fr/neptunus-e-revue/annee-2020>.

29. BBNJ pour *Biodiversity beyond national jurisdiction*, <https://www.un.org/bbnj/fr>.

30. D. Lambach, « The functional territorialization of the high seas? », *Marine Policy* 2021, Volume 130, Article 104579; G. Wright e.a., « Marine spatial planning in areas beyond national jurisdiction », *Marine Policy* 2021, Volume 132, Article 103384; J. Zaucha et S. Jay, « The extension of marine spatial planning to the management of the world ocean, especially areas beyond national jurisdiction », *Marine Policy* 2022, Volume 144, Article 105218.

mais surtout aux ressources minérales qui conditionnent l'avenir de la transition énergétique³¹. Si la haute mer est par essence un espace insusceptible d'appropriation publique, comme de toute prétention souveraine de la part des États, il serait sans doute encore plus contraire à sa nature de bien commun qu'elle puisse faire l'objet d'une privatisation de droit ou même de fait.

Sur le plan du droit international général, les enjeux de BBNJ sont donc majeurs; les États doivent en effet prendre garde à ne pas abdiquer collectivement comme individuellement leurs droits au profit des acteurs privés de la mondialisation, en négociant un acte juridique qui emporte un tel renoncement à ce qui est l'essence même du droit international, le rôle central de l'État et les garanties démocratiques inhérentes au principe de la gouvernance publique fondé sur l'égalité souveraine et l'État de droit. Le droit international public a par conséquent beaucoup à perdre dans cette négociation, dont l'issue pourrait ainsi aboutir à relativiser son empreinte dans le cadre maritime traditionnellement considéré comme le vecteur historique de sa propre évolution. Toute marginalisation de l'État est en effet une remise en cause des fondements du droit international public et acte un risque de privatisation qui dépasse de loin le seul droit de la mer.

2. Un risque de privatisation

Même si l'emprise y est en général spatialement plus restreinte, la gouvernance privée est aussi susceptible de se développer sur le territoire terrestre, où elle a été présente avant de s'implanter en mer et où elle donne lieu à des manifestations de colonialisme vert³². L'erreur serait donc de croire la dynamique de privatisation limitée aux cas des SIDS ou même aux États vulnérables. Elle peut en effet se développer aussi dans les eaux sous juridiction d'une puissance maritime,

ou tout au moins revendiquées par elle, comme aux Chagos où la proclamation de l'AMP *no take* est le résultat d'un PPP, entre une coalition d'ONGE menée par Pew et les gouvernements du Royaume-Uni et des États-Unis, lequel a permis de faciliter le renouvellement de la base américaine de Diego Garcia en paralysant le droit au retour des Chagossiens³³. Toujours en lien avec de tels intérêts stratégiques et économiques, elle peut aussi y prendre des formes plus proches du *smart power*, comme cela est par exemple le cas dans les territoires français du Pacifique, où certaines ONGE sont très actives pour obtenir la création de grandes AMP *no take*; la gouvernance privée apparaît alors un moyen de sécuriser l'accès aux ressources minières tout en contrant la souveraineté ultramarine de la France. Si les ONGE ont réussi à obtenir la création du Parc naturel de la mer de Corail en Nouvelle-Calédonie, et sont même parvenues à s'infiltrer dans son comité de gestion³⁴, le procédé a pour l'instant échoué en Polynésie française, puisque le Pays a opté pour une autre solution en promouvant le concept d'aire marine gérée qui lui permet de garder le contrôle de sa ZEE et de ses ressources³⁵.

Une autre manifestation non moins inquiétante du phénomène de marginalisation de l'État est la privatisation de missions régaliennes, celles de l'action de l'État en mer. Après la création d'une AMP se pose en effet la question de l'*enforcement* et du contrôle, lesquels sont d'autant plus problématiques que les espaces sont vastes et éloignés des côtes et que les moyens traditionnels, comme ceux de la marine, s'avèrent très difficiles à mobiliser, à supposer qu'ils existent, et sont très largement inopérants. Cette réalité a permis aux ONGE de se charger également de la surveillance des espaces maritimes, via une surveillance satellitaire privée (programme *Eyes*

31. N. Ros, « La problemática de la privatización de los mares en un escenario de transición ecológica y digital », in G. Oanta (dir.), *Los derechos humanos en el mar ante los desafíos de la transición ecológica y digital*, Editorial Bosch, 2023 (à paraître).

32. G. Blanc, *L'invention du colonialisme vert. Pour en finir avec le mythe de l'Eden africain*, Flammarion, 2020.

33. N. Monebhurrin, « Creating Marine Protected Areas to assert territorial jurisdiction against the Right of Abode of Native Populations: The Case of the Chagos Archipelago », in C. Cinelli et E. M. Vásquez Gómez (dir.), *Regional Strategies to Maritime Security: a Comparative Perspective*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 79-99, <http://www.isgi.cnr.it/wp-content/uploads/2017/10/MARSAFENET-Editorial.-Regional-Strategies-to-Maritime-Security.pdf>; P. Sand, « The Chagos Archipelago Cases: Nature Conservation Between Human Rights and Power Politics », *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence* 2013, p. 125-150, <https://ukhumanrightsblog.com/wp-content/uploads/2014/04/sand-gcybilj2-copy.pdf>.

34. Pew Charitable Trusts, via le *Global Ocean Legacy*, et *Conservation International*.

35. N. Ros, « L'aire marine gérée de Polynésie française. Une alternative à la privatisation des mers et des océans », *Neptunus* 2022/1, Volume 28, <https://cdmo.univ-nantes.fr/fr/neptunus-e-revue/annee-2020>.

on the Seas de Pew), l'usage de drones aux Seychelles (grâce à un financement privé, fourni par *National Geographic*), ou un partage de données (via l'application *Global Fishing Watch* créée par Oceana et Skytruth, en collaboration avec Google). Aux antipodes des ONGE corporatisées, *Sea Shepherd* intervient également opérationnellement, en lien avec les forces nationales, dans la ZEE de plusieurs États africains, dépourvus de la logistique nécessaire, pour lutter contre la pêche illicite, en assurant des missions régaliennes de surveillance des espaces maritimes.

Le recours aux gardes privés embarqués dans la lutte contre la piraterie participe sans aucun doute de la même logique, même si les acteurs privés ne sont plus ici des ONGE mais des sociétés militaires privées, venues pallier l'impuissance et/ou le manque de moyens des forces navales dont le format se trouve réduit par la limitation des dépenses publiques³⁶. Si le recours aux corsaires dans la lutte contre les pirates, et aux mercenaires dans la guerre sur terre, est une constante historique, le problème se pose naturellement de façon plus accrue dans ce dernier cas³⁷. La marchandisation de la guerre et la privatisation du recours à la force sont même devenues aujourd'hui un élément de préoccupation majeure, après que le phénomène des sociétés privées s'est progressivement développé puis imposé, d'abord pour des missions de sécurité et de sûreté, et désormais ouvertement dans le cadre de conflits armés, à l'instar des déploiements du groupe *Wagner*. La privatisation est

donc aussi potentiellement celle du *jus ad bellum* comme du *jus in bello*, puisque ces acteurs privés évoluent hors du cadre du droit international public, dans l'ambiguïté du statut qui est le leur, lequel rend également difficile l'imputation de leurs actes au regard du droit de la responsabilité internationale.

* * *

Comme la société qu'il régit, le droit international public est en crise. Pour certains, c'est l'État qui est inapte à se saisir des problématiques contemporaines, d'où notamment les procès en inaction climatique. Pour d'autres, la crise est une conséquence de la supposée fragmentation du droit international, et il y aurait par exemple une opposition quasi dialectique entre un droit de la mer que son allégeance aux consentements étatiques empêche de répondre aux nouveaux besoins et un droit de l'environnement porteur de solutions innovantes via la gouvernance privée et ses mécanismes de financiarisation. Nonobstant la réalité de la diffraction entre sujet et acteur, le droit international public traverse sans doute plutôt une crise de valeurs, car celles qui le fondent se heurtent aujourd'hui frontalement aux préceptes du néolibéralisme qui prône toujours moins d'État et toujours plus d'action privée, en mer comme sur terre, dans la paix comme dans la guerre... Face aux défis de la privatisation du monde, comme la planète et la société, le droit international public est en définitive mis à l'épreuve du libéralisme.

36. C. Remy, « Les sociétés militaires privées dans la lutte contre la piraterie », *Pyramides Revue du Centre d'études et de recherches en administration publique*, 2011, p. 119-138, <https://journals.openedition.org/pyramides/793>.

37. P. Le Pautremat, « Mercenariat et sociétés militaires privées : expressions divergentes de la privatisation des conflits ? », *Inflexions* 2007/1, p. 137-150, <https://www.cairn.info/revue-inflexions-2007-1-page-137.htm>.

Perspectives

Droit international public

Les juridictions économiques internationales : passé, présent, futur ?

Claire Crépet Daigremont

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Passé

L'origine du droit international économique remonte à une époque ancienne. Avant même l'apparition des États, des accords régissant les conditions des échanges commerciaux sont conclus en Europe entre villes marchandes, souverains ou corporations¹. Au XI^e siècle, la clause de la nation la plus favorisée – futur pilier du droit international des échanges – existe déjà². Avec le temps et le développement des relations internationales, des traités de commerce sont conclus en nombre. Véritables « traités d'amitié » du XVII^e au XIX^e siècle, ils ne concernent pas seulement le domaine économique mais plus largement les conditions de la navigation, les rapports diplomatiques et consulaires ou encore le traitement des étrangers³. Branche du droit international public, le droit international économique en partage les sources : traités, coutumes.

Après la Seconde Guerre mondiale, le droit international économique prend un tournant majeur. Sa multilatéralisation s'accompagne de

la création de mécanismes nouveaux en vue du règlement pacifique des différends. La prise de conscience de la nécessité d'encourager le recours à des modes diplomatiques ou juridictionnels de règlement des litiges entre États plutôt qu'à des mesures unilatérales ou à la guerre date de la fin du XIX^e siècle, sans concerner spécifiquement les relations économiques. Au cours des conférences pour la paix de La Haye de 1899 et 1907, un important travail de codification des règles applicables à ces procédures est entrepris⁴. Une organisation internationale dédiée au règlement arbitral des différends internationaux est même créée : la Cour permanente d'arbitrage. Plus tard, la création de la Société des Nations va de pair avec celle de la Cour permanente de Justice internationale à laquelle à la Cour internationale de Justice succède au moment de l'établissement de l'Organisation des Nations Unies. S'agissant des questions économiques, la concrétisation de ces vœux en faveur de la paix dans les relations internationales prend des formes

-
1. F. F. de Martens, *Traité de droit international*, traduit du russe par Alfred Léo, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1886, tome II, 509 p., spéc. p. 299-300.
 2. G. P. Verbit, « Preferences and the public law of international trade : the end of the most-favoured-nation treatment ? », in *Les accords de commerce international*, Colloque 1968, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Sijthoff, 1969, 374 p., spéc. p. 25 ; B. Nolde, « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI* 1932-I, p. 1-130, spéc. p. 25.
 3. B. Nolde, « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI* 1924, p. 291-455 et notre commentaire : C. Crépet Daigremont, « Les anciens traités de commerce, « chartes des droits des étrangers » (Nolde) », in IHEI, *Grandes pages du droit international*, vol. VI. *L'étranger*, éd. Pedone, 2020, spéc. p. 181-198.
 4. D. Gaurier, *Histoire du droit international*, Paris, PUF, 2014, 1 268 p.

diverses, originales, différentes selon qu'il s'agisse du domaine des échanges commerciaux ou de celui des investissements étrangers.

Dans le domaine des échanges commerciaux, c'est sur la base de travaux menés pendant l'entre-deux-guerres que la Charte de La Havane clôturant la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi est signée en avril 1948. On sait que ce traité n'entrera jamais en vigueur. On remarque néanmoins que l'un de ses chapitres est entièrement consacré aux procédures de règlement des différends. L'enjeu, non propre à la discipline économique, apparaît dès le premier article de ce chapitre VIII : après s'être engagés à n'avoir recours qu'aux procédures prévues dans le traité, les États y promettent de « n'avoir recours à aucune mesure économique unilatérale qui serait contraire aux dispositions de la présente Charte »⁵. C'est bien contre l'unilatéralisme dans les relations économiques internationales qu'il s'agit de lutter, ici comme dans le domaine de l'emploi de la force⁶ : une lutte contre une certaine forme de *guerre économique* en effet, celle caractérisant l'adoption réciproque et en surenchère de mesures restrictives. Non interdites, les contre-mesures doivent s'inscrire dans le cadre de décisions multilatérales adoptées au sein même de l'Organisation internationale du commerce qu'on entendait créer. La sécurité des relations commerciales internationales dépend de mécanismes efficaces de règlement pacifique des conflits. L'unilatéralisme est à bannir, le multilatéralisme doit s'imposer.

Heureusement, cette conception survécut à l'échec de la Charte de La Havane grâce à l'entrée en vigueur du GATT de 1947, l'« accord

général sur les tarifs douaniers et le commerce ». À la lecture de son article XXIII, on perçoit néanmoins toute la difficulté de concevoir un mécanisme obligatoire dans ce domaine où les États sont attachés à leur liberté. Ainsi le mécanisme n'est-il pas à première vue bien contraignant : il s'agit pudiquement de « protection des concessions et des avantages »⁷. Cette disposition prend cependant un envol spectaculaire avec la conclusion du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends annexé à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC en 1994 qui rend obligatoires les recommandations formulées par les groupes spéciaux auxquels les parties contractantes confient l'examen de chaque affaire, contribuant à juridiciser et juridictionnaliser un mécanisme d'apparence diplomatique. Il suffit d'avancer le seul nombre d'affaires soumises à l'Organe de règlement des différends de l'OMC pour en illustrer le succès : 615 en presque trente ans⁸.

Dans un autre domaine des relations économiques internationales, une autre forme de règlement des différends s'impose : l'arbitrage des différends relatifs aux investissements étrangers. L'arbitrage constitue un mode ancestral de résolution des litiges. « Inventé par les marchands »⁹, il se développe d'abord dans le domaine commercial privé. Dans les relations interétatiques, son essor intervient tardivement, au XIX^e siècle, une fois la souveraineté et l'indépendance des États si solidement ancrées que la soumission à une autorité juridictionnelle ne risque pas de les faire chanceler. Dans les années 1960, lorsqu'il s'est agi de concevoir des procédures de règlement des différends pour trancher

5. Art. 92 Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce, avr. 1948.

6. La création de la Société des Nations puis celle de l'Organisation des Nations Unies répondaient aussi à la nécessité de centraliser le recours à des mesures coercitives au sein d'un organe international multilatéral.

7. Art. XXIII du GATT : « 1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée [...] ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites. 2. Dans le cas où un règlement n'interviendrait pas dans un délai raisonnable entre les parties contractantes intéressées [...], la question pourra être portée devant les PARTIES CONTRACTANTES. Ces dernières procéderont sans délai à une enquête au sujet de toute question dont elles seront ainsi saisies et, selon le cas, adresseront des recommandations aux parties contractantes qui, à leur avis, sont en cause, ou statueront sur la question. [...] Si elles considèrent que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, elles pourront autoriser une ou plusieurs parties contractantes à suspendre, à l'égard de telle autre ou telles autres parties contractantes, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général dont elles estimeront la suspension justifiée, compte tenu des circonstances ».

8. Voir le site Internet de l'OMC, onglet « règlement des différends ».

9. J. Schapira, *Le droit international des affaires*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1972, 124 p., spéc. p. 42.

les conflits relatifs à des investissements étrangers, l'arbitrage paraît réunir toutes les qualités requises. Les différends dans ce domaine présentent en effet la particularité de survenir entre un État et une entreprise étrangère installée sur son territoire. Ils pouvaient être réglés dans l'ordre international par la voie de la protection diplomatique mais à condition que l'État de nationalité de l'investisseur accepte de prendre fait et cause pour son national. En outre, le différend objet d'une réclamation internationale ne concernait que le différend interétatique s'étant superposé au différend transnational. L'investisseur n'apparaissait que comme objet du contentieux, non comme sujet dont la violation des droits devait être réparée. Le recours à l'arbitrage international palliant ces inconvénients, il est vivement encouragé.

Le CIRDI, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, est créé dans le cadre de la Banque mondiale par la Convention de Washington de 1965. Bientôt des centaines puis des milliers de traités bilatéraux de promotion et de protection réciproques des investissements étrangers sont conclus renvoyant à l'arbitrage pour le règlement des différends¹⁰. À partir des années 1990, l'« arbitrage d'investissement » connaît un essor considérable. Il permet de régler le litige dans l'ordre juridique international, en dehors de l'ordre juridique de l'État hôte partie au différend, par le recours si besoin au droit international public, obligeant l'État à respecter les engagements pris à l'égard des investisseurs étrangers. L'État est soumis à un contrôle juridictionnel externe qui offre une sécurité juridique à l'opération d'investissement international. Ici aussi le succès est

indéniable : 1 229 affaires en une trentaine d'années d'après le recensement de la CNUCED¹¹.

Présent

Aucun édifice n'est définitivement acquis, dans l'ordre juridique international comme ailleurs. Ce que les États bâtissent souverainement, ils peuvent l'aménager, le rénover voire le détruire tout aussi souverainement, c'est-à-dire par l'expression de leur volonté même encadrée par le droit. Le chantier en cours s'agissant des juridictions économiques internationales est celui de la rénovation, au besoin par la destruction de l'existant. Dans l'enceinte de l'OMC comme dans celle du CIRDI et plus généralement des tribunaux arbitraux d'investissement, le règlement des différends économiques internationaux rencontre en effet des difficultés profondes, non pas s'agissant du principe même du règlement juridictionnel mais au regard de ses modalités.

L'activité de l'Organe d'appel de l'OMC est paralysée par le refus durable des États-Unis de renouveler ses membres¹². La règle du consensus, qui prévaut dans cette organisation et qui avait jusqu'à présent permis de parvenir à des solutions de compromis admises par tous, tourne au droit de veto, la puissance américaine étant telle qu'elle leur permet d'imposer sans scrupule un blocage. L'arbitrage d'investissement est quant à lui contesté dans sa légitimité, tant au niveau étatique que par l'opinion publique, banni même du territoire de l'Union européenne car jugé incompatible avec les traités¹³. La Convention CIRDI est dénoncée en Amérique latine¹⁴. Les États membres de l'Union européenne se retirent du Traité sur la Charte de l'énergie¹⁵. Partout

10. C. Leben, « Droit international des investissements : un survol historique », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, éd. A. Pedone, p. 1-79.

11. Voir le site Internet de la CNUCED, onglets « investissement », « ISDS Navigator ».

12. C. Crépet Daigremont, « Chronique des faits internationaux », D. Alland (dir.), *RGDIP*, n° 2018/3.59, n° 2019/2.40 et n° 2020/3-4.53.

13. CJUE gr. ch., 6 mars 2018, n° C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, *AJDA* 2018, n° 18, p. 1026, note Ph. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et Ch. Gänser; *JDI* 2018, n° 3, p. 903, note Y. Nouvel; *JDI* 2018, n° 3, p. 923, note J.-S. Bergé et S. Touzé; *JDI* 2019, n° 1, p. 271, note B. Remy; *JDI* 2019, n° 4, p. 1415, note P. Kinsch; *RCDIP* 2018, n° 3, p. 616, note E. Gaillard; *Rev. arb.* 2018, n° 2, p. 424, note S. Lemaire; *Rev. arb.* 2019, n° 2, p. 555, note S. Lemaire; *Cah. arb.*, 2018, n° 1, p. 73, note A. Pinna; *Cah. arb.*, 2019, n° 1, p. 21, note X. Boucoba; *Europe*, 2018, n° 5, p. 5, note D. Simon; *RTDE* 2018, n° 3, p. 649, note A. Hervé; *RDUE* 2018, n° 2, p. 217, note M. Lahouazi; *RDUE* 2019, n° 1, p. 225, note D. Segoin; *RTDE* 2018, n° 3, p. 597, note J. Cazala; *RTDE* 2019, n° 2, p. 464, note L. Coutron; *JDE* 2018, n° 251, p. 266, note E. Lanotte; *Rev. des affaires eur.* 2018/1, p. 117, note N. de Sadeleer; *European Papers* 2018/2, p. 993, note S. Robert-Cuendet; *RTDF* 2018, n° 2, p. 28, note M. Audit.

14. J. Cazala, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI* 2012, p. 551-565.

15. Après l'Italie en 2016, l'Espagne, les Pays-Bas, la Pologne, la France, l'Allemagne puis le Luxembourg en 2022.

l'offre d'arbitrage des nouveaux traités est réduite¹⁶.

Les tentatives de lancement de réformes des deux mécanismes juridictionnels rencontrent des succès variables. À l'OMC, la levée du blocage est soumise par les États-Unis à la condition qu'une réforme d'ampleur intervienne. Un groupe de 123 Membres constitué en vue de défendre la sauvegarde du mécanisme à double degré de juridiction se dit ouvert aux discussions mais celles-ci n'avancent guère¹⁷. Dans le domaine des investissements étrangers, le CIRDI a amendé ses Règlements à plusieurs reprises, la CNUDCI a adopté un Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, les États ont modifié le contenu de leurs traités, mais ces efforts sont encore jugés insuffisants et c'est à une réforme d'ampleur que des négociations sont actuellement consacrées dans le cadre du Groupe de travail III de la CNUDCI¹⁸. On y discute notamment la création d'une nouvelle juridiction internationale : une cour multilatérale permanente dédiée au règlement des différends relatifs aux investissements étrangers. Principalement porté par l'Union européenne, le projet est encore loin de rencontrer l'adhésion de tous les États.

Futur ?

Passé florissant, présent chaotique... futur incertain. Soumis au succès des discussions en cours, l'avenir du règlement juridictionnel des différends économiques internationaux ne dépend pas seulement du rappel des leçons passées.

L'enjeu réside pourtant encore, pour le domaine des échanges commerciaux, dans le rejet de l'unilatéralisme, source de tensions et d'insécurité. Il est toujours, pour le domaine des investissements internationaux, dans la nécessité d'un contrôle externe du respect des engagements pris par les États en matière de traitement des investisseurs étrangers. Mais les conditions du règlement des différends économiques internationaux ont tant évolué que d'autres préoccupations interviennent. En se juridictionnalisant, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC s'est alourdi : plusieurs années s'écouleront désormais avant qu'un État ne puisse éventuellement adopter des contre-mesures pour inciter au retour à la licéité ; les débats s'encombrent de querelles de techniciens ; le contenu des obligations perd en lisibilité. Bref les procédures ne parviennent plus à satisfaire les besoins de célérité et d'efficacité propres au monde des affaires. Dans le domaine des investissements, on ne sait plus quelle partie faible protéger : l'entreprise soumise à la puissance souveraine de son État hôte ou l'État dont le pouvoir de régler dans l'intérêt général est altéré par le risque d'arbitrage.

Le nouvel équilibre à trouver dans l'un et l'autre domaine du droit international économique est différent mais le défi est commun : il réside dans l'impérieuse nécessité de maintenir un règlement juridictionnel des différends économiques internationaux. En dépendent la stabilité et la sécurité des relations internationales, sur le plan économique et, par répercussion, au-delà.

16. V. p. ex. le chapitre 8 section F du CETA, accord économique et commercial global conclu entre l'Union européenne et le Canada en octobre 2016, entré provisoirement en vigueur en septembre 2017.

17. OMC, « Les Membres s'engagent à travailler sur la réforme du règlement des différends », *Nouvelles* 27 avr. 2022, https://www.wto.org/french/news_f/news22_f/dsb_27apr22_f.htm ; Commission européenne, « Réforme de l'OMC. Vers un système commercial multilatéral durable et efficace », 2021, 23 p., https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/april/tradoc_159545.1329_FR_02.pdf.

18. CNUDCI, Travaux du Groupe de travail III : Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state. V. C. Crépet Daigremont, « Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États : propositions françaises et européennes défendues au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI », in « Pratique française du droit international », F. Coulee (dir.), *AFDI* 2021.

Perspectives

Droit international public

Le droit international, bilan critique et perspectives

Monique Chemillier-Gendreau

Professeure émérite à l'Université Paris-Cité

Pour évaluer une branche du droit, il est nécessaire de s'interroger sur sa capacité à réaliser les objectifs et les fonctions du droit dans une société. Or le droit a pour mission au sein du groupe humain qu'il organise et à travers les institutions dont ce groupe s'est doté, de réguler la violence entre ses membres, d'offrir un débouché judiciaire aux différends qui s'y produisent, de fixer les règles valables pour les rapports au sein de cette société et d'organiser ces rapports et les échanges de manière à assurer que des relations équitables et pacifiques puissent se développer entre les sujets de droit. De ce point de vue, la mise en perspective de la société mondiale donne à voir une situation préoccupante.

Sur l'objectif de réduction de la violence, l'échec est confirmé par les combats meurtriers qui se déroulent en Ukraine depuis le 24 février 2022. Cette guerre frappe particulièrement les esprits par le fait que l'agresseur soit un membre permanent du Conseil de sécurité, c'est-à-dire de l'organe à qui incombe, dans le système des Nations Unies, la responsabilité du maintien de la paix, sans compter avec le fait que ce membre permanent laisse planer la menace d'une dérive nucléaire. Toutefois, cette irruption de la guerre alors que l'usage de la force a été interdit par les Nations Unies (article 2, § 4 de la Charte) n'est pas une exception. L'échec du maintien

de la paix était inscrit dans les ambiguïtés de la Charte elle-même. Proclamer l'égalité des États (article 2, § 1) et des peuples (article 1, § 2) et donner à cinq États une position de domination (article 23, § 1 et article 27, § 3), affirmer la force du droit international (préambule et article 1), mais garantir la souveraineté des États (article 2, § 1 et 4), ce qui leur permet de s'en affranchir, enfin, prétendre à une réglementation drastique des armements (article 26) et ne l'avoir jamais mise en œuvre, telles sont les plus importantes de ces ambiguïtés¹.

Il en est résulté que jamais le droit international n'a pu être considéré comme un outil efficace de réduction de la violence. Les guerres de décolonisation (Indochine, Algérie, colonies portugaises), la guerre du Vietnam, la guerre entre l'Érythrée et l'Éthiopie puis la guerre civile en Éthiopie avec la question du Tigré, les guerres menées par diverses puissances en Afghanistan et en Irak, la guerre qui ravage la Syrie depuis une décennie, la guerre qu'a subie de la part de ses voisins orientaux la République démocratique du Congo, la guerre que mène Israël contre la Palestine, la guerre entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan, en sont la preuve. Et tous les conflits ici nommés n'épuisent pas la liste des violences qui se sont déroulées depuis la création des Nations Unies, et cela en dépit du fait que le droit inter-

1. Pour des analyses plus développées : M. Chemillier-Gendreau, *De la guerre à la communauté universelle. Entre droit et politique*, Fayard, Paris, 2015.

national ait posé l'interdiction du recours à la force (article 2, § 4). Ils sont la démonstration de l'échec du système de maintien de la paix.

Pour ce qui est de l'objectif consistant à offrir un débouché judiciaire aux différends qui se produisent, sa faible réalisation tient à une autre incohérence du système. Au nom de la protection de la souveraineté des États, la justice internationale est soumise au bon vouloir de ces derniers (article 36 du Statut de la Cour internationale de justice). Sans doute, une fois que la justice est rendue, les arrêts sont-ils obligatoires, mais les États peuvent y échapper car ils ne sont soumis à la juridiction de la Cour internationale de justice (CIJ), comme de la Cour pénale internationale (CPI), que s'ils y ont donné leur consentement. De nombreux différends restent ainsi sans solution judiciaire, faute que les protagonistes aient donné ce consentement. En effet, seulement un tiers des États membres des Nations Unies, ont souscrit à la clause par laquelle ils s'engagent par avance à accepter la juridiction de la CIJ. La proportion est meilleure pour la CPI, dont le Statut a été ratifié par près des deux tiers des États. Les ambiguïtés persistent cependant sur certaines déclarations interprétatives faites par des États lors de leur ratification du Statut, lesquelles semblent être des réserves déguisées et limitent encore la compétence des juges. Ainsi de nombreux différends restent-ils sans solution fondée en droit. Cela maintient le sentiment d'impunité des dirigeants, crée des poches de troubles récurrents et a pour conséquence que les relations internationales sont soumises au rapport des forces.

Comment ne pas souligner de surcroît, les aberrations particulières qu'engendre ce système ? On en prendra pour exemple celui de l'action judiciaire menée par la République démocratique du Congo contre les États ayant engagé une guerre terriblement meurtrière sur son territoire de 1998 à 2003. L'État victime souhaitait saisir la CIJ contre les différents États ayant participé à ces opérations militaires. Mais

parmi ceux-ci, seul l'Ouganda avait accepté la juridiction de la Cour. Une longue procédure s'est ainsi déroulée contre celui-ci. Elle a abouti au constat de sa responsabilité et à sa condamnation à des réparations². Mais au lieu de faire naître le sentiment que justice était rendue, cette décision a mis en lumière, qu'en raison de l'exigence d'acceptation de la compétence de la Cour, certains protagonistes, pourtant notoirement connus comme co-auteurs des violations du droit international perpétrées, avaient échappé à la justice³.

Enfin, il faut souligner comment, devant les carences du système judiciaire international, des groupements empruntent la seule voie qui leur soit ouverte, celle d'une demande d'avis consultatif de la CIJ. Il est vrai que le Statut de la Cour permet que l'Assemblée générale des Nations Unies, si un projet de résolution dans ce sens est proposé par un État ou un groupe d'États, saisisse la CIJ d'une demande d'avis consultatif sur un point de droit. Le recours aux avis consultatifs se multiplie actuellement. Par cette voie oblique, la Cour dit le droit. Mais la limite du système tient à ce caractère non contraignant des avis rendus. Il est frustrant pour ceux qui sont concernés de constater que le droit a été dit, mais qu'il reste inappliqué. On citera en exemple l'avis rendu par la Cour en 2004 par lequel elle déclare illégal le mur construit par Israël sur le territoire palestinien occupé. Cet avis très motivé concluait que le mur édifié par Israël devait être démantelé et que tous les États devaient se garder de toute coopération avec Israël pouvant contribuer à cette édification déclarée illégale. Mais aucune suite concrète n'a été donnée à cet avis⁴.

Enfin, pour ce qui est d'organiser les relations de manière équitable et pacifique entre les États et les peuples, on notera une spécificité singulière du droit international. Celui-ci a considérablement développé son corpus normatif, mais dans des domaines décisifs de la vie des sociétés, ces normes restent déclamatoires, faute de mécanismes d'application appropriés. Il faut

-
2. CIJ, 19 déc. 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*; CIJ, 9 févr. 2022, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, réparations (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*.
 3. CIJ, 3 févr. 2006, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, compétence de la Cour et recevabilité* (nouvelle requête : 2002) (*République démocratique du Congo c/ Rwanda*).
 4. CIJ, avis consultatif, 9 juill. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

ici distinguer les actes juridiques qui règlent des relations bilatérales et ceux qui ont une vocation multilatérale et qui tendent donc à organiser la société mondiale. Les traités entre deux États permettent de régler de nombreuses situations : frontières, échanges commerciaux, réglementation de la circulation des personnes, etc. Ceux-là sont effectifs dans l'immense majorité des cas et permettent des relations pacifiées. C'est grâce à eux que, au moins pour une part, la société internationale connaît un fonctionnement sans heurt.

Mais pour former une société, un ensemble humain nécessite qu'il y ait, à côté des arrangements bilatéraux entre certains de ses membres, des normes générales applicables à tous et qui expriment les valeurs partagées. À cet égard, le droit international a considérablement progressé depuis la création des Nations Unies. À leur initiative, notamment à travers les travaux de la Commission du droit international, un nombre considérable de traités multilatéraux généraux ont été adoptés. Toutefois, cette source du droit présente des caractéristiques qui en font la faiblesse. Bien que se voulant de portée générale, ces normes restent de nature contractuelle. Et comme tout contrat, elles sont d'effet relatif, et l'autonomie de la volonté qui préside à la forme contractuelle a diverses conséquences qui fragilisent l'ordre normatif ainsi constitué. D'une part, chaque co-contractant peut assortir son acceptation de conditions, dites réserves, qui affaiblissent l'ensemble. D'autre part, chaque partie adhérente peut se retirer de l'engagement qu'elle a pris. Mais de surcroît, les limites du système judiciaire international mentionnées plus haut ont pour résultat que dans une très grande majorité des cas, il n'y a pas de juge à un différend portant sur l'interprétation ou l'application de ces traités, les États qui pourraient être mis en cause n'acceptant pas la compétence des juridictions.

De là vient le caractère déclamatoire et non exécutoire du droit formé sur ces bases. L'ineffectivité du droit est particulièrement dommageable pour l'ordre social dans certains secteurs. On notera en priorité le droit humanitaire en cas de conflits armés. Extrêmement développé grâce aux conventions de Genève de 1949 et à leurs protocoles additionnels de 1977, ce corpus

comprend de surcroît un grand nombre de traités ayant pour objet la limitation de l'usage de certaines armes, dont le Traité d'interdiction de l'arme nucléaire. Mais l'observation des conflits passés comme des guerres en cours donne à voir l'extrême inobservation des prescriptions de ces textes. Le domaine des droits de l'homme est également un terrain propice à l'inapplication des conventions. Sans doute, y a-t-il eu quelques grandes décisions de la CIJ à ce sujet, mais elles sont rares au regard des violations des droits humains commises sur l'ensemble de la planète. Et il y a depuis sa création, des arrêts rendus par la CPI. Mais le nombre réduit à quelques unités des décisions émises par cette juridiction rend dérisoire ce bilan au regard des atteintes au droit humanitaire, qui touchent des milliers et parfois des centaines de milliers de personnes au cours des conflits⁵. Enfin, comment ne pas déplorer la faiblesse du droit international de l'environnement ? Elle est d'autant plus dommageable que, dans ce domaine, aucune législation nationale n'est en mesure d'être efficace, les atteintes à l'environnement des uns, ayant des causes souvent dramatiques pour les autres, fussent-ils très éloignés dans l'espace.

On le voit, si l'on évalue le droit international à l'aune de sa capacité à faire appliquer des valeurs universelles, le bilan est très pauvre. On soulignera enfin, une autre caractéristique de ce droit qui freine sa capacité à ordonner le monde. Elle tient au fait que les sujets pleinement reconnus du droit international sont les États et les organisations internationales. Or, d'une part les États ne sont pas des réalités objectives, mais l'existence de chacun d'entre eux est conditionnée à sa reconnaissance par les autres États et à son admission aux Nations Unies. Cette exigence affecte les peuples aspirant au statut d'États alors qu'on le leur refuse. D'autre part, la société mondiale comprend bien d'autres catégories de sujets que les États, notamment les organisations non-gouvernementales et les sociétés multinationales. Les unes et les autres jouent un rôle considérable dans la vie internationale alors qu'elles échappent à l'application du droit international dans leurs activités et qu'elles n'ont pas accès aux juridictions internationales. Cela est particulièrement regrettable pour les sociétés

5. En deux décennies d'existence, la CPI n'a eu à juger que 31 affaires.

multinationales, lesquelles se livrent à des activités parfois illégales en toute impunité.

On en conclura à l'importance de la pensée critique dans l'enseignement du droit international. Celle-ci permet en approfondissant l'ensemble du système de dégager la part de ce droit qui remplit le rôle attendu et permet de régler les rapports internationaux autour de règles respectées, mais aussi de mettre en lumière les impasses qui permettent l'irruption de purs rapports de force au détriment des parties faibles. Car aucune révision substantielle de la Charte des Nations Unies n'est possible. En effet, les grandes puissances qui ont été à la manœuvre lors de la rédaction de ce texte, ont verrouillé le système pour assurer leur domination, puisque tout projet de révision exige pour être adopté un vote unanime des cinq membres permanents (articles 108 et 109 de la Charte).

Aussi, n'a-t-on pas d'autre issue que de penser « l'après Nations Unies ». Faire adopter les

mesures minimales permettant que le droit international devienne enfin l'instrument effectif du maintien de la paix et de la garantie des droits proclamés au bénéfice de tous, suppose une réflexion active sur ce que serait une nouvelle organisation, car il n'y a pas de droit sans des institutions pour le promouvoir et le faire appliquer⁶. Les points de départ de cette réflexion sont à puiser dans le refus de toute position de domination accordée à certains États, dans l'ouverture des « sujets » de la société mondiale à tous les acteurs de celles-ci et non aux seuls États reconnus, dans le caractère obligatoire de la justice internationale, avec l'ajout aux juridictions déjà existantes d'une Cour mondiale des droits de l'homme et d'une Cour constitutionnelle internationale⁷. S'inscrivant dans cette réflexion, les plus imaginatifs des jeunes juristes pourront contribuer à des travaux prospectifs pouvant mener aux profondes réformes qui seront indispensables pour arriver à une société moins inégalitaire et réellement pacifiée⁸.

6. V. D. Rousseau, « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *RED* 21 mars 2021, p. 101.

7. V. C. Rémy, « Le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale », *Cahiers Portalis* 2019/1, n° 6.

8. V. pour une amorce de réflexion dans ce sens, M. Chemillier-Gendreau, *Pour un Conseil mondial de la Résistance*, Textuel, Paris, 2020.

Rétrospective

Dans chaque numéro, la RDA publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

Jean Carbonnier, « La question du divorce »¹

Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université de Rennes

Parmi les « grands textes du droit » qui font l'objet de ce cycle de conférences, mon choix s'est porté sur la chronique de Jean Carbonnier intitulée : « La question du divorce, Mémoire à consulter »².

Ce choix manifeste indiscutablement un manque total d'originalité³, d'autant plus flagrant que cet auteur a déjà fait, il y a quelques années, l'objet d'une conférence de Dominique Fenouillet, portant sur l'ouvrage *Flexible Droit*⁴. Trois arguments peuvent cependant, peut-être, excuser cette faiblesse. Tout d'abord, le principe même de ce cycle de conférences n'est pas de faire preuve d'originalité mais de s'intéresser aux monstres sacrés de notre culture juridique, dont le doyen Carbonnier fait à l'évidence partie. Ensuite, son œuvre est tellement immense qu'elle mérite bien deux conférences. Enfin, « La

question du divorce » est l'occasion d'évoquer une facette de son œuvre différente de celle étudiée naguère par Dominique Fenouillet, à savoir son œuvre de législateur. Bien sûr, Carbonnier a aussi été un immense penseur du droit, un remarquable civiliste et un pionnier de la sociologie du droit. Son œuvre scientifique en témoigne, de ses manuels de droit civil à *Droit et passion du droit sous la V^e République*, en passant par *Flexible Droit* ou par son ouvrage de *Sociologie juridique*. Mais le xx^e siècle a connu d'autres très grands civilistes, d'autres très grands auteurs de manuels ou de monographies. En revanche, le xx^e siècle n'a connu qu'un seul juriste ayant eu une telle activité législative, avec les fameuses « 9 sœurs »⁵, ces 9 lois qui se sont succédé de 1964 à 1977 pour réformer le droit français des personnes et de la famille, de la tutelle⁶ à l'ab-

-
1. Conférence prononcée à l'Université Paris-Panthéon-Assas le 8 février 2023 ; le style oral de l'intervention a été partiellement conservé.
 2. Article publié au *Recueil Dalloz* en 1975, p. 115 et s., et reproduit dans J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, Lextenso, 2014, p. 65 et s.
 3. Pour cette raison, la biographie de l'auteur ne sera pas évoquée ; il est possible sur ce point de se référer par ex. à l'ouvrage Association Henri Capitant, *Hommage à Jean Carbonnier*, coll. « Thèmes & commentaires », Dalloz, 2007.
 4. D. Fenouillet, « Jean Carbonnier, *Flexible droit* : le non-droit, une invitation à lire et relire Carbonnier », *RDA* déc. 2019, p. 147.
 5. Expression figurant dans J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc.
 6. L. n° 64-1230 du 14 déc. 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JORF* n° 292 du 15 déc. 1964.

sence⁷ ; 9 lois qui ont réécrit une bonne partie du livre I^{er} du code civil ainsi que certains titres du livre III ; 9 lois qui sont dues à la plume de Carbonnier. Cette œuvre n'a aucun équivalent dans le monde juridique français.

Carbonnier lui-même appelait à la relecture dans le futur de son mémoire sur le divorce : « il faut, cependant, songer aux *Antitribonians* de l'avenir, aux juristes puristes, qui un jour, seront curieux de retrouver, sous les transformations et les déformations du Digeste, la doctrine originelle » (p. 115). Il semble opportun de répondre à cet appel aujourd'hui, près de 50 ans après la rédaction de ce texte.

Cette chronique a été publiée au *Dalloz* en 1975. Elle est donc contemporaine de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Mais une précision s'impose ici pour éviter tout contre-sens : Jean Carbonnier ne commente pas la loi de 1975 ; il présente l'avant-projet de réforme du divorce qu'il a rédigé en 1973 et qui est à l'origine de la loi de 1975. Cet avant-projet a été établi à la demande du garde des Sceaux d'alors, Jean Taittinger (p. 115), qui s'est ainsi inscrit dans les pas de Jean Foyer, garde des Sceaux de 1962 à 1967, lequel avait à la fois lancé le mouvement de réforme du droit des personnes et de la famille dans le code civil, et pris l'initiative de solliciter Jean Carbonnier pour rédiger les avant-projets de lois correspondants. Lors des débats sur la réforme du divorce, Jean Foyer occupait d'ailleurs encore un rôle éminent puisqu'il était président de la commission des lois de l'Assemblée nationale ; quant à Jean Taittinger, il avait été remplacé place Vendôme par Jean Lecanuet.

Dans cet article, Carbonnier présente donc son projet de réforme du divorce, ce qui explique sur certains points un hiatus entre son article et la loi. Par exemple, il évoque un cas particulier de séparation de corps, lorsque la femme n'a pas été en mesure d'apporter la preuve des fautes du mari (p. 121), qui ne figure pas dans la loi. Il évoque également une sanction particulière en cas d'adultère, à savoir une amende civile (p. 122) ; la loi de 1975 n'a pas repris cette proposition et a purement et simplement dépénalisé l'adultère.

Ces hiatus sont normaux et à vrai dire sains dans un système démocratique : le juriste, aussi illustre soit-il, ne fait que proposer ; c'est ensuite le pouvoir politique qui prend la main et qui peut apporter toutes les modifications qu'il souhaite. Les représentants du peuple sont les parlementaires. On sent toutefois que les modifications apportées par le Gouvernement et le Parlement à son travail n'enchantaient guère Carbonnier : dans l'introduction, il évoque ainsi les « transformations » de sa doctrine, ce qui est neutre, mais également les « déformations » dont elle a fait l'objet, ce qui l'est moins. Dans son manuel de droit civil, il écrit même que le divorce sur double aveu a été « outrageusement défiguré au cours des travaux préparatoires de la loi »⁸. Il est difficile pour tout auteur de voir son œuvre lui échapper... D'ailleurs, Carbonnier fait état d'une ambition assez audacieuse : il la formule certes prudemment, sous forme de question – « qui sait ? » – mais il évoque tout de même le fait que les juristes pourraient « restituer, par voie d'interprétation, au droit positif » la doctrine originelle (p. 115). Autrement dit, par leur travail d'interprétation, les juristes pourraient en quelque sorte effacer les déformations réalisées par le Parlement pour revenir aux idées de Carbonnier !

Nous sommes aujourd'hui quasiment 50 ans après la rédaction de ce texte. Durant cette période, le divorce a fait l'objet de nombreuses réformes : loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire ; loi du 26 mai 2004 relative au divorce ; loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui a instauré le « divorce sans juge » ; et enfin loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, qui a profondément modifié la procédure des divorces contentieux.

L'évolution est assez longue pour essayer de dresser un bilan : que nous reste-t-il aujourd'hui du projet de Carbonnier ? Dit autrement, les idées de Carbonnier relèvent-elles de l'histoire du droit ou marquent-elles encore fortement le droit positif du divorce ? Les apports de Jean Carbonnier tels qu'ils transparaissent dans cet article se situent sur deux plans assez différents : certaines questions relèvent de la méthode (I), d'autres du fond (II). Or son héritage n'est pas

7. L. n° 77-1447 du 28 déc. 1977 portant réforme du titre IV du livre I^{er} du code civil : des absents, *JORF* n° 222 du 29 déc. 1977.

8. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 595.

forcément identique selon que l'on se situe sur l'un ou l'autre de ces plans.

I. Questions de méthode

La « méthode » est l'intitulé même du A de la première partie de l'article. Carbonnier évoque à ce titre la « méthode de rédaction », à savoir la réalisation d'une réforme globale du divorce (A), ainsi que les « matériaux » sur lesquels il a pu s'appuyer, c'est-à-dire les sciences auxiliaires de la législation (B). Mais il faut également évoquer la direction politique de la réforme (C), à savoir la libéralisation du divorce.

A. Une réforme globale

Carbonnier propose une réforme d'ensemble du droit du divorce. Son texte fixe donc les règles de fond, à savoir les causes du divorce, ainsi que les effets de celui-ci, y compris sur les enfants – cette dernière question a été détachée du divorce par la loi du 4 mars 2002 pour être insérée dans le titre IX relatif à l'autorité parentale. Carbonnier s'intéresse également aux règles de procédure. Il traite encore de questions connexes à celle du divorce : la séparation de corps, qui distend le lien matrimonial sans le rompre, et la nullité du mariage, qui l'anéantit en raison d'un vice dans sa formation. Carbonnier évoque même à la fin du texte certaines dispositions pénales sur l'abandon de famille, la non-représentation d'enfant, l'adultère. Bref, Carbonnier propose une réforme complète du divorce.

L'auteur souligne sur ce point une difficulté : le titre du code civil relatif au divorce mélange règles de fond et règles de procédure, pour une raison qui était valable en 1804 comme en 1975 et qui l'est toujours en 2023 : « pour peu que l'on soumette la dissolution du mariage à un minimum de contrôle social, il y faut des formalités, des délais, des vérifications, une magistrature » (p. 115). Or, la Constitution de la V^e République dans ses articles 34 et 37 prévoit que le divorce en lui-même relève du domaine de la loi, alors que la procédure relève du domaine du règlement. Il faut donc prévoir deux textes : une loi,

dans laquelle figurent nécessairement certaines règles de procédure, et un règlement, dont Carbonnier indique avoir également élaboré un projet. La réforme réalisée en 1975 a ainsi pris la forme de deux textes : d'abord, la loi du 11 juillet 1975 ; ensuite, le décret du 5 décembre 1975.

Cette manière de procéder en réalisant une réforme d'ensemble est capitale parce que tout est lié en matière de divorce ; ce que Carbonnier écrit à propos du lien entre fond et procédure est vrai aussi, au sein même des règles de fond, entre les causes et les effets du divorce. Or force est de constater que, lorsque le législateur a remis sur le métier la question du divorce, il a procédé de manière ponctuelle. Hormis la loi de 2004, toutes les réformes ont été limitées dans leur objet : la loi de 2000 porte sur la prestation compensatoire ; la loi de 2016 admet le divorce sans juge – la réforme est fondamentale, elle constitue une rupture majeure avec le droit antérieur et notamment avec la loi Carbonnier, mais elle reste ponctuelle – ; enfin la loi de 2019 réforme la procédure de divorce. Cette dernière réforme révèle de manière éclatante les problèmes posés par une telle approche.

Depuis la loi de 1975, la procédure de divorce était articulée en deux temps. Dans un premier temps, l'époux introduisait sa demande par la voie d'une requête, ce qui aboutissait à la tenue d'une audience de conciliation, à l'issue de laquelle le juge rendait une ordonnance de non-conciliation et fixait les mesures provisoires. Dans un second temps, l'instance en divorce proprement dite commençait : un époux assignait l'autre en indiquant la cause de divorce qu'il invoquait ; puis intervenaient les échanges de conclusions et de pièces ; cette seconde phase s'achevait avec le jugement de divorce⁹.

L'objectif de la réforme de 2019 a été de supprimer cette dualité de phases procédurales, qui était présentée comme une source de complications et donc de lenteur, contraire aux souhaits de célérité des justiciables¹⁰. L'étude d'impact l'indique clairement : l'intitulé donné à l'article du projet de loi est : « suppression de la requête en divorce » ; l'objectif est d'instaurer « une pro-

9. Sur la procédure des divorces contentieux avant la réforme, v. par ex. F. Terré, D. Fenouillet et C. Goldie-Genicon, *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018.

10. Sur la critique de cette justification, v. J. Garrigue, « Faut-il vraiment supprimer la tentative de conciliation précédant l'instance en divorce ? », *RJPF* déc. 2018, p. 7.

cédure unique, simplifiée »¹¹. La réforme se situe donc exclusivement sur le terrain procédural. La loi s'y attelle en supprimant la division de la procédure en deux phases. Désormais, tout commence par l'assignation en divorce. Le juge doit alors tenir, « dès le début de la procédure », une audience d'orientation et sur les mesures provisoires (article 254), à la suite de laquelle les parties échangent leurs pièces et leurs conclusions, jusqu'à ce que le jugement de divorce soit rendu¹².

Le problème est que toute modification procédurale a inévitablement des répercussions sur le fond, et plus précisément en l'espèce sur cette cause de divorce que constitue l'altération définitive du lien conjugal. Jusque-là, l'article 238 exigeait que les époux « vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation » : c'est la date de l'assignation qui importait. Dès lors, grâce à la dualité de phases procédurales, un époux pouvait quitter le domicile conjugal, former immédiatement une requête pour que soit organisée la vie séparée, et attendre deux ans avant d'assigner. Mais cela ne fonctionnait plus avec la nouvelle architecture. Dans la mesure où l'assignation en divorce intervient dès le début de la procédure, l'époux qui quitte le domicile conjugal aurait été bloqué si l'on en était resté aux règles antérieures : il aurait dû attendre deux ans avant de pouvoir assigner, deux ans pendant lesquelles aucun juge n'aurait pu être saisi afin d'organiser la vie séparée¹³. Ce résultat n'aurait à l'évidence pas été satisfaisant.

C'est pourquoi le projet de loi prévoyait de modifier l'article 238 du code civil pour exiger que le délai de deux ans de séparation existe « depuis deux ans lors de la demande en divorce », ce qui est classique, « ou, le cas échéant, lors du prononcé du divorce », ce qui est nouveau. On voit bien l'intérêt : même si le délai de deux ans n'est pas encore expiré au début de la procédure, l'époux peut assigner sans attendre ; et le

divorce sera bien prononcé par la suite dès lors que le procès dure suffisamment longtemps¹⁴. Le Gouvernement ayant ouvert la boîte de Pandore de la cause de divorce, le Parlement s'en est saisi ; à l'Assemblée nationale, un amendement a ainsi été adopté qui a fait passer le délai de l'altération définitive de deux ans à un an. Finalement, un texte qui devait avoir pour seul objet la procédure de divorce aboutit à une réforme fondamentale, réalisée à la va-vite, des règles de fond¹⁵. Le législateur a cru pouvoir séparer les différents aspects du divorce, à tort, car tout est lié, ainsi que Carbonnier l'avait montré.

B. Une utilisation des sciences auxiliaires

L'expression de « sciences auxiliaires »¹⁶ est définie par Cornu comme « les sciences auxquelles le juriste demande des lumières pour l'éclairer sur son savoir »¹⁷. C'est bien ce dont il s'agit lorsque Carbonnier évoque les « matériaux » ayant permis la préparation de la réforme, à savoir le droit comparé et les recherches sociologiques¹⁸.

S'agissant du droit comparé, une grande étude a été menée, à la demande du ministère de la Justice, en prévision de la réforme à venir du divorce, sur les législations en la matière de neuf pays d'Europe occidentale. Carbonnier en synthétise le résultat : « le passage très net, du moins dans les intentions de principe, du divorce-sanction au divorce-remède ou divorce-constat de la faillite » (p. 116). Quant aux recherches sociologiques, Carbonnier évoque trois outils : « les statistiques judiciaires, plus rigoureuses et plus riches » ; une enquête d'opinion auprès de 900 divorcés pour avoir « un témoignage sur l'expérience du divorce, telle qu'elle est vécue de l'intérieur par les justiciables » ; une enquête d'opinion auprès de 2 140 Français pour connaître l'état de l'opinion sur la question du divorce. La finalité, nous dit Carbonnier, est « scientifique » : il s'agissait de substituer à une connaissance jusqu'alors

11. Étude d'impact du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 19 avr. 2018, p. 95.

12. Pour une présentation de la nouvelle procédure de divorce, v. par ex. A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, coll. « Thémis », 2022, n° 674 et s., outre les nombreux articles et dossiers consacrés à cette réforme.

13. Ou alors il aurait pu assigner en invoquant un divorce accepté, mais en cas de refus de l'autre époux, sa demande aurait été rejetée.

14. V. sur cette question J. Garrigue, « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », *LPA* 10 oct. 2018, p. 6.

15. V. *infra* II.A.

16. Dans son manuel de droit civil, Carbonnier évoque plutôt les « sciences collatérales » (n° 27).

17. G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2007, n° 224.

18. Carbonnier évoque également les précédents essais législatifs.

trop impressionniste du phénomène de la divorcialité une connaissance objective » (p. 116). Ce recours aux sciences auxiliaires appelle des remarques différentes selon que l'on se place en 1975 (1) ou aujourd'hui (2).

1. En 1975

Le recours aux sciences auxiliaires est une innovation de la législation Carbonnier. Bien sûr, il y a toujours eu une prise en compte de l'opinion lors de l'élaboration de la loi. L'auteur l'explique dans *Droit et passion du droit* : « Les canaux empiriques fonctionnaient, par où la demande de loi monte vers le législateur : les propositions parlementaires, les requêtes déposées auprès des ministères, les harcèlements des lobbies, les procès avortés, les faits divers, les campagnes de presse, les éclats médiatiques »¹⁹. Mais ici la perspective change : la science se substitue à l'empirisme, avec le recours à la méthode de la sociologie ; le législateur ne se contente plus de recevoir les données qui remontent vers lui mais prend l'initiative d'aller les chercher.

En revanche, cette méthode législative n'est pas une innovation de la loi sur le divorce. Elle a été utilisée pour l'ensemble des lois élaborées par Carbonnier. La rupture est donc antérieure ; les données sociologiques ont notamment été très importantes pour la réforme des régimes matrimoniaux opérée en 1965²⁰.

Le recours à ces sciences auxiliaires et en particulier à la sociologie n'a pas toujours été bien perçu à l'époque de Carbonnier. L'objection est connue : à quoi sert le droit s'il se borne à s'incliner face au fait, connu grâce à la sociologie ? Carbonnier s'en est toujours défendu : les sondages ne dictent pas la loi ; ils permettent d'avoir un état des lieux informé pour éclairer la prise de décision ; ils permettent de dissiper certaines illusions ; ils permettent d'anticiper la manière dont une innovation envisagée est susceptible d'être reçue par l'opinion. En un mot, la sociologie a une fonction informative et non norma-

tive²¹. D'ailleurs, la conclusion qu'il en tire en matière de divorce est des plus prudentes : « une mise en garde contre toute solution absolue et monolithique en la matière. Il y a des sensibilités diverses au divorce » (p. 116). On est loin d'un diktat des faits.

2. Aujourd'hui

Quelle est la postériorité de cette méthode législative ? À bien des égards, elle est exceptionnelle. L'invocation de l'argument sociologique est devenue banale dans l'élaboration de la loi, que ce soit au Parlement²², ou en amont dans les études d'impact. Ces dernières n'existaient pas en tant que telles à l'époque de Carbonnier ; aujourd'hui, elles répondent à une exigence constitutionnelle. Or l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009²³, qui fixe leur objet, impose qu'elles aient une dimension sociologique. Il indique en effet que « [c]es documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ». Plus encore, l'étude doit préciser « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales » ; la dimension économique n'est donc pas seule en cause ; la dimension sociale doit y être abordée. Est également révélatrice l'indication selon laquelle l'étude doit préciser « l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ». Il ne s'agit pas d'explicitier l'état du droit, mais l'état « d'application » du droit, la manière dont, dans les faits, le droit est appliqué ; cette approche est typique de la sociologie du droit.

La doctrine a cependant montré l'ambivalence de l'argument sociologique dans les études d'impact²⁴ : il est bien sûr un instrument de connaissance de la réalité sociale, si bien qu'il apporte des éléments objectifs venant éclairer le projet de texte. Mais il est également un instrument de

19. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2016, p. 197.

20. V. sur ce point par ex. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 21.

21. V. par ex. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n° 32.

22. V. M. Millet, « L'argument sociologique au Parlement », in D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 151.

23. L. org. n° 2009-403 du 15 avr. 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n° 89 du 16 avr. 2009.

24. S. Gerry-Vernières, « L'argument sociologique dans les études d'impact », in D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit*, op. cit., p. 165.

conviction : il est utilisé pour justifier l'existence de la loi et les choix qui ont été faits. Les controverses à propos de l'étude d'impact du projet de loi sur la réforme des retraites montrent d'ailleurs bien cette ambivalence²⁵.

Si de manière générale, le recours aux sciences auxiliaires a donc connu une fortune exceptionnelle, qu'en est-il concrètement en matière de divorce ? Le bilan est beaucoup moins flatteur.

Examinons d'abord la réforme de 2016 sur le divorce sans juge. La mesure ne figurait pas dans le projet de loi initial ; elle a été introduite par voie d'amendement au cours des travaux parlementaires ; elle n'a donc pas fait l'objet d'une étude d'impact. Par ailleurs, sociologie comme droit comparé ont été singulièrement absents des débats parlementaires. Ce silence est regrettable car les données étaient là, notamment en droit comparé : un ouvrage sur la rupture du mariage en droit comparé avait été publié en 2015, quelques mois avant la réforme²⁶ ! Cette étude révèle effectivement une augmentation du nombre de législations autorisant un divorce extra-judiciaire ; mais elle révèle également, par exemple, que plusieurs d'entre elles écartent ce divorce en présence d'enfants mineurs²⁷. Il aurait pu être pertinent pour le législateur de tenir compte de cette information.

S'agissant de la réforme de 2019, la perspective est *a priori* plus favorable puisque l'article modifiant la procédure du divorce figurait dans le projet de loi initial. La lecture de l'étude d'impact suscite cependant l'étonnement. On y trouve bien un paragraphe de droit comparé²⁸, même s'il pourrait prêter le flanc à la critique de l'instrumentalisation dans la mesure où trois législations seulement sont évoquées : Espagne, Angleterre et Suède. Pourquoi celles-ci ? Et pourquoi seulement celles-ci ? Mais c'est surtout le passage consacré à l'argument sociologique qui interpelle. Il est évoqué au stade des options possibles qui s'offraient au législateur : l'option

consistant à supprimer certains fondements juridiques du divorce (en particulier celui de la faute) voire d'unifier de manière radicale les cas de divorce a été écartée car « cette perspective de modification majeure de notre législation suppose toutefois d'avoir une appréciation de l'état de l'opinion sur cette éventuelle suppression des différents fondements du divorce. Or aucune enquête récente ne porte sur cette question. Dès lors, avant de s'engager le cas échéant dans cette voie, une évaluation du niveau de maturité de cette réforme dans l'opinion publique s'avère nécessaire »²⁹. Autrement dit, le Gouvernement n'a aucune idée de l'état de l'opinion sur le divorce, donc il ne faut pas aller trop loin en touchant aux causes ; mais cette ignorance ne l'empêche pas de faire tout de même quelques pas en avant en modifiant la procédure de divorce. Le raisonnement est pour le moins curieux³⁰, d'autant plus que, on l'a vu, la réforme affecte aussi par effet réflexe les causes de divorce. On est bien loin de la manière de légiférer de Jean Carbonnier.

C. Une directive politique

Avec le recul des années, il apparaît remarquable que le pouvoir politique ait conféré à un homme, à un juriste, le soin d'élaborer un projet de loi sur le divorce. En effet, la « question du divorce » est profondément politique. Carbonnier l'écrit lui-même à titre de conclusion : « le divorce divise un couple ; la question du divorce peut diviser une nation » (p. 122). De ce point de vue, parmi toutes les lois rédigées par Carbonnier, celle de 1975 sort du lot. Les autres textes avaient bien sûr également une dimension politique : la loi sur les régimes matrimoniaux posait la question de l'égalité entre les femmes et les hommes ; la réforme de la filiation interrogeait la place de l'enfant naturel et de l'enfant adultérin. Certes, mais le divorce était encore autre chose.

25. V. M. Zemmour, « L'absence volontaire d'éléments chiffrés de la réforme des retraites empêche le Parlement de délibérer en connaissance de cause », *Le Monde* 2 févr. 2023 : l'étude d'impact « ressemble bien davantage à un dossier de presse qu'à un document d'analyse ».

26. F. Ferrand et H. Fulchiron (dir.), *La rupture du mariage en droit comparé*, SLC, coll. « Droit comparé et européen », 2015. V. aussi le dossier « Divorce dans le monde » de l'*AJ Fam.* 2015, p. 570 et s., 642 et s.

27. Tel est le cas par exemple de la Russie ou de l'Ukraine.

28. Étude d'impact précitée, p. 98 et 99.

29. Étude d'impact précitée, p. 100 et 101.

30. V. J. Garrigue, « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », préc., spéc. p. 100.

Il est vrai que la question du divorce n'a aujourd'hui plus du tout la même portée. On peut même se demander s'il y a encore vraiment une « question du divorce »³¹. Mais il faut se garder de scruter la situation des années 70 avec nos yeux de 2023. Souvenons-nous au contraire des controverses auxquelles la question du divorce avait donné lieu lors de l'élaboration du code civil, avec l'intervention personnelle de Napoléon³². Souvenons-nous encore des nombreuses tentatives qui ont été nécessaires avant que le rétablissement du divorce soit finalement voté avec la loi Naquet de 1884. Ce parlementaire a dû s'y reprendre à trois fois, car ses deux premières propositions avaient été rejetées; la troisième a été la bonne, mais elle a été adoptée à une infime majorité. La question du divorce a très longtemps divisé la France. Elle l'a d'autant plus divisée qu'elle a une dimension religieuse impossible à négliger³³ : pour l'Église catholique, le mariage est un sacrement et à ce titre il est indissoluble. La chronique de Léon Mazeaud, publiée en 1945, est restée célèbre³⁴ : elle proposait de laisser aux époux un choix entre deux mariages, l'un dissoluble par divorce, l'autre indissoluble. Toute une partie de la France était, encore dans les années 1970, opposée au divorce, ce que les enquêtes d'opinion ont montré. Le divorce était alors un problème éminemment politique. D'ailleurs, le vote de la loi de 1975 a été compliqué : le projet était porté par un Gouvernement de droite, avec une majorité au Parlement de la même couleur politique; pourtant, certaines voix de la majorité ont manqué, si bien que la loi n'a été adoptée que grâce au renfort de parlementaires de gauche³⁵.

Comment expliquer alors que le pouvoir politique délègue à un juriste le soin d'intervenir dans un domaine aussi sensible politiquement? N'est-ce pas au pouvoir politique de prendre lui-même ses responsabilités sur un tel sujet?

Carbonnier fournit la réponse à ce paradoxe apparent : « l'orientation générale du changement est mise, par hypothèse, hors du débat » (p. 115). Plus précisément, « la libéralisation du droit du divorce » est « l'hypothèse de travail donné par les pouvoirs publics, à partir de laquelle s'est élaborée la présente rédaction » (p. 117). Le pouvoir politique ayant fixé la direction, la délégation est uniquement technique, ce qui la rend acceptable.

Le pouvoir politique fixe la ligne, le juriste la met en musique. Voilà une répartition harmonieuse du travail, susceptible de donner les meilleurs résultats. Mais cette répartition ne doit pas masquer la marge de manœuvre importante dont dispose le juriste pour cette mise en musique. Carbonnier le reconnaît lui-même dans *Droit et passion du droit* : l'expression de libéralisation du divorce est « vague, qui pouvait signifier aussi bien ouvrir plus grandes les portes que rendre le passage moins douloureux »³⁶. La libéralisation peut être plus ou moins poussée; elle peut surtout emprunter des voies différentes. Libéraliser le divorce ne dit pas s'il faut une ou plusieurs causes de divorce; libéraliser le divorce ne dit pas quelle procédure doit être suivie pour divorcer, etc. Il y a là tout un ensemble de questions qu'il faut trancher, et auxquelles Jean Carbonnier s'est attelé. Mais c'est aborder le fond.

II. Questions de fond

Sur le fond, l'héritage de Jean Carbonnier semble particulièrement bien préservé si l'on s'en tient à la structure du titre sur le divorce : les cinq chapitres de la loi de 1975 sont les mêmes que ceux du code civil d'aujourd'hui³⁷. Mais une analyse plus précise conduit à un bilan plus nuancé, que l'on s'attache aux causes (A) ou aux effets (B) du divorce.

31. V. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 6^e éd., LGDJ, coll. « Droit civil », 2017, n° 523 : « la question en droit civil n'est plus une question de principe, mais de modalités : quel droit pour le divorce ? ».

32. V. F. Terré, D. Fenouillet et C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 203.

33. V. par ex. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 522 et s.

34. L. Mazeaud, « Solution au problème du divorce », *D.* 1945, chron. 11.

35. J. Carbonnier évoque cet épisode dans *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 102 (« Une législation révisée comme un champ de bataille »).

36. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, *op. cit.*, p. 221.

37. Sous réserve de l'ajout de l'adjectif « judiciaire » dans l'intitulé du chapitre 2 : « De la procédure du divorce *judiciaire* » afin de tenir compte de la déjudiciarisation de l'essentiel du divorce par consentement mutuel.

A. Causes du divorce

L'innovation fondamentale du projet de Carbonnier sur ce point réside dans l'admission d'une pluralité de causes de divorce. Il s'agit de l'une des manifestations de la volonté de compromis, que l'auteur souligne à la fin de son article³⁸, et qui la diversité de l'opinion publique sur la question impose. Quatre causes de divorce sont ainsi retenues.

La première est le consentement mutuel. La portée de cette innovation à l'époque ne doit pas être sous-estimée tant la question était controversée. C'est une « pièce essentielle du système » (p. 117), qui évite les comédies judiciaires que l'on connaissait sous l'empire du droit antérieur, les époux simulant des fautes et des griefs afin d'obtenir le divorce pour faute, alors seul admissible. Cette pièce essentielle est toujours debout aujourd'hui, même si sa portée a été profondément transformée par l'éviction du juge. Ce cas de divorce appelle deux remarques.

D'abord, Carbonnier estimait à 20 à 25 % la masse de la divortialité qui avait vocation à se porter sur le consentement mutuel (p. 118). Les chiffres vont bien au-delà aujourd'hui. Dans les dernières statistiques antérieures au divorce extra-judiciaire, relatives à l'année 2016, les divorces par consentement mutuel représentaient environ 72 000 des 129 000 divorces prononcés, soit presque 54 % du total³⁹. La déjudiciarisation de ce divorce a suscité un tassement des chiffres dans les années qui ont suivi mais ils sont depuis remontés au même étiage qu'avant la réforme : en 2021, 71 000 conventions de divorce par consentement mutuel ont été déposées au rang des minutes des notaires⁴⁰.

Ensuite, Carbonnier souligne l'écueil auquel ce divorce est exposé : « si la législation se montre très accommodante pour admettre la réalité des consentements, le risque est grand que le mieux armé des époux surprenne, extorque, achète le consentement de l'autre » (p. 119). Cet argument a précisément été mis en avant lors des

débats sur la déjudiciarisation de ce divorce, l'intervention du juge étant une garantie contre ce risque⁴¹. La loi a entendu compenser la disparition du juge par l'obligation pour chaque époux de prendre son propre avocat, mais la question est de savoir si le résultat est équivalent. On voit d'ailleurs apparaître en jurisprudence les premières actions en nullité de la convention de divorce pour vice du consentement⁴².

À côté du divorce par consentement mutuel, trois autres causes de divorce sont prévues par le doyen Carbonnier : le divorce pour faute, « le divorce assumé par le demandeur » qui prendra dans la loi le nom de divorce pour rupture de la vie commune, et enfin le divorce sur double aveu dont la physionomie sera assez nettement modifiée lors des travaux parlementaires. Leurs héritiers dans le droit actuel se reconnaissent aisément : la définition du divorce pour faute n'a pas été modifiée (article 242); le divorce pour rupture de la vie commune est devenu le divorce pour altération définitive du lien conjugal; le divorce sur double aveu est devenu le divorce accepté. Mais derrière cette stabilité apparente, on peut se demander si le pluralisme des causes mis en place par le doyen Carbonnier n'a pas totalement changé de sens, voire n'est pas devenu une illusion.

L'évolution du divorce pour rupture de la vie commune en témoigne. Dans le texte de Carbonnier, il présentait trois caractéristiques. Tout d'abord, il jouait dans des cas où la « configuration matérielle » (p. 117) révélait la faillite du mariage : une séparation de fait depuis six ans, ou une altération des facultés mentales du conjoint depuis six ans également. Qu'en restait-il aujourd'hui ? Disons-le clairement : rien. Le délai est d'un an, et il doit exister lors du prononcé du divorce; or la procédure de divorce dure généralement plus d'un an. Le résultat est donc qu'un époux peut quitter le domicile conjugal, assigner immédiatement en divorce sans avoir aucun élément à invoquer, et obtenir le

38. Carbonnier apporte davantage de précisions dans *Essais sur les lois*, p. 79 : « Cette loi de 1975 n'a été, il est vrai, et ne pouvait être qu'une loi de compromis, ou du moins une loi à options, ce qui explique son architecture tourmentée. Une négociation très voyante s'est nouée entre objectivistes et culpabilistes [...]. On a transigé en s'en remettant à un pluralisme teinté de méthode expérimentale ».

39. Ministère de la Justice, *Références Statistiques Justice, édition 2022*, ministère de la Justice, 2023, p. 55.

40. Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du Notariat, *Le divorce par consentement mutuel 5 ans après*, juill. 2022, p. 14. Les statistiques des divorces judiciaires ne sont pas encore connues pour la même année.

41. V. par ex. C. Brunetti-Pons, « Un divorce "sans juge" pour un droit "dérégulé" », *Dr. fam.* 2016, doss. 28.

42. CA Nîmes, 1^{er} ch. civ., 14 avr. 2020, n° 19/00887, *JCP N* 2020, p. 1221.

divorce au terme du délai usuel de la procédure. L'exigence même d'une cause de divorce, qui subsiste formellement, est en réalité aujourd'hui largement factice⁴³.

Deuxième caractéristique, une clause de dureté était prévue, ce terme exprimant bien pour Carbonnier « ce que pourrait comporter parfois de cruauté inadmissible un divorce obtenu dans ces situations » (p. 119). Le juge pouvait donc refuser de prononcer ce divorce dans les cas où il aurait des conséquences d'une exceptionnelle dureté pour le conjoint ou les enfants. Cette clause a été balayée en 2004.

Troisième caractéristique, il s'agissait d'un divorce « assumé par le demandeur », c'est-à-dire que toutes les conséquences financières pesaient sur lui, le devoir de secours étant même exceptionnellement maintenu. Tout ceci a disparu avec le principe de détachement des causes et des effets du divorce ; le divorce pour altération définitive du lien conjugal est un divorce neutre, qui ne présente pas de spécificité s'agissant de ses effets. Plus encore, la soupape de sécurité de l'article 270, qui permet au juge de priver exceptionnellement de prestation compensatoire un époux lorsque le divorce est prononcé à ses torts exclusifs, n'est pas prévue en cas d'altération définitive du lien conjugal !

On voit ainsi à quel point l'esprit a changé entre le projet du doyen Carbonnier et le droit positif. La loi de 1975 était un texte de compromis : le divorce était libéralisé, la voie était ouverte à l'époux afin qu'il ne reste pas prisonnier du mariage pour toujours même s'il n'avait rien à reprocher à son conjoint ; mais des conditions, des garde-fous, des délais étaient prévus et l'époux devait en payer le prix. Aujourd'hui, la liberté de mettre fin au mariage⁴⁴ a totalement pris le pas sur la protection du conjoint : un époux peut demander le divorce le jour où il quitte son conjoint, être divorcé un an plus tard, et toucher une prestation compensatoire. Avec les lois de 2004 et de 2019, la politique du divorce a en réalité totalement changé.

Quant au divorce pour faute, Carbonnier l'évoque rapidement pour justifier son maintien, déjà contesté à l'époque. Ce mouvement de contestation a depuis pris de l'ampleur, de nombreux auteurs et praticiens se prononçant aujourd'hui en faveur de sa suppression, au motif qu'il ne fait qu'attiser le conflit entre les époux⁴⁵. La lecture de Carbonnier est toutefois instructive : « Il est des conflits que la conscience populaire continue de poser en termes de culpabilité et à résoudre en termes de sanction » (p. 118). La remarque est toujours d'actualité et laisse à penser que le sort du divorce pour faute n'est pas encore scellé. Dans le monde d'aujourd'hui, qui accorde une telle importance à la lutte contre les violences conjugales, le pouvoir politique pourrait-il assumer de priver une femme battue de la reconnaissance symbolique que lui apporte le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs de son mari ?

B. Effets du divorce

De nombreux apports de Carbonnier s'agissant des effets du divorce sont encore d'actualité : il suffit de mentionner la création de la prestation compensatoire (p. 120) pour s'en convaincre. Mais c'est sur la dissociation des causes et des effets du divorce (1) et sur le recouvrement des pensions alimentaires (2) que je souhaiterais insister.

1. La dissociation des causes et des effets du divorce

Carbonnier entend « détacher de la faute les droits pécuniaires après divorce » (p. 120). Autrement dit, la cause de divorce ne doit plus avoir de répercussion sur ses effets. Le doyen justifie cette évolution : « la loi actuelle excite les époux à la belligérance » (p. 120). L'objectif est ainsi la pacification du divorce : les époux sont dissuadés de se reprocher leurs turpitudes, puisque celles-ci sont de toute manière dépourvues d'incidence sur le résultat du divorce⁴⁶.

La réforme de 1975 a fait un pas dans cette direction. Un pas important puisque, en particulier, le divorce aux torts partagés est désormais

43. V. J. Garrigue, « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », art. préc.

44. À laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle : Cons. const., 29 juill. 2016, décision n° 2016-557 QPC. V. sur ce point A. Gouézel, « Réflexions sur la "liberté de mettre fin aux liens du mariage" », *Dr. fam.* 2017, étude 19.

45. V. par ex. A.-M. Leroyer, *op. cit.*, n° 654.

46. V. A.-M. Leroyer, n° 661.

neutre. Mais un pas nuancé, assorti d'exceptions : l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé ne pouvait pas en principe bénéficier d'une prestation compensatoire et perdait le bénéfice de toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux consentis par son conjoint. De même, l'époux qui avait demandé et obtenu le divorce pour rupture de la vie commune restait tenu de son devoir de secours et perdait également le bénéfice des donations et avantages matrimoniaux. On retrouve donc une fois de plus la volonté de compromis entre des considérations opposées, d'équilibre. Pacifier oui, mais sans déresponsabiliser.

Chacun sait que les réformes ultérieures ont fait voler en éclat cet équilibre en détachant de manière beaucoup plus radicale les causes et les effets du divorce. Désormais, même si le divorce est prononcé aux torts exclusifs d'un époux, celui-ci peut bénéficier d'une prestation compensatoire, sauf exception ; même si le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal, le demandeur peut bénéficier d'une prestation compensatoire. Quant au sort des donations et avantages matrimoniaux, il est indépendant de la cause du divorce.

Cette évolution suscite des appréciations contrastées : certains l'approuvent dans la mesure où elle permet de pacifier le divorce. D'autres la critiquent vertement en ce qu'elle prive de sanction la violation des devoirs du mariage, et donc qu'elle prive en réalité de substance ces devoirs eux-mêmes⁴⁷ ; en touchant au divorce, on touche au mariage⁴⁸.

Mais ce qui est frappant ici, c'est que Carbonnier annonce presque cette évolution, au moins pour le divorce pour faute. Il écrit en effet que le détachement des effets du divorce de la considération de la faute est « l'horizon vers lequel marcher » (p. 120). Il semble donc voir dans son projet une simple étape. Une étape prudente au regard de l'état de l'opinion qui comprendrait mal « qu'un conjoint exclusivement coupable pût prétendre à des droits pécuniaires pour lui-même, à l'encontre d'un conjoint entièrement

innocent » (p. 120). Mais une étape qui a vocation à être dépassée pour aller vers un détachement plus net des causes et des effets du divorce. Cette phrase interpelle et fait voir d'un œil un peu différent l'équilibre mis en place par Carbonnier dans la loi de 1975.

2. Le recouvrement des pensions alimentaires

Lorsque Carbonnier aborde le paiement des pensions alimentaires, son mémoire résonne fortement avec l'actualité. Il commence par expliquer que « la pension alimentaire est une misère juridique qui pèse lourdement sur les femmes mariées » (p. 118) ; il faut donc essayer de remédier à cette difficulté. Il évoque une piste, discutée puis abandonnée : « il eût été demandé au Trésor public, ou plus pratiquement à l'Aide sociale, de faire aux divorcées l'avance des pensions, sauf à les recouvrer ensuite, par des moyens de droit public, sur les maris condamnés » (p. 118). Or que décrit-il ici, sinon le mécanisme d'intermédiation financière des pensions alimentaires qui est généralisé depuis le 1^{er} janvier 2023⁴⁹ – même s'il faut reconnaître qu'il ne s'applique qu'aux pensions alimentaires relatives aux enfants et non aux prestations compensatoires ? Au lieu que la pension soit payée directement au parent créancier par le parent débiteur, elle est versée par l'intermédiaire de l'Agence de recouvrement et d'intermédiation des pensions alimentaires, l'ARIPA. Autrement dit, l'ARIPA collecte la pension auprès de l'époux débiteur, et la reverse à l'époux créancier ; en cas d'impayé, l'organisme public met lui-même en œuvre les procédures de recouvrement forcé. Le dispositif avait initialement un champ d'application réduit, puisqu'il pouvait être décidé par le JAF en cas de violences conjugales. Aujourd'hui, il s'applique automatiquement en présence d'un titre fixant une pension alimentaire, notamment un jugement de divorce ou une convention de divorce par consentement mutuel, sauf accord des deux parents pour l'écarter. Le but est évidemment de sécuriser le paiement des pensions alimentaires. Un parent peut être réticent à agir

47. J. Garrigue, *Les devoirs conjugaux*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2012, préf. L. Leveneur.

48. V. spéc. Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523.

49. Art. 373-2-2 C. civ. dans sa version issue de la loi n° 2021-1754 du 23 déc. 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022, JORF n° 299 du 24 déc. 2021. V. A. Daste et E. Fagueret-Labalette, « Généralisation de l'intermédiation financière des pensions alimentaires », *AJ Fam.* 2022, p. 37.

en justice contre l'autre pour obtenir ce paiement, par crainte d'envenimer la situation, ce qui pourrait avoir des répercussions sur les paiements ultérieurs ou sur les enfants. Désormais ces réticences n'entrent plus en ligne de compte, puisque ce n'est plus le parent qui agit mais l'ARIPA.

Le bilan du mémoire de Carbonnier sur la question du divorce est donc contrasté ; il oscille

entre fidélité, rupture et continuité en trompe-l'œil. Ce résultat n'est pas surprenant. Le projet de Jean Carbonnier était un texte de compromis. Or tout compromis est par nature fragile car le poids respectif des différents intérêts mis dans la balance est susceptible d'évoluer avec le temps. C'est ce qui s'est produit ici, la liberté de chaque époux ayant pris en cinquante ans une importance accrue.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la revue.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



ADD

ASSOCIÉS

Étude Généalogique

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 - contact@add-associés.com

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BESANÇON ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND
LA ROCHELLE ■ LE MANS ■ LILLE ■ LYON ■ METZ ■ MONTPELLIER ■ NANCY ■ NANTES ■ NICE ■ REIMS ■ RENNES
ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE ■ VALENCE



BERLIN ■ COLOGNE ■ HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associés.com

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes
de France