

Revue de droit d'Assas

N° 31 Mars 2026

Portrait

Denis Alland, artisan du droit international

Par Thibaut Fleury Graff

Projet

Justice en France

Par Corinne Péhau et Dominique Verdeilhan

Dossier

Permanence des adages du droit

Par Enzo Cannizzaro, Nicolas Cayrol, Frédéric Dournaux, Charlotte Goldie-Genicon, Léa Molina, Laurent Pennec, Myriam Quémener, Bernard Stirn, Valentin Weber

Perspectives

Droit européen des affaires

Par Régis Bismuth, Emmanuelle Claudel, Thomas Herran, Francesco Martucci, Michel Menjuq

Rétrospective

« Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits » de Jean Rivero

Par Benoît Plessix

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

Lextenso

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

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Directeurs éditoriaux :

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique :

Cécile Chainais

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Nicolas Chapalin et Stanislas Julien-Steffens

Comité de rédaction en chef :

Coline Mayaudon, Geoffrey Perrier
et Justine Moura

Chargés de la diffusion :

Gérôme Legros et Zoé Morlan

Chargé du financement :

Rémi Adam

Comité de rédaction :

Rémi Adam, Fanny Amate, Clara Amsallem,
Pierre Barthélémy, Jan Borrego Stepniewski,
Romain Clavel, Mathilde Codazzi,
Marylou Fourdrain, Camille François,
Nathan Ginestière, Gérôme Legros,
Ariane Leimdorfer, Clément Lelievre,
Emmanuel Leroux, Zoé Morlan,
Victoire Ohannessian et Trestan Planquais

La *Revue* peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 31, mars 2026, p. X

En ligne : www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas

Revue de droit d'Assas

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Niki Aloupi,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut des hautes études
internationales

Denis Baranger,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut Michel Villey

François Blanc,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherches
en droit administratif

Thierry Bonneau,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de droit comparé de Paris

Guillaume Boudou,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale d'histoire,
philosophie et sociologie du droit (ED8)

Jean-François Cesaro,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale
de droit privé (ED6),
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Emmanuelle Chevreau,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut d'histoire du droit –
Jean Gaudemet

Claudine Desrieux,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherches en économie
et droit

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

France Drummond,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut de recherche
en droit des affaires de Paris

Dominique Fenouillet,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directrice du Laboratoire de sociologie
juridique

Olivier de Frouville,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherche sur les droits
de l'homme et le droit humanitaire

Léna Gannagé,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherche de droit
international privé et du commerce international

Yves Gaudemet,

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

Thomas Genicon,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de sociologie
juridique

Cécile Guérin-Bargues,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Vice-présidente en charge de la recherche

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Julien Icard,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Armel Le Divellec,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale Georges Vedel
(ED7)

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

Laurent Leveneux,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Laboratoire de droit civil

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*

Fabrice Picod,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé (ED9),
Directeur du Centre de droit européen

Didier Rebut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de criminologie
et de droit pénal de Paris

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

Quelques mots de la rédaction en chef

Nicolas Chapalin et Stanislas Julien-Steffens, rédacteurs en chef

« À l'impossible, nul n'est tenu ». Feu le doyen Jean Hilaire, qui fut notamment professeur émérite de notre université et directeur du Centre d'étude d'histoire juridique, devenu l'Institut Jean Gaudemet, semble avoir voulu faire mentir cet adage issu du droit romain lorsqu'il entreprit de compiler au sein d'un seul et même ouvrage les adages et maximes du droit français¹, tant la tâche s'avérait ardue. L'impossible est pourtant advenu. Cette entreprise a abouti à un ouvrage limpide et pédagogique, mettant en lumière le « caractère quasiment intemporel » de nombre de ces adages². C'est dans le sillage tracé par le doyen montpelliérain que le trente-et-unième numéro de la *Revue de droit d'Assas* souhaite inscrire ses pas.

« Le droit est l'art du bien et de l'équitable ». Cette définition, livrée par le jurisconsulte Celse et puisée dans les premières pages du *Digeste*, apparaît tout indiquée pour rendre compte du Portrait de Monsieur le professeur Denis Alland, brossé par Monsieur le professeur Thibaut Fleury Graff. Le lecteur y apprendra que l'art du droit international, à l'image de la menuiserie, requiert une précision et une rigueur qui n'ont de cesse d'animer les travaux de ce professeur émérite de notre université.

« Les paroles s'envolent, les écrits restent ». À la lecture du Projet, consacré à la série documentaire intitulée *Justice en France*, diffusée par France Télévisions, l'un serait enclin à remettre cet adage au goût du jour et croire que, désormais, « les vidéos restent » également. Ces vidéos, ce sont les captations d'audiences judiciaires, réalisées sous la supervision de Madame Corinne Péhau, grand reporter et productrice éditoriale, et Monsieur Dominique Verdeilhan, chroniqueur judiciaire et présentateur de l'émission, lesquelles poursuivent ainsi l'ambition de rapprocher les Français d'une justice trop souvent rétive à l'accès comme à l'intelligibilité.

1. J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, 2^e éd., Dalloz, 2015.

2. *Ibid.*, p. 4.

« Le droit vient en aide à ceux qui sont vigilants ». *Jura vigilantibus subveniunt*, martelaient en effet les juristes au temps de la Rome antique. Vigilants, les contributrices et contributeurs du Dossier, consacré à la « permanence des adages du droit », l'ont été. Vigilants à la contemporanéité des adages qui, irréductibles à des proverbes surannés exhumés du droit romain, du droit canonique ou de l'ancien droit coutumier, forment au contraire un substrat pleinement vivace qui irrigue la théorie et la pratique de nombre de pans de notre droit actuel tels que le droit de la responsabilité civile, le droit pénal, le droit des contrats, le droit européen ou encore la philosophie du droit.

« Force n'est pas droit ». À l'heure où l'affirmation de la force au détriment du droit domine le théâtre mouvant des puissances internationales, le droit européen des affaires, auquel sont consacrées les Perspectives, fait sien cet adage façonné au début du ^{xvii}^e siècle, veillant ainsi à réguler le marché européen et endiguer les velléités prédatrices qui cherchent à le menacer.

« Une fois n'est pas coutume », la Rétrospective ne met pas en lumière un « grand texte du droit » civil. Pour cause, à la faveur d'une collaboration fructueuse avec le Centre de recherches en droit administratif, Monsieur le professeur Benoît Plessix apporte son éclairage au texte de l'une des figures majeures des droits administratif et constitutionnel, le professeur Jean Rivero, dont l'intitulé n'a rien perdu de son actualité, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits ».

Enfin, parce que « nul ne reçoit la chose d'autrui qu'il n'en doive rendre compte », les auteurs de ces lignes se doivent d'adresser leurs plus vifs remerciements à l'ensemble des doctorantes et doctorants qui ont œuvré à la conception, la relecture et la diffusion de ce trente-et-unième numéro de la *Revue de droit d'Assas*, les auteurs qui ont bien voulu y contribuer et Madame la professeure Cécile Chainais, directrice scientifique de la *Revue*, sans laquelle il n'eût paru.

Il reste à vous souhaiter une excellente lecture !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

Portrait

Denis Alland, artisan du droit international
Thibaut Fleury Graff

p. 7

Regard actuel sur l'adage « la plume
est serve, la parole est libre »

Myriam Quémener

p. 84

La permanence de l'adage « *Jura novit
curia* »

Laurent Pennec

p. 87

L'adage *pacta sunt servanda* dans une
perspective historique de droit international

Enzo Cannizzaro

p. 94

Projet

Justice en France

Corinne Péhau et Dominique Verdeilhan

p. 11

Variétés autour du Droit

Les symboles dans le Code civil :
pour quoi faire ?

Alexandre Boustany et Jules Alvarez

p. 17

Les émojis et le droit privé

Ariane Leimdorfer

p. 24

Dossier

Permanence des adages du droit

La présomption de bonne foi, entre mythe
et réalité

Léa Molina

p. 29

« Nul n'est censé ignorer la loi »

Bernard Stirn

p. 38

Fraus omnia corrumpit

Frédéric Dournaux

p. 45

« *Infans conceptus...* », ou les mystères
de l'entrée dans la personnalité juridique

Charlotte Goldie-Genicon

p. 55

L'adage « *nullum crimen, nulla poena sine
lege* » et les mille et un visages du principe
de légalité

Valentin Weber

p. 65

De minimis non curat praetor

Nicolas Cayrol

p. 73

Perspectives

Droit européen des affaires

Droit européen des affaires et droit pénal :
des liaisons sinueuses

Thomas Herran

p. 100

Mesures restrictives de l'Union européenne
et droit des affaires de l'Union européenne :
interactions plurielles et frictions systémiques

Régis Bismuth

p. 105

Les grands mouvements du droit de
la concurrence en France et en Europe.
Histoire d'un droit en perpétuelle mutation.

Emmanuelle Claudel

p. 112

La notion juridique de monnaie à l'ère
numérique, illustration d'un droit européen
des affaires transcendant la distinction
public-privé

Francesco Martucci

p. 121

Bilan et perspectives du droit européen
des sociétés

Michel Menjucq

p. 127

Rétrospective

« Le système français de protection
des citoyens contre l'arbitraire administratif
à l'épreuve des faits » de Jean Rivero

Benoît Plessix

p. 132

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Jules ALVAREZ, Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Régis BISMUTH, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

Alexandre BOUSTANY, Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Enzo CANNIZZARO, Professeur de droit à l'Université La Sapienza de Rome (Italie)

Nicolas CAYROL, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Tours

Nicolas CHAPALIN, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Emmanuelle CLAUDEL, Agrégée des Facultés de Droit, Professeure à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Frédéric DOURNAUX, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université d'Orléans

Thibaut FLEURY GRAFF, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Charlotte GOLDIE-GENICON, Agrégée des Facultés de Droit, Professeure à l'Université de Nantes

Thomas HERRAN, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Bordeaux

Stanislas JULIEN-STEFFENS, Doctorant contractuel à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Ariane LEIMDORFER, Doctorante contractuelle à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Francesco MARTUCCI, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Michel MENJUCQ, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Léa MOLINA, Agrégée des Facultés de Droit, Professeure à l'Université du Mans

Corinne PÉHAU, Grand reporter chez France Télévisions

Laurent PENNEC, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Toulon

Benoît PLESSIX, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Myriam QUÉMÉNER, Magistrat honoraire, Docteur en droit

Bernard STIRN, Président de section honoraire au Conseil d'État, Secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques

Dominique VERDEILHAN, Journaliste et chroniqueur judiciaire chez France Télévisions

Valentin WEBER, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Nantes

Portrait

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



Denis Alland, artisan du droit international

Thibaut Fleury Graff

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Institut des hautes études internationales

Qui connaît – un peu, au moins – l'art de la menuiserie, sait le plaisir de la conception, des plans, en somme, de la construction intellectuelle ; mais celui-ci connaît alors aussi la contrainte de la mise en œuvre. Le matériau qui résiste, l'outil qui manque, l'angle imprévu qui oblige bientôt à reprendre les calculs. Ni la conception, ni la réalisation d'un ouvrage ne se suffisent à elles-mêmes ; il faut connaître la cause finale pour

savoir comment procéder, il faut savoir la mise en œuvre pour réaliser la cause. L'homme de l'art, dirait Aristote, sait mieux que l'homme d'expérience. Mais l'homme de l'art, s'il est dépourvu d'expérience, ne sait qu'en partie. C'est ce que rappelle Denis Alland dans un article récent sur l'enseignement du droit, brève somme de « quelques » années d'expérience des cours magistraux. L'article résume aussi, pour ceux qui ne le connaîtraient pas ou n'auraient pas eu le privilège de suivre, à un moment donné ou un autre de leur vie, ses cours ou séminaires, son appréhension du droit : « rendre compte de la pratique », « assumer le destin des règles juridiques que dessine leur contour social effectif »¹ – « faire une place à la pratique »², donc, n'être pas inutilement « technicien » et ne jamais perdre de vue, en s'accrochant à des « fins particulières », la « fin générale »³. Les conceptions les plus ambitieuses, les constructions intellectuelles les plus belles, ne sont que peu de choses – elles sont inutiles, dirait Kant, convoqué aussi dans cet article, comme dans beaucoup d'autres, aux côtés de Descartes – si elles sont abstraites de leur réalisation ; le dessin et le dessein de l'artisan ne se comprennent qu'à l'épreuve du matériau, de l'outil, des milles résistances et anicroches de la mise en œuvre. Inversement, mais tout aussi utilement, l'ouvrage, sans la conception préalable, ne pourra avoir la fonction souhaitée. La réalisation, sans la conception, est aveugle, dit le même philosophe allemand.

1. D. Alland, « Qu'est-ce qu'enseigner le droit [international, par exemple], pourquoi et comment l'enseigner ? », in Y. Gaudemet et B. Plessix (dir.), *L'enseignement du droit aujourd'hui. Qu'a-t-on fait de l'héritage de Jacques Cujas*, LGDJ et Lextenso, 2024, p. 138.

2. *Ibid.*, p. 135.

3. *Ibid.*, p. 133.

Il y a chez Denis Alland, ses interventions en ligne le laissent deviner, une bibliothèque immense. 15 000 ouvrages environ, de philosophie, de littérature aussi, d'histoire – et de droit, évidemment. Tout juste classés, car aller au-delà serait, sans doute, une forme de hiérarchie, ce qu'en bien des domaines il ne goûte guère. La passion du livre l'a saisi dès son enfance, alors que le domicile familial n'était pas équipé d'un poste de télévision, mais pourvu d'une vaste bibliothèque. C'est le début d'une aventure qui jamais depuis lors ne l'a laissé ni lassé. Ce que peu savent sans doute, c'est que jouxte cette bibliothèque son atelier de menuiserie – et que non loin de cet atelier se trouve un bois (non pas *du* bois : *un* bois) que lui-même exploite, et dont sont faites ses bibliothèques. La conception à l'épreuve de la réalisation, et *vice versa*, en cet endroit comme en droit.

Ces deux facettes sont celles qui animent la représentation du monde de Denis Alland comme du Professeur Alland. Dans le monde juridique, cela revient à disqualifier le positiviste qui s'en remet à la seule technique (pour masquer, souvent, sa déférence, classique, à l'égard du pouvoir)⁴, comme le théoricien qui oublie les subtilités de celle-ci. Les deux négligent la complexité de l'art du juriste, qui est partout dans son œuvre et sa carrière, dans leur construction d'un savoir qu'échafaudent des publications allant du *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, et du *Manuel de droit international public*⁶ aux *Contrats de communications électroniques*⁷, en passant par des articles consacrés tant aux « jeux de hasard »⁸ qu'à la « conquête espagnole des Indes »⁹. Dispersions et hors-sujets ? Tout au contraire : variations et perceptions d'un « maître des labyrinthes »¹⁰ qui durant de nombreuses années a dirigé et collaboré à la revue *Droits*.

Il faudrait encore ajouter certaines « expériences pratiques » qui ont animé son parcours : juge nommé par le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés à la Commission de recours des réfugiés dans les années 1990, avocat au Barreau de Paris à la fin des années 2000 et au début des années 2010... : elles auront éprouvé (surtout la seconde) et solidifié ses approches du droit et de la justice. Si l'« intelligence des catégories », la « connaissance de la langue et du vocabulaire »¹¹, la « familiarité avec les sources et les raisonnements droits » – cet ensemble dont la maîtrise fait « l'art du juriste » – supposent une « vue large des idées » qui permettent de défaire les constructions trop parfaites¹², exposant alors leur artificialité et leur dogmatisme, c'est peu dire que celui qui fut Directeur de l'Institut Michel Villey – et qui l'est toujours avec Stéphane Rials de l'Institut Dogma « pour l'étude des disciplines dogmatiques et l'histoire général des formes » – s'y est tenu.

Car c'est là, assurément, l'un des fils de son œuvre : comme l'artisan scrute les constructions de ses prédécesseurs et compagnons, pour mieux en démontrer les astuces et faiblesses – mais aussi, à l'occasion, la solidité des étais – il débusque les facilités et les intentions derrière les constructions. Il faut lire à ce titre – tout bien sûr, mais avant tout peut-être – ses articles sur le monisme et le dualisme, « dont les enjeux politiques n'ont guère varié, ce qui justifie que l'on continue à s'y intéresser »¹³, sur la notion « d'ordre juridique »¹⁴, ou encore – et surtout – son cours à l'Académie de droit international

4. D. Alland et R. Kolb, « Présentation de la *Prolusione* de D. Anzilotti (1914) – Le droit international, c'est la force ? », *Droits* 2013, n° 58, p. 202.

5. D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004.

6. D. Alland, *Manuel de droit international public*, 12^e éd., PUF, 2025.

7. D. Alland, D. Bureau et F. Bloch, *Les contrats de communications électroniques. Collectivités territoriales et NTIC*, Le Moniteur, 2006.

8. D. Alland, « Morale et argumentation. L'exemple des jeux de hasard et d'argent », *Droits* 2015, n° 62, p. 25-58.

9. D. Alland, « Conquête espagnole des Indes, jugements sur les Indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits* 2007, n° 46, p. 19-40, repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, Pedone, 2023, p. 299.

10. Selon le terme de S. Sur, « Préface » in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit.

11. On renverra sur ce point à D. Alland, *Les 100 mots du droit international*, PUF, 2021.

12. D. Alland, « Qu'est-ce qu'enseigner... », préc., p. 133.

13. D. Alland, « Monisme et dualisme. Retour sur quelques origines d'un débat », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ et Lextenso, 2016, p. 64, repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit., p. 105.

14. D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits* 2002, n° 35, p. 79-102, repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit., p. 197.

de La Haye sur l'interprétation¹⁵, vaste entreprise de démonstration de l'inanité des théories prétendant contraindre l'interprétation du droit (international, par exemple).

Il y a assurément dans cet ensemble l'influence, partielle mais qu'il reconnaît, de l'approche que propose G. Ladreit de Lacharrière dans sa *Politique juridique extérieure*, dont la découverte alors qu'il était assistant à Paris 2 est présentée dans un article mémorable – y compris pour une note de bas de page tout en ironie socratique sur l'état, alors déplorable¹⁶, de la salle des professeurs du Centre Panthéon¹⁷.

Socrate : c'est peut-être vers le premier des philosophes qu'il faut se tourner pour comprendre la méthode qui anime l'œuvre et les enseignements du Professeur Alland. Questionner plutôt que répondre, ne rien tenir pour acquis, débusquer la doxa qui feint d'oublier la complexité dans la nécessité d'ordonner – et faire naître de ce dialogue non pas des certitudes, mais des voies d'appréhensions d'un monde juridique qui, comme n'importe quel autre, ne connaît ni unité ni vérité objectives. D'où sa méfiance pour les « valeurs » dont serait porteuse une prétendue « communauté internationale », masques commodes de ceux qui entendent imposer une vision du monde, leur vision du monde, à l'encontre des préceptes classiques d'un droit international protecteur des souverainetés (autant dire des visions du monde) qu'en cela il chérit.

Il suffit d'avoir, à l'occasion, discuté avec Denis Alland de l'usage de l'anglais dans l'enseignement du droit français dans les Facultés de droit françaises pour mesurer combien il abhorre cet impérialisme linguistique, soumission béate à un impérialisme américain qu'il a dénoncé fermement au mitan des années 2010¹⁸, dans la continuité de Robert Charvin, dont il fut l'élève à Nice et dont les enseignements l'ont assurément marqué, au même titre que ceux, en droit international public, de René-Jean Dupuy dans la même Faculté. Par le dialogue, donc, ne pas chercher une vérité, mais « construire un récit qui permette de comprendre et de rendre compte de façon satisfaisante de cet ensemble de pratiques et de règles que l'on appelle le droit »¹⁹. Denis Alland « croit aux savoirs du droit comme récits et nullement comme science dure du droit »²⁰.

C'est aussi ce qui l'a conduit, au fil des années, à développer un enseignement du droit international *par les cas*, d'abord à Caen, pendant quelques années, puis à Paris 2 : raconter d'abord une affaire, les éléments du litige et ce qui le nourrit, les « hommes et les femmes » pris dans les faits, pour mieux faire voir, ensuite, l'apport des solutions dont sont porteuses les décisions qui les adoptent²¹. Il insiste : des *décisions*, plutôt que des « arrêts ». Soit l'option interprétative que pour diverses raisons une autorité juridictionnelle choisit.

Son parcours éclaire ces conceptions.

Du droit, bien sûr, à Nice d'abord, à Paris ensuite, où il suit, en parallèle de ses études juridiques, des études de philosophie, avant de rejoindre, comme assistant de René-Jean Dupuy qui y est titulaire de la chaire de droit international, le Collège de France, puis l'Université Paris 2. C'est à l'occasion de certains séminaires et conférences qui y sont dispensés, comme ailleurs, par les Professeurs Rials et Combacau notamment, que se révèle le problème central qui nourrira ses réflexions ultérieures, de sa thèse sur les contre-mesures comme forme de justice privée en droit international²² à ses écrits les plus

15. D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *RCADI* 2013, p. 41-394.

16. Nous ne saurions naturellement imiter notre auteur en précisant que la description pourrait aujourd'hui s'appliquer aux « cabinets », non de toilette mais de travail, qui n'ont pas eu l'heur de connaître une rénovation récente. Nous nous contenterons donc de renvoyer à ladite note, en invitant simplement le lecteur à transposer aux cabinets ce qui alors était dit de la salle Goullencourt...

17. D. Alland, « Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'État. Retour sur la *Politique juridique extérieure* », *AFDI* 2012, p. 555-563.

18. D. Alland, « États-Unis : la machine impériale. En lisant Chomsky et quelques autres », *Droits* 2018, n° 67, p. 117-168, repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit., p. 319.

19. D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2013, vol. 362, p. 55.

20. *Ibid.*, p. 61.

21. La méthode est devenue aussi un ouvrage. V. D. Alland (dir.), *Décisions du droit international public*, PUF, 2024.

22. D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international : étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, 1994.

récents : celui de l'infinie multiplicité des points de vue, d'autant plus prégnante en droit international – ce qui en fait en grande partie le prix – que le recours au tiers impartial et qualificateur y est souvent absent. C'est le « mystère » qui rend la « discipline passionnante »²³.

D'Euripide et Sophocle, dont la découverte des œuvres a nourri son intérêt pour la philosophie, à la tragédie ontologique du droit international, il n'y a qu'un pas que cet homme de nature et d'animaux – « je ne peux pas vivre sans ces deux choses que j'admire » – ne cesse de déployer depuis ses premiers écrits, au gré des chemins qui s'ouvrent à lui. Ce pas qui relie, de l'Antiquité à aujourd'hui, ces deux mondes de la philosophie et du droit, c'est celui de l'insoluble et inéluctable destin de nos vies et institutions. L'« actualité » – qui n'a d'actuel que notre propension à n'en pas voir les immuables racines, car les tragédies grecques sont pleines déjà de nos questionnements « contemporains » – le démontre à souhait : lui qui longtemps a dirigé la chronique des « faits internationaux » et celle de « jurisprudence française en matière de droit international public » à la *Revue générale de droit international public* le sait. Faut-il lire pour autant dans les sombres perspectives qu'offre cette « actualité » un « adieu au droit international »²⁴ ? À coup sûr une *métabolè*, peut-être « un » adieu, mais pas l'adieu : comme pourrait le dire un Spinoza dont Denis Alland partage assez largement la conception du monde, le droit international est et demeure (presque) partout, dans ses multiples institutions, instruments et discours. Mais la fin guette car, comme il le dit, « c'est fragile, une représentation ».

* * *

La première fois qu'il m'a été donné l'occasion d'aller chez Denis Alland, c'était en 2014, pour y prononcer une leçon blanche d'agrégation. Bienveillant comme il l'a toujours été – interrogez ses étudiants, ses doctorants, ses collègues : c'est assurément ce terme qui reviendra – le Professeur m'avait laissé le choix : prononcer cette leçon à distance, ou y procéder à son domicile, mais, m'avait-il prévenu, « c'est un peu loin ». Soucieux de me mettre, autant que possible, dans les conditions du Concours, j'avais opté pour cette seconde solution qui certes requérait un peu de logistique, mais me plongerait à n'en pas douter dans un état d'anxiété que seule égalerait – et encore – la loge de la rue d'Assas. Passée l'heure de route, les yeux sur le GPS et les pensées dans un commentaire de texte dont j'ai tout oublié aujourd'hui, je découvrais la longère qui devrait abriter par la suite quelques-unes de nos conversations – la plus récente, il y a quelques jours, pour préparer ce portrait. Simple et élégante, discrète aussi, comme le maître des lieux, elle abrite, peu sans doute sont ceux qui le savent aux alentours, mais à Paris et au-delà nul ne l'ignore, un artisan du droit international. Les représentations qu'il en a donné sont aussi solides que les bibliothèques qu'il a construites : pour longtemps encore, elles étayeront les conceptions et réalisations de générations d'internationalistes.

23. D. Alland, « Justiciabilité et juridicité du droit international public », in *Grandes pages du droit international*. Charles Leben, Pedone, 2023, p. 14, partiellement repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit., p. 387.

24. D. Alland, « Un adieu au droit international public ? À propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et ses suites », *RGDIP* 2020/1, p. 73-84, repr. in D. Alland, *Représentations du droit international public*, op. cit., p. 371.

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet dans un entretien ou un texte rédigé par une (ou des) personne(s) impliquée(s) dans ce projet.

Justice en France

Corinne Péhau et Dominique Verdeilhan

Diffusée pour la première fois le 19 octobre 2022, *Justice en France* est une émission de France Télévisions au cours de laquelle sont captées des audiences judiciaires, qui sont ensuite décryptées en plateau par un journaliste, un magistrat et un avocat. L'émission a démarré sa quatrième saison en octobre 2025 et plus d'une trentaine d'émissions ont déjà été diffusées.

Justine Moura et Stanislas Julien-Steffens, doctorants et membres du comité de rédaction en chef de la *Revue de droit d'Assas*, ont pu s'entretenir en octobre 2025 avec Mme Corinne Péhau, grand reporter, créatrice et productrice éditoriale de l'émission, et M. Dominique Verdeilhan, journaliste, chroniqueur judiciaire et présentateur de l'émission.

Revue de droit d'Assas (RDA) – Quand avez-vous acquis la conviction qu'il est important que la justice puisse être filmée et pour quelles raisons ?

Corinne Péhau (C.P.) – J'ai toujours pensé qu'il était important que les gens puissent savoir ce qu'il se passe à l'intérieur des tribunaux. La publicité de la justice, notamment lorsque l'on y inclut des décryptages pédagogiques, participe à sa bonne compréhension. J'ai fait beaucoup de chroniques judiciaires pour *France 3*, avant de réaliser en 2010 un documentaire sur l'affaire Francis Évrard, intitulé *Cinq jours pour juger : le procès d'un pédophile*. Dans la mesure où la justice est publique, cela ne m'a jamais paru étrange que l'on puisse la filmer, sachant que cela se faisait dans d'autres pays aussi. En France, on s'est longtemps heurté à une très forte réticence à ce sujet. Je me souviens que, pour la préparation de ce documentaire en 2010, les autorisations avaient été compliquées à obtenir. À l'époque, il fallait donner beaucoup de gages de notre rigueur, voire de notre bienveillance, auprès des magistrats et des avocats.

Dominique Verdeilhan (D.V.) – J'ai toujours préféré la réalité à la fiction. En France, nous avons été plutôt nourris par des fictions et des films américains que par des fictions françaises dans lesquelles la justice était souvent oubliée. Dans ces films, on a toujours un commissaire de police, mais il n'y a jamais de juge, jamais de procureur et les erreurs procédurales étaient nombreuses. C'est dire qu'il y a un intérêt pédagogique à filmer la justice.

Les caméras étaient sorties des prétoires en 1954 après l'affaire Dominici à cause des dérives que la captation du procès avait causées. En 1985, la loi Badinter [la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice] a été adoptée mais elle restait circonscrite à la captation d'audiences à des fins historiques.

C'est en 2004 qu'un premier tournant a été amorcé. Monsieur Dominique Perben, qui était alors ministre de la Justice, garde des Sceaux, avait institué la Commission Linden, présidée par Madame Élisabeth Linden (Première Présidente de la cour d'appel d'Angers d'alors), dont j'étais membre. Nous avons réfléchi durant quatre mois à la question de savoir si les caméras devaient retourner dans les prétoires. Nous avons rendu un rapport qui contenait un certain nombre de préconisations¹ dont certaines sont présentes dans la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021. Nous souhaitions éviter la justice-spectacle et poursuivions en premier lieu une démarche pédagogique visant à montrer comment la justice travaille.

RDA – Le 31 mars 2022, date du décret d'application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire de 2021, coïncide avec la signature d'une convention entre France Télévisions et le ministère de la Justice pour la captation des audiences. Est-ce cette loi, puis la conclusion de cette convention, qui ont motivé votre projet de créer l'émission Justice en France ?

C.P. – Ce projet d'émission était porté par France Télévisions avant cette loi de 2021. Dominique et moi avons été contactés pour travailler sur ce projet, mais nous nous demandions comment nous pouvions obtenir des autorisations pour réaliser cette émission. La Présidente de France Télévisions, Delphine Ernotte, tenait beaucoup à ce projet. Elle est allée rencontrer le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti, qui s'est aussi montré intéressé et qui lui avait dit que la mise en place d'un tel projet était conditionnée par l'adoption d'une loi nouvelle. L'émission a donc été permise par l'adoption de la loi sur la confiance dans l'institution judiciaire.

L'un des éléments importants du projet était la volonté de mettre en place une émission pérenne. De nombreux projets de captation d'audiences sont portés par des chaînes diverses, mais uniquement dans le cadre d'émissions spéciales et ponctuelles. De notre côté, nous avons le projet d'une émission qui serait diffusée plusieurs fois par an. C'est dans cette perspective qu'a été signée la convention avec le ministère de la Justice qui a considérablement simplifié le processus d'obtention des autorisations auprès de la Chancellerie.

D.V. – Au départ, le projet a suscité une méfiance légitime de la part des magistrats car ils ne sont pas habitués à ce que les caméras envahissent leur salle d'audience et encore moins leur cabinet. Désormais, ils nous ont identifiés, ont appris à nous connaître et un échange s'est désormais installé, qui permet de discuter à l'avance des futures captations d'audiences.

RDA – Comment choisissez-vous les audiences que vous allez filmer ? L'initiative vient-elle toujours de votre part ou certains magistrats prennent-ils eux-mêmes contact avec vous ?

C.P. – Nous avons un référent au sein de la Direction des services judiciaires du ministère de la Justice que nous tenons au courant de nos projets et de l'avancement de la préparation de nos émissions. C'est également à notre référent que nous envoyons les demandes d'autorisation de captation des audiences.

Le choix de nos captations se fait selon différents moyens. Nous avons eu quelques magistrats qui nous ont contactés pour nous proposer de venir tourner dans leurs juridictions. Mais en général, c'est nous qui prenons l'initiative de contacter les magistrats en fonction du type d'affaires que nous désirons aborder. Nous souhaitons diversifier les affaires que nous traitons et ne pas tomber dans une forme de répétition.

Ce sont les chefs de cour qui sont décisionnaires quant à l'autorisation de tournage. Nous devons également obtenir l'autorisation des acteurs judiciaires qui interviennent lors de l'audience captée ; c'est-à-dire des magistrats et des avocats que nous allons filmer. Nous réalisons donc, en amont des tournages, un important travail d'accompagnement auprès des acteurs du procès pour que la captation puisse se dérouler dans les meilleures conditions. Le repérage sur le plan technique est également très important car, lors des captations, nous disposons des caméras dans la salle d'audience, mais aucun cadreur n'est présent, afin de ne pas perturber le déroulement du procès.

1. Ministère de la Justice, *Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, 22 février 2005.

D. V. – Concernant le choix des audiences, nous ne filmons que des affaires qui ont trait à la justice du quotidien, et non les procès de faits divers, qui ne correspondent absolument pas à notre démarche. Nous recherchons des affaires qui sont le reflet de ce qui se passe dans la société.

Nous avons aussi des contraintes en termes de durée de l'audience. Nous réalisons une émission de 60 minutes qui comporte une partie centrée sur le procès d'une durée d'environ 45 minutes. Par exemple, pour un procès d'assises, la durée du procès ne doit pas dépasser trois jours, sans quoi il serait impossible de rendre compte des principaux enjeux du procès dans ce temps limité.

RDA – Les émissions de Justice en France sont consacrées à des affaires pénales, mais aussi à des affaires civiles qui retiennent généralement peu l'intérêt des médias, alors même qu'elles sont quantitativement plus importantes que la justice pénale. Y avait-il, dès l'origine du projet, une volonté de ne pas se focaliser uniquement sur les audiences pénales ?

C. P. – Oui, tout à fait. La loi sur la confiance dans l'institution judiciaire de 2021 est elle-même claire sur ce point : elle ne vise pas uniquement les audiences pénales. Toutefois, même si nous sommes conscients que les affaires civiles représentent aujourd'hui environ 80 % des affaires devant les tribunaux en France, tourner des audiences civiles est un processus plus long et complexe. Les enjeux de ces affaires peuvent être plus difficilement compréhensibles pour les téléspectateurs et nous devons veiller à ce que les délais d'appel, qui peuvent être longs, soient épuisés avant de pouvoir diffuser les émissions. C'est également pour ces mêmes raisons que, pour l'instant, nous n'avons pas capté d'audiences administratives, car ce sont des audiences difficiles à mettre en image et à expliquer.

D. V. – L'exigence que tous les recours en justice soient purgés avant de pouvoir diffuser la captation était déjà évoquée au moment de la Commission Linden. Cela représente pour nous une contrainte mais nous concevons très bien l'origine de cette obligation car l'émission n'a nullement pour finalité d'influer d'une manière ou d'une autre sur une décision de justice. Il faut donc que le dossier soit définitivement clos lorsque nous diffusons l'émission.

RDA – Votre émission adopte une approche pédagogique visant à faire mieux comprendre le fonctionnement de la justice française aux téléspectateurs. Comment avez-vous conçu l'émission pour qu'elle puisse être aussi pédagogique que possible ?

C. P. – D'abord, lors de la diffusion des images de l'audience, des encarts écrits apparaissent à l'écran afin de définir et d'éclaircir les termes juridiques employés. Ensuite, un élément central dans le dispositif, du point de vue pédagogique, est le plateau qui intervient en fin d'émission, animé par Dominique Verdeilhan, et auquel participent toujours un magistrat et un avocat.

En réunissant ces deux acteurs judiciaires, nous avons à cœur de maintenir le principe du débat contradictoire, lui-même à l'œuvre dans les salles d'audience. Nous veillons à choisir des acteurs du monde judiciaire qui n'ont pas de lien avec l'affaire ayant donné lieu à la diffusion précédant immédiatement le plateau ; l'avocat ne fait pas partie du barreau de la ville dans laquelle la captation a été réalisée et, de même, le magistrat n'exerce pas dans la juridiction dans laquelle l'affaire a été filmée.

D. V. – Depuis la création de l'émission, la seule évolution marquante dans la construction de l'émission a porté sur le moment où intervient ce plateau avec un magistrat et un avocat. Lors des premières émissions, nous alternions les moments de procès et les moments de plateau. Nous avons rapidement changé notre fusil d'épaule et avons fait le choix de laisser le téléspectateur suivre l'audience de manière continue au lieu de l'interrompre régulièrement.

Au-delà de sa vocation pédagogique, qui permet de revenir sur la pratique des acteurs du monde judiciaire, ce plateau nous permet aussi de revenir sur des termes juridiques qui sont au cœur de l'actualité. À titre d'exemples, nous avons reçu un juge d'application des peines qui a pu aborder la question de l'exécution provisoire ou, au cours d'un autre plateau, nous sommes revenus sur l'inclusion récente de la notion de « consentement » dans la loi pénale française en matière de viol.

RDA – Ces audiences touchent à des questions sensibles, notamment pour les parties au procès. Vous parliez d'un travail visant à établir la confiance non seulement auprès des magistrats, mais aussi auprès des parties. Comment procédez-vous pour obtenir l'accord des parties au procès ? Est-il aisé d'obtenir leur autorisation et comment appréhendent-elles la démarche de captation de l'audience ?

C.P. – À dire vrai, cela n'est pas aisé. Il faut savoir qu'on a le droit de capter toute audience publique, sous réserve de respecter les conditions posées par la loi. Par conséquent, on ne demande pas aux parties, aux victimes et à l'accusé ou au prévenu, ce qu'on a le droit de capter – autorisation qui est obtenue par ailleurs –, mais seulement s'ils veulent être floutés ou non. Seul un premier président ou un procureur général peut refuser notre présence. Cela étant, nous veillons à ne pas troubler l'audience et à respecter les instructions qui sont données ; mais encore une fois, concernant les parties elles-mêmes, nous leur demandons seulement si elles veulent être anonymisées. Et il vrai qu'aujourd'hui – et cela se reflète dans les reportages télévisés –, les gens ont de plus en plus de mal à accepter d'être vus. On peut le comprendre de la part des accusés, des prévenus, en considération de leur famille, mais on remarque que les parties civiles, notamment les victimes, souhaitent désormais également être floutées. Je me souviens d'une époque où il était plus fréquent que les gens se laissent voir. En cas de refus, évidemment, on anonymise. Ce à quoi je tiens en revanche absolument, c'est qu'on puisse voir tous les magistrats et les avocats. On peut être flexibles s'agissant des avocats, mais on ne tourne pas dans une audience pour laquelle l'un des magistrats ne veut pas être filmé. On ne peut pas parler de transparence de la justice avec des magistrats floutés.

D.V. – Par ailleurs, on installe tout le dispositif de captation visuelle et sonore avant que l'audience ne commence. Ensuite, il n'y a plus personne de l'équipe dans la salle, excepté un journaliste, qui suit l'audience puisqu'il va ensuite participer au montage du documentaire lié au procès. Nous sommes aussi discrets que possible pour ne pas perturber l'audience. Il n'y a pas de caméraman, et nous ne troubons pas la sérénité des débats : très vite, les gens oublient notre présence. Par conséquent, ce à quoi vous assistez, en regardant l'émission, est le reflet de ce qui s'est vraiment passé et de ce qui se passe tous les jours. Je l'ai dit dès la première émission : ces personnes ne sont pas des comédiens ; ce sont d'authentiques victimes, d'authentiques magistrats, d'authentiques prévenus, accusés... L'émission donne à voir ce qui se passe tous les jours dans des salles d'audience, dans tous les palais de justice et dans les cabinets des magistrats.

RDA – Votre émission vise à se focaliser sur les affaires de la justice du quotidien. Mais chacun d'entre vous a été amené à suivre plusieurs procès médiatiques, qui ont eu une grande résonance dans la société. Quelles sont les principales différences, selon vous, entre les procès médiatiques, voire les procès « hors norme » d'un côté, et ceux de la justice du quotidien d'un autre côté, qui font l'objet de votre émission ?

C.P. – D'après moi, les procès médiatiques interviennent après un fait divers qui a souvent remué, bouleversé la population par son horreur, par son aspect hors norme ou par l'histoire qu'il raconte. Ce sont des procès dont le retentissement est tel que l'on a déjà entendu parler de l'accusé et des victimes. Ces procès sont donc dans la continuité d'un fait divers qui a bouleversé, et qui présente souvent une dimension particulièrement pénible, voire horrible... La justice du quotidien, au contraire, donne à voir des personnes dont on n'a jamais entendu parler. Et pourtant, elles ont elles aussi commis des actes qui sont loin d'être anodins. Elles aussi ont commis des viols, tué un père, une femme, sans que les grands médias s'y soient intéressés. Les faits eux-mêmes peuvent aussi être particulièrement pénibles, surtout aux assises, évidemment. Mais, à un moment donné, dans l'actualité, certaines affaires émergent plus que d'autres : ce sont les mystères de la médiatisation. Nous, nous donnons à voir ce qui est oublié – pas caché, mais oublié. Nous faisons remonter à la surface des affaires peut-être moins violentes parfois, mais tout aussi graves.

D.V. – La force et la spécificité de cette émission résident dans la découverte de quelque chose d'inconnu pour le téléspectateur. Une audience de cabinet d'un juge des libertés et de la détention qui a face à lui des prévenus ou des accusés dont il doit décider s'ils restent en prison ou s'il les remet en

liberté, c'est une chose que vous ne voyez jamais. J'ai moi-même découvert une réalité que je ne connaissais pas en voyant un certain nombre de justiciables défiler devant un juge chargé du surendettement. Comme journaliste, je n'avais jamais couvert ce type de dossier. Les affaires dites « médiatiques » prennent une place considérable dans les tribunaux, où on leur consacre trois semaines d'audience, voire plus ; de manière corollaire, on y consacre aussi une large place dans les journaux écrits ou audiovisuels, d'autant que le spectacle de ces audiences est supposé faciliter le processus d'identification du téléspectateur avec les acteurs du procès. Mais en réalité, ce processus peut tout à fait être à l'œuvre pour une affaire familiale où il faut décider si on sépare l'enfant de ses parents, ou encore s'il a le droit d'être adopté, et le téléspectateur peut ainsi en apprendre beaucoup, même sur sa propre situation personnelle.

RDA – Vous avez mentionné que, dans d'autres pays, les procès sont filmés depuis longtemps et des émissions existent, parfois avec une approche sensationnaliste. Vous êtes-vous inspirés de ces émissions à l'étranger ? Ou avez-vous voulu, au contraire, vous en démarquer ?

C.P. – Aux États-Unis, il existe une chaîne très regardée, *Court TV*, dédiée aux audiences judiciaires. Cette chaîne diffuse, toute la journée, des victimes, des prévenus, qui défilent, sans explication, sans pédagogie, sans décryptage, si bien qu'au bout d'un moment, on n'y comprend plus rien. Mais les États-Unis ont été précurseurs en la matière, et on remarque d'ailleurs que personne n'est flouté là-bas ; le système est beaucoup plus permissif. Nous ne nous en sommes pas inspirés, bien qu'avoir une chaîne dédiée aux audiences judiciaires soit une œuvre de transparence exceptionnelle. J'avais également regardé quelques émissions belges, qui présentent, non pas des affaires médiatiques, mais des affaires du quotidien, avec la pointe de surréalisme qui leur est propre, et qui reposaient sur le choix de magistrats ayant beaucoup de personnalité, par exemple. Là encore, très peu de personnes floutées dans ces émissions. Là encore, nous ne nous en sommes guère inspirés, dès lors que la France est un pays très restrictif, où le droit à l'image reste prépondérant, contrairement à nombre d'autres pays. Dans les pays de l'Est par exemple, on entre facilement au tribunal, on peut filmer qui on veut, et les accusés donnent des interviews. C'est sans comparaison avec ce qui se passe en France.

D.V. – On pourrait souhaiter être un peu moins entravé sur ce point, mais la loi est telle qu'elle est, et c'est ce que nous souhaitons déjà faire évoluer dans la commission Linden, en 2004. On peut néanmoins se féliciter des progrès accomplis par la loi sur la confiance dans l'institution judiciaire de 2021, sans lesquels la justice serait toujours une terre inconnue.

C.P. – Et si cette loi n'était intervenue, nous serions toujours face à ce paradoxe extraordinaire d'une justice publique, excluant l'accès à toute caméra et supposant que les gens se déplacent, s'installent en salle d'audience, s'il y a de la place. Il est tout de même paradoxal de rendre la justice publiquement, tout en refusant qu'elle soit filmée.

RDA – Après trois ans et demi d'application, quel regard portez-vous sur le cadre législatif adopté par la loi sur la confiance dans l'institution judiciaire de 2021 et quelles modifications devraient, selon vous, y être apportées ?

C.P. – Pour ce qui est du floutage, je le comprends très bien, dans la mesure où il est concevable qu'un prévenu ou un accusé n'ait pas envie que la France entière connaisse son visage. Toutefois, une simplification supplémentaire du dispositif serait bienvenue, notamment s'agissant de tout ce qui relève des demandes d'autorisations. Malgré la convention avec le ministère de la Justice, les formalités à réaliser restent très lourdes.

D.V. – Demeure en effet une culture du secret, où le palais de justice est considéré comme une tour d'ivoire. Il n'est pas rare que nous rencontrions des difficultés, même dans des procès à portée médiatique, pour obtenir un certain nombre de places pour les journalistes ou pour capter quelques images avant le début de l'audience. Sur ces questions, nous partons de loin, même si les choses ont un peu évolué, grâce à la loi et à des affaires comme le procès Outreau. J'ai connu une époque où les magistrats refusaient de communiquer. Si l'on compare notre situation avec ce qui se passe aux États-Unis ou même en Belgique, on peut dire, qu'en France, nous restons très axés sur la procédure ou l'admi-

nistratif (le « tampon » que l'on appose sur un document), plus que sur la vie des audiences, ce qui reflète bien l'esprit de la société française.

C.P. – La peur, ou du moins certaines formes de réticence, restent présentes. Nous n'avons pas encore basculé dans la culture de la transparence, qui tend à montrer ce qu'on fait et pourquoi on le fait. Et pourtant, pour un magistrat, pour un avocat, qui sont si souvent incompris et critiqués, montrer ce qu'ils font et qui ils sont est extraordinairement précieux. Lorsqu'on suit certains magistrats très impliqués dans leur travail, qui s'occupent tant du prévenu que de la victime, et qui le font avec passion, on sent que ce métier peut être une vocation, tout particulièrement dans les audiences du quotidien. Il est donc d'autant plus regrettable que certains ne veulent pas le montrer : il est alors plus difficile de les comprendre, parce qu'il est difficile de restituer les choses en quelques phrases ; tout est dans la nuance, dans l'explication. Avec cette émission, nous luttons contre les idées erronées que se font les gens du droit et de la justice.

D.V. – La force de l'émission, c'est aussi de montrer le travail des magistrats et des avocats. On découvre, quand on assiste à une audience dans le cabinet d'un juge aux affaires familiales, qu'il a parfois quinze dossiers dans l'après-midi, qu'il doit être tous les jours en forme et disposé à écouter ce que vont lui dire la mère et le père de famille, qui se déchirent sur la garde de l'enfant, ce qui lui demande beaucoup de psychologie et d'écoute. On découvre aussi l'investissement remarquable de l'avocat pour défendre son client ou contrecarrer les arguments de la partie adverse. Souvent, notre culture cinématographique met davantage en avant les policiers que les juges. Nous proposons donc aussi la découverte d'un métier.

RDA – Depuis trois ans, quels retours avez-vous reçus sur l'émission de la part des acteurs du monde judiciaire, mais aussi des téléspectateurs ? Quelles perspectives d'évolution se dessinent pour les prochaines saisons de l'émission ?

C.P. – Les retours des magistrats sont très bons. Tous les magistrats que nous avons rencontrés, qui ont vu comment nous travaillons, et qui se sont ensuite vus à l'image – ce qui n'est pas toujours évident –, ont été très satisfaits de cette expérience et nous proposent de venir de nouveau pour couvrir d'autres affaires. Nous avons moins de retours des avocats, mais ils ne peuvent qu'être sensibles à la dimension pédagogique de l'émission. Quant aux téléspectateurs, on ne peut mesurer ce qu'ils en pensent qu'avec le taux d'audience. Et on constate que ce dernier est bon, même s'il n'est pas nécessairement stable. L'émission est regardée, malgré sa programmation tardive. C'est une émission en devenir, qui doit se stabiliser. L'objectif principal est donc de fidéliser les personnes qui apprécient l'émission actuelle, sachant que nous proposons des *replays*, qui sont souvent visionnés. Nous aimerions que l'émission devienne un rendez-vous, ce qui est très difficile dès lors qu'elle est diffusée par sèves ; tous les deux mois environ, on a, pendant un mois, une émission chaque semaine. Ce n'est ni hebdomadaire, ni mensuel, ce qui ne facilite pas la fidélisation. Je compte aussi sur le bouche-à-oreille, mais il faudrait un peu plus de communication. Une perspective pourrait être de faire des hors-séries, diffusés en première partie de soirée, présentant un procès de la vie quotidienne, mais portant sur un thème véritablement sociétal. L'émission est aussi rediffusée régulièrement par la chaîne parlementaire *LCP* à 21 heures, où les audiences sont bonnes, ce qui peut participer à un effet d'entraînement.

D.V. – Nous développons également une réflexion sur les autres « justices » que nous pourrions donner à voir dans nos émissions. Nous avons évoqué la difficulté de filmer la justice administrative, mais il faudrait réfléchir à la façon d'élargir le cadre tout en conservant une émission par laquelle le téléspectateur puisse s'identifier et à laquelle il puisse s'intéresser. Certaines formes de justices sont centrées sur des débats purement juridiques, ce qui risque de perdre le téléspectateur. C'est la difficulté de cette démarche. Mais le défi demeure passionnant.

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'Association du Collège de droit et de l'École de droit a organisé au printemps 2025 la cinquième édition de son concours d'articles. Le principe en est le suivant : sur un thème défini par l'Association, chaque article est rédigé par deux étudiants, l'un du Collège de droit, l'autre de l'École de droit – si possible. Les articles sont soumis à l'appréciation d'un jury qui était composé en 2025 des Professeurs Thomas Genicon et Marie Caffin-Moi. Le Prix du meilleur article est remis à l'occasion de la finale du concours de Plaidoyers du Collège de droit au mois de juin. Les heureux gagnants se voient remettre des ouvrages par les éditions Lextenso. Le thème choisi pour cette troisième édition était « Les symboles du Code civil ». L'article qui a été distingué par le jury est reproduit ci-dessous.

Cécile Pérès

Directrice du Collège de droit

Les symboles dans le Code civil : pour quoi faire ?

Jules Alvarez

Étudiant au Collège de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Alexandra Boustany

Étudiante à l'École de droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Les juristes ont pleinement conscience de cheminer dans un univers pétri de symboles. C'est en effet « dans le domaine juridique [...] que le symbole se présente avec le plus de force et d'éclat »¹. Toutefois, la pratique quotidienne du droit finit par rendre presque évidente la présence de ces marques symboliques, au point que la question de leur utilité se pose rarement. Cela est d'autant plus vrai que certaines des lois que

les juristes français consultent tous les jours sont elles-mêmes devenues des symboles. Aux premières loges : le Code civil, adopté en 1804 sous l'impulsion de Napoléon dans une volonté d'unifier le droit français. Que l'on songe aux premières éditions dont les pages ornées de dorures conservent encore la trace des doigts qui les ont feuilletées, mains avides de droits, esprits avides de Droit. Comme tout ouvrage, le Code civil est

1. H. Lévy-Bruhl, « Note sur le symbolisme juridique », *L'Année sociologique* 1957-1958, p. 339.

fait pour être lu ; or sa lecture permet de comprendre qu'il s'agit d'un symbole historique qui recèle en lui d'autres symboles, d'ordre matériel.

La notion de « symbole » n'est toutefois pas univoque. Elle désigne couramment « une chose qui représente un concept, qui en est l'image, l'attribut, l'emblème »². Elle peut évoquer un pouvoir quasi sacré, mais aussi, de manière plus négative, l'inertie d'un objet devenu vestige encombrant. Au fond, le symbole serait « à la fois tout et rien »³, une abstraction dont on ne sait plus précisément ce qu'elle recouvre. Afin de mieux cerner cette notion, une approche téléologique s'impose : compris dans son acception extensive, le symbole désigne une « chose [...] qui n'a de valeur, d'efficacité que par l'intention qu'elle manifeste »⁴. Dans cette perspective, un symbole juridique textuel peut être entendu comme une disposition législative dont le sens ne se réduit pas à la règle de conduite qu'elle énonce, mais tient principalement à l'intention que le législateur entend exprimer à travers elle. Or, précisément, le Code civil, dans son effort de codification initiale, est né d'une volonté d'unifier le droit tout en transmettant des messages puissants, et les traces du passé comme les marques d'évolution que le Code porte aujourd'hui sont autant de manifestations de l'intention du législateur, autant de symboles.

Dès lors, étudier les symboles du Code civil conduit nécessairement à s'interroger sur leur fonction, sur la finalité poursuivie par le législateur lorsqu'il y a recours.

Les symboles dans le Code civil peuvent avoir une portée didactique fort utile (I), qu'il est toutefois nécessaire de ne pas confondre avec la symbolique démagogique que peuvent porter certaines dispositions du Code (II).

I. La symbolique didactique

Les symboles didactiques sont ceux qui ont pour but d'instruire, d'enseigner⁵. Cette fonction didactique, permise par la normativité effective du symbole (A), a une portée bien réelle (B).

A. La normativité effective

Le caractère symbolique d'une disposition législative ne signifie pas nécessairement qu'elle soit inutile, ni qu'elle s'oppose aux exigences de la normativité, et ce pour deux raisons principales.

En premier lieu, la normativité ne se réduit pas à l'obligatorité, définie comme la qualité de ce qui est obligatoire, qui impose des devoirs auxquels il est impossible de se soustraire⁶. Certes, dans la conception kelsénienne de la norme, celle-ci renvoie à une règle qui doit « prescrire » plutôt que simplement « décrire »⁷ : schématiquement, la norme ne serait que prescription, et ne serait véritable prescription que la norme assortie d'une sanction⁸. Un symbole juridique n'étant pas accompagné d'une sanction serait ainsi, selon cette vision, non obligatoire et donc non normatif : « quelque chose qui est en forme de droit, sans constituer une norme juridique »⁹. Cette perception de la normativité n'est pas sans conséquences pratiques : le Conseil constitutionnel reconnaît l'exigence de normativité de la loi¹⁰ et sanctionne désormais les « neutrons législatifs »¹¹, soit les dispositions descriptives « manifestement dépourvues de portée normative »¹², afin d'éviter que la loi ne devienne un « rite incantatoire »¹³. Pourtant, une telle conception semble réductrice. D'abord, comme le souligne le professeur Nicolas Molfessis, le caractère déontique n'épuise pas la notion de normativité : la pluralité des manifestations du juridique¹⁴

2. Dictionnaire 2026, Larousse, 2025, v° « Symbole ».

3. U. Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, 4^e éd., PUF, 2013, p. 192.

4. Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, t. 3, 9^e éd., Imprimerie nationale et Fayard 2005, v° « Symbolique ».

5. Dictionnaire 2026, op. cit., v° « Didactique ».

6. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, v° « Obligatorité », « Obligatoire » et « Obligation ».

7. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Leviathan », 1996, p. 125.

8. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2025, n° 92.

9. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, coll. « La pensée juridique », 1962, p. 72.

10. Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, *Rec.*, p. 116.

11. Expression empruntée à Jean Foyer, 3^e séance du 21 juin 1982, *JO AN*, p. 3667.

12. Cons. const., 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'École*, *JO* 24 avr. 2005, p. 7173.

13. P. Mazeaud, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juill. 2005, p. 3.

14. N. Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.* 1999, p. 729.

dépasse la simple prescription et certaines règles de droit se bornent à créer ou organiser des situations juridiques sans imposer aucune obligation. De même, la normativité ne se déduit pas de la sanction, sauf à confondre le contenu de la règle de droit avec la conséquence possible de sa violation. Au-delà des exemples classiquement employés à l'appui de cet argument, à savoir certaines règles de droit international ou encore de *soft law*, le droit civil français offre lui-même des illustrations. Ainsi, l'article 272 du Code civil exige que les parties à un divorce fournissent au juge une déclaration sur l'honneur de l'exactitude de leurs ressources : si sa violation n'entraîne aucune sanction¹⁵, la disposition n'en conserve pas moins son caractère normatif¹⁶, fût-elle une « loi imparfaite » selon l'expression d'Ulpie¹⁷, et l'attention particulière portée par le juge à ces déclarations à fondement légal incite souvent les parties à y recourir.

En second lieu, la normativité ne se limite pas à l'effectivité – soit le fait de produire les effets recherchés. Intégrer l'effectivité dans la définition de la norme consisterait à faire « du contingent le nécessaire »¹⁸, alors que la portée normative de la règle de droit préexiste en réalité à son application¹⁹. En effet, en s'inspirant de la manière de voir d'Austin²⁰, il est possible de considérer que les symboles introduits dans la loi (et plus particulièrement dans le Code civil) relèvent d'« actes de langage » produits par une autorité juridique. Même descriptif, un énoncé n'est ainsi jamais tout à fait neutre ou dénué d'effets : du seul fait qu'il émane du législateur, et avant même d'être appliqué, il impose cette

« distance respectueuse » dont parle le doyen Carbonnier, similaire à celle « que commande la gravité d'un visage »²¹, et qui participe d'un certain « mysticisme »²² du symbole juridique déjà évoqué par Montaigne. L'effectivité n'intervient que plus tard, comme « une épreuve de réalité pour la normativité »²³. C'est donc moins l'effectivité que la disponibilité de la règle qui compte : « l'applicabilité importe plus que l'application »²⁴. Il faudra donc se garder de confondre disposition symbolique – toujours applicable – et disposition désuète²⁵ – dont l'inapplicabilité survenue à la suite de l'évolution du cadre socio-politique²⁶ a fait perdre à la règle son caractère normatif et peut entraîner son abrogation. L'évolution de la conception sociale et juridique du couple fournit des illustrations de cette distinction. D'une part, l'ancien article 213 du Code civil, qui qualifiait le mari de « chef de la famille », s'est progressivement heurté à l'évolution des mœurs et à l'octroi de plus de droits aux femmes, de sorte que son abrogation en 1970²⁷ n'a fait que consacrer une désuétude déjà consommée²⁸. D'autre part, l'article 6-1 du Code civil, introduit en 2013²⁹ au sein du titre préliminaire, dispose qu'en règle générale, « le mariage emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois [...], que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Si son utilité pratique et son emplacement au sein du titre préliminaire du Code sont discutables³⁰, il n'en demeure pas moins que ce texte est applicable dans le contexte sociopolitique contemporain et qu'il relève donc plutôt du symbole.

15. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016.

16. V. en ce sens, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2021, n°s 28 et s.

17. Ulpie, *Digeste*, fragm. 1.

18. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 147.

19. *Ibid.*

20. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire. How to do things with words*, trad. G. Lane, Éd. du Seuil, 1970.

21. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2016, p. 401.

22. M. de Montaigne, *Les Essais*, Livre III, Chapitre XIII, 1580.

23. F. Brunet, *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Bibl. des thèses », 2012, p. 108.

24. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », préc., spéc. p. 138.

25. V. en ce sens, O. Laroque, *Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. Gautier, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2021, p. 239 et s.

26. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Désuétude ».

27. Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, art. 2.

28. V. en ce sens, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Champs essais », 1996, p. 236 et s.

29. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

30. V. en ce sens, C. Pères, « L'article 6-1 du Code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, p. 1370.

B. La portée réelle

Leur normativité étant effective, les symboles ont alors une portée didactique réelle, en ce sens qu'ils ont vocation à fonctionner comme de véritables « vecteurs de communication »³¹ : ils véhiculent des valeurs républicaines et démocratiques, tout en reflétant l'évolution des mœurs. Portalis rappelait ainsi que « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques. Il doit leur être assorti »³². Il en résulte un paradoxe : le symbole se fait clé de voûte entre tradition et évolution ; il assure en effet la continuité du système juridique tout en accompagnant son évolution au rythme des transformations sociales. On trouve plusieurs exemples de telles dispositions symboliques dans le Code civil.

Certains sont explicitement formulés par les textes. À titre d'illustration, l'article 16 précédemment mentionné dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ». Cette affirmation générale est certes complétée par des règles plus précises (articles 16-1, al. 3, 16-5 et 16-6 sur la non-patrimonialité du corps humain ; article 16-7 sur l'interdiction de la gestation pour autrui), mais elle n'en conserve pas moins sa portée propre. Si, en apparence, il s'agit d'une « manifestation supplémentaire de préoccupations éthiques qui pénètrent le droit sans en changer nécessairement les règles »³³, sa valeur se révèle si l'on considère ce texte comme un outil d'« horizontalisation des droits fondamentaux »³⁴, de transposition claire de cette notion d'ordre public dans les rapports privés. Par ailleurs, certaines dispositions, sans être entièrement privées d'effectivité, voient celle-ci s'atténuer au fil de l'évolution des mœurs, au point de revêtir une dimension de plus en plus symbolique. Tel est le cas du devoir de fidélité des

époux consacré à l'article 212. Le caractère obligatoire de ce dernier fait en effet l'objet d'un assouplissement : sa violation n'est plus une cause péremptoire de divorce³⁵ ; un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée est en principe valable³⁶ ; de même pour les donations faites à la concubine dans le cadre d'une relation adultère³⁷. Toutefois, au-delà de son effectivité désormais résiduelle – qui subsiste notamment dans le cadre du divorce pour faute, subordonné à l'appréciation par le juge de la gravité de l'atteinte au devoir (art. 244 C. civ.) – la portée symbolique de cette disposition justifie son maintien. Cette disposition constitue en effet un symbole de continuité juridique : comme l'affirmait Portalis, « l'ouvrage serait au-dessus des forces humaines s'il s'agissait de donner [au] peuple une institution absolument nouvelle », d'où la nécessité de profiter de l'expérience du passé³⁸. En ce sens, la persistance du devoir de fidélité confirme la conception mixte du mariage aujourd'hui majoritaire : contractuel dans sa formation, le mariage demeure, dans ses effets, une institution³⁹ dont la dimension symbolique participe de sa pérennité.

D'autres symboles sont plus discrets : ils ne sont pas énoncés mais se déduisent des modifications apportées à certains textes sous l'empire de réformes successives du Code. Ainsi, le « bon père de famille », « standard de comportement qui désignait le fait d'agir de façon prudente et raisonnable »⁴⁰, a été remplacé par le standard de la personne « raisonnable ». Cette substitution se manifeste notamment à l'article 601 du Code civil, qui exige que l'usufruitier « donne caution de jouir raisonnablement du bien ». Le passage d'un standard à l'autre n'a certes pas modifié les modalités d'appréciation des comportements par le juge, l'expression originale n'étant pas interprétée par ce dernier « comme parangon des vertus familiales mais dans [son

31. O. Laroque, *Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 16.

32. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

33. N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 107.

34. D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mél. F. Terré*, PUF, 1999, p. 329.

35. Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce.

36. Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114.

37. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238.

38. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, op. cit.

39. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 522.

40. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 110.

sens] de débiteur modèle »⁴¹. Pourtant, ce changement constitue à la fois un symbole de rupture et de continuité : rupture avec le patriarcat de l'époque de Portalis, continuité par son rattachement à la valeur républicaine d'égalité, qui ne surgit pas *ex nihilo* mais émane d'une lente maturation sociale et législative.

Malgré le caractère essentiel de ces symboles à portée didactique, il est primordial de veiller à ne pas basculer dans la démagogie.

II. La symbolique démagogique

Relèvent d'une démarche de symbolique démagogique les dispositions du Code adoptées par « complaisance excessive », voire par « flatterie à l'égard des souhaits ou des instincts des foules » ou d'un « groupe »⁴². Les symboles démagogiques ont donc une existence que l'on pourrait qualifier de purement réactionnelle (A), ce qui rend leur présence dans le Code civil contestable (B).

A. Une existence réactionnelle

L'*occasio legis*, selon la formule de Carbonnier, « cet événement à forte charge émotive qui fait exploser les tendances législatives jusqu'alors latentes »⁴³, rend compte de dispositions votées sous l'effet d'une pression médiatique, politique ou associative, mais de manière peu réfléchie, ne procédant pas d'une réflexion législative menée sur le long terme. Le symbole est en quelque sorte employé pour « faire taire », satisfaire des requêtes lobbyistes ou associatives qui se faisaient entendre plus que de coutume. On pourrait qualifier de « réactionnelle » la logique par laquelle des symboles sont parfois insérés dans le Code civil par réaction à l'expression d'une revendication ou d'une exigence immédiate, d'ordre politique ou social.

Ainsi, l'article 515-14 du Code civil dispose, depuis 2015⁴⁴, que « [l]es animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ». Cette modification est apparue en réaction à une pétition fortement médiatisée, initiée par l'association de protection animale « 30 Millions d'Amis » qui s'indignait face à la qualification de « meuble par nature » attribuée à l'animal par l'article 528 ancien du Code⁴⁵. Les auteurs de celle-ci, étrangers au monde juridique, ont fondé leur démarche sur une confusion entre la notion de « meuble » en tant que catégorie juridique (bien ne pouvant être déplacé, par opposition à l'immeuble⁴⁶) et le sens que ce terme revêt dans le langage courant, où il désigne un simple objet utilitaire ou d'ornement⁴⁷. Quand bien même l'on soutiendrait que cette « polysémie externe »⁴⁸ s'estomperait sur le terrain de l'*abusus* et que le « réactionnel » ferait place au raisonnement juridique, l'argument demeure inopérant dès lors que l'encadrement du droit de disposer des animaux est déjà réalisé par d'autres textes (notamment les articles R. 653-1 et R. 655-1 du Code pénal, les articles R. 214-63 à R. 214-81 du Code de l'environnement portant sur l'abattage des animaux, etc.). Par ailleurs, le caractère réactionnel de la nouvelle définition de l'animal ressort d'autant plus nettement qu'elle ne s'accompagne pas de modifications substantielles du régime qui lui est applicable⁴⁹. Les rares ajustements opérés au sein du Code civil traduisent moins une volonté de renforcer la protection animale par des règles de fond qu'une simple « traque contre l'assimilation de l'animal à l'objet »⁵⁰, destinée à satisfaire certaines pressions lobbyistes. À titre d'exemple, l'article 564 du Code civil a été modifié pour substituer à l'expression « propriétaire de ces objets » celle de « propriétaire de ces derniers »,

41. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 842.

42. Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., t. 1, v° « Démagogie ».

43. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 242.

44. Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 2.

45. J.-P. Marguénaud, « L'entrée en vigueur de l'amendement Glavany : un grand pas de plus vers la personnalité juridique des animaux », *RSDA* 2014, n° 2, p. 15.

46. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Meuble ».

47. *Dictionnaire* 2026, op. cit., v° « Meuble ».

48. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2005.

49. V. en ce sens, L. Scalbert, « Utilité et force symbolique du droit – À propos de la reconnaissance dans le Code civil de l'animal comme "être vivant doué de sensibilité" », *RD rur.* 2015, n° 432, p. 18.

50. *Ibid.*

alors même que le terme remplacé ne visait pas les animaux mais les lieux au sein desquels ils pouvaient transiter. La portée purement formelle de ce symbole est d'ailleurs explicitement assumée par ses auteurs, qui précisent qu'il s'agissait uniquement de « marquer, symboliquement, le statut particulier des animaux », sans remettre en cause « ni la chasse, ni la pêche, [...] ni les pratiques d'abattage conformes, [ni] la corrida »⁵¹.

Dans un autre domaine, l'article 1833 du Code civil, complété par la loi PACTE⁵², prévoit que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». La deuxième partie de la phrase ajoutée s'inscrit dans la suite d'un lobbying environnemental particulièrement vigoureux, et fait essentiellement écho à la publication retentissante, un an plus tôt, du rapport Notat-Senard du 9 mars 2018⁵³, fruit d'une réflexion autour de la nécessité de repenser les stratégies court-termistes adoptées par les entreprises. Après l'intégration de la RSE dans divers droits spéciaux⁵⁴, le droit commun des sociétés est désormais touché. Le caractère réactionnel et volontairement symbolique de cet ajout est d'ailleurs assumé, par crainte d'inquiéter le milieu des affaires : ainsi l'étude d'impact précise-t-elle que cette « invitation » n'est qu'une simple « obligation de moyens » à « l'impact juridique » d'autant plus « limité »⁵⁵ que, en cas de conflit, l'intérêt social est prioritaire⁵⁶. Et à supposer même que la responsabilité de la société sur ce point puisse être engagée en droit commun, elle ne saurait procéder de cette exigence générale, mais de la violation d'engagements sociaux et environnementaux librement pris par la société. Or, ces engagements trouvent leur source non dans l'article 1833, mais dans

l'article 1835, qui permet l'inscription statutaire d'une « raison d'être » de la société et, le cas échéant, d'objectifs sociaux et environnementaux. C'est donc sur le terrain statutaire de la raison d'être, et non sur le terrain de la loi, que peut réellement se déployer l'intérêt de la RSE⁵⁷. La réécriture de l'article 1833 s'analyse dès lors comme une réponse performative, visant à signifier clairement aux groupes de pression que la cause environnementale a été prise en compte.

B. Un réceptacle inadapté

Le risque de ces symboles réactionnels est de basculer de la symbolique didactique vers une symbolique démagogique. Il ne s'agit pas de contester la « force symbolique »⁵⁸ de ces dispositions réactionnelles ; l'on sait que, du simple fait de leur insertion dans le Code civil, ils peuvent acquérir, *a posteriori*, une force et une certaine portée normative. Il ne s'agit pas non plus de remettre en cause les diverses finalités recherchées par le législateur à travers le recours aux symboles, ces objectifs étant généralement le reflet d'évolutions sociales qu'il revient au législateur de prendre en compte. Il s'agit plutôt de dénoncer l'insertion de ces symboles réactionnels dans le mauvais réceptacle, le Code civil. Comme le rappelait Portalis⁵⁹ (faisant écho à Montesquieu⁶⁰) : « il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires ».

Pour revenir à l'article 515-14 du Code civil, et au-delà de sa portée pratique nettement limitée, il conviendra de noter que ce n'est pas l'affirmation du principe de sensibilité animale *per se* qui est critiquable, mais le fait que ce symbole soit présent dans le Code civil. En effet, ce dernier n'est pas, par sa nature, voué à régir les questions de protection animale, mais plutôt à orga-

51. C. Capdevielle, *Rapport sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, n° 2200, Assemblée nationale, 17 sept. 2014, p. 23.

52. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

53. N. Notat et J.-D. Senard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Ministère de la transition écologique et solidaire, 9 mars 2018.

54. C. com., art. L. 225-102-1 ; C. consom., art. L. 441-2 ; C. trav., art. L. 7342-2.

55. Étude d'impact du projet de loi PACTE, p. 546-547.

56. I. Desbarats, « De l'entrée de la RSE dans le Code civil. Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », *Dr. social* 2019, p. 47.

57. V. en ce sens, I. Desbarats, *préc.*

58. P. Noreau, « De la force symbolique du droit », in C. Thibierge et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 137.

59. J.-E.-M. Portalis, *op. cit.*

60. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748.

niser les relations entre les individus⁶¹. Comme l'affirme le doyen Carbonnier, il faut éviter de sombrer dans deux écueils : celui qui consiste à « empêcher [la sociologie juridique] de dire son mot dans la législation », et celui qui consiste à « lui faire dire ce mot à [la] convenance » d'un seul groupe⁶² – par exemple en l'imposant dans le réceptacle normatif de son choix, ici le Code civil. Transposée au cas de la sensibilité animale, un compromis résiderait dans l'insertion de ce symbole dans des codes plus pertinents en la matière, tel le Code de l'environnement ou le Code rural et de la pêche maritime⁶³. Ceci permettrait de maintenir l'intérêt du symbole, sans pour autant troubler les *summa divisio* fondamentales sur lesquelles repose le Code civil – à savoir notamment les distinctions entre bien meuble et bien immeuble⁶⁴, voire, encore plus fondamentalement, entre personne et bien.

De même, concernant l'article 1833 du Code civil, certains y voient la manifestation directe d'une « délégation du Bien commun aux entreprises »⁶⁵ par l'État. Dès lors, la pertinence de cette disposition dans le Code civil peut être discutée. Il s'agirait d'éviter d'ouvrir tant de boîtes de Pandore dans ce Code, au risque de perdre de vue son objectif premier : établir, dans les rapports privés, des « principes féconds en conséquences, et non [...] descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁶⁶.

S'interroger sur le « pour quoi faire » des symboles dans le Code civil revient à un constat : « pourquoi pas ? », à condition de se demander, parallèlement, « où ? » les symboles doivent-ils figurer et « comment ? » s'assurer qu'ils ne débordent dans le champ du normatif.

61. V. en ce sens, Ph. Malinvaud, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015, p. 87 ; B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin, « Droit des biens », *D.* 2014, p. 1844.

62. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 148.

63. Ce dernier évoque d'ailleurs la sensibilité de l'animal à l'article 214-1, bien que dans le contexte particulier du placement de l'animal dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce. Une réaffirmation plus générale de ce symbole est donc envisageable.

64. *Contra* N. Reboul-Maupin, « Droit des animaux : opérer une distinction fondamentale entre biens vivants et biens inertes (biens organiques et biens inorganiques) », *LPA* janv. 2023, p. 4.

65. A. Pelatan, « Loi PACTE : vers une délégation du bien commun aux entreprises ? », www.ampavocat.fr, 6 nov. 2018.

66. J.-E.-M. Portalis, *op. cit.*

Variétés autour du droit

Les émojis et le droit privé¹

Ariane Leimdorfer

Doctorante contractuelle à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Un contrat peut-il être formé par un simple pouce jaune envoyé par WhatsApp² ? Une tête de mort peut-elle constituer une menace matérialisée par une image ? Le développement croissant des émojis dans nos usages soulève des questions tant linguistiques que juridiques. Véritables éléments de langage, ces petites images permettent d'exprimer une émotion, de représenter un personnage, une action. Les émojis permettent de glisser dans nos conversations écrites un style oral³. Ils remplacent les indices para-verbaux des conversations en face à face (gestuelle, expressions faciales, réactions corporelles etc.)⁴. Bien plus que des indices conversationnels complémentaires, ils sont désormais devenus indispensables⁵. Ils remplacent des usages écrits traditionnels, comme l'usage de la ponctuation. Pour la « Gen Z », ne pas utiliser d'émojis vous rend froid, presque désagréable⁶. Les émojis remplacent parfois les mots, devenant un nouveau langage, à part entière. Ils sont avant tout des images très figuratives (I). Le dessin matérialisé renvoie à l'image mentale associée : l'émoji chat renvoie au concept du *chat*. Le lien

de signification créé, entre le signifiant (le dessin) et le signifié (le concept) est analogique : il repose sur une réalité tangible. L'image d'un chat repose sur la réalité d'un chat ; contrairement au mot « chat », purement arbitraire. L'émoji est un signe non-linguistique⁷. Faute de signification arbitraire, il est susceptible de changer de sens selon son usage. On peut manipuler les images plus que les mots. Les émojis ont alors un sens caché (II).

I. Le sens figuratif des émojis

L'objectif des émojis est de représenter le plus fidèlement possible une réalité. Ils sont codés de façon universelle selon le standard Unicode⁸. Il appartient au Consortium Unicode, organisme privé à but non lucratif, de les encoder selon ce standard. C'est lui qui valide, ou non, les propositions d'émojis, que chacun est libre de faire. Notons que les principaux membres titulaires sont les GAFAM⁹. Ce sont donc les grandes entreprises de la Silicon Valley qui font évoluer ce nouveau langage et nos représentations

1. Le Professeur américain E. Goldman a fait paraître un article intitulé « Emojis and the laws », *Washington Review* 18 janv. 2018, dans lequel il s'intéresse au droit américain.
2. La question a été résolue au Canada et aux États-Unis ; en France, nous n'avons que de très rares exemples. V. TJ Agignon, 8 juill. 2025, n° 24/00121, dans des échanges précontractuels, relatifs à l'étendue de travaux de rénovation dans un immeuble.
3. J.-E. Ray, « Facebook, le salarié et l'employeur », *Dr. Soc.* 2011, p. 128.
4. M. Marcoccia, « La communication écrite médiatisée par ordinateur : faire du face à face avec de l'écrit », *Actes de la journée d'étude de l'ATALA – Le traitement automatique des nouvelles formes de communication écrite (e-mails, forums, chats, SMS etc.)*, 5 juin 2004, ENST Paris.
5. L'on en veut pour preuve les chiffres en temps réel de l'utilisation des émojis, v. <https://emojitracker.com>.
6. Et ne parlons même pas du « . » pour conclure un SMS.
7. F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Ed. Payot, 1^{re} éd., 1916, p. 101.
8. En revanche, s'il n'est pas codé selon ce standard alors il ne sera pas reconnu par toutes les plateformes. Un petit carré pourrait apparaître.
9. <https://home.unicode.org/membership/members/>. L'adhésion n'est pas accessible à tous dans la mesure où elle coûte 50 000 \$ annuels.

sociales¹⁰. La proposition d'émojis devient un moyen de lutte sociale, politique, économique. Par exemple, en 2015, l'emoji couple homosexuel est créé et les couleurs de peau sont intégrées; en 2016, un emoji femme portant un foulard est intégré; en 2022, l'emoji homme enceint a soulevé quelques débats¹¹. Les membres du Consortium doivent théoriquement se prononcer sur des critères objectifs¹², en particulier l'emoji doit être véritablement nouveau, innovant et ne pas pouvoir être représenté par une séquence d'émojis existants¹³; il ne doit pas représenter un logo d'entreprise, une marque commerciale¹⁴ ou une image protégée par le droit d'auteur d'un tiers. Une fois encodé, chaque plateforme peut faire varier le graphique. S'il est particulier, il peut éventuellement être protégé par le droit d'auteur, en tant qu'œuvre de l'esprit¹⁵ ou par le droit des marques, en tant que signe distinctif¹⁶. Or, l'emoji manque souvent d'originalité¹⁷ ou de distinctivité lui permettant une telle protection. Le graphique est rarement très spécifique et empreint de la personnalité de l'auteur. Par ailleurs, dès lors que les émojis sont rentrés dans notre langage courant, ils ne peuvent plus être distinctifs : un emoji souriant, même redesigné, renvoie à une émotion positive et non pas aux produits ou services spécifiques d'une personne physique ou morale, par rapport à ceux d'une autre¹⁸.

L'emoji retrouve une véritable portée juridique lorsqu'il s'agit pour le juge d'apprécier certaines conversations : ils peuvent permettre d'en caractériser le caractère inapproprié, dans le cadre d'une relation de travail par exemple¹⁹. Cependant, ils ne sont pas le seul élément : le contenu verbal du message est scruté, ainsi que le contexte plus global de la relation de travail. L'emoji ne fait qu'appuyer la dimension émotionnelle de l'écrit²⁰. Sa suppression n'en changerait pas le sens global²¹. Ils sont un élément de preuve parmi d'autres.

Dans certains cas, l'emoji est utilisé seul dans une conversation électronique. Il est alors utilisé comme pourrait l'être une métaphore classique à l'oral ou à l'écrit : l'emoji mouton désigne un suiveur; l'emoji vernis sur les ongles se moque de la féminité d'un homme; l'emoji cochon désigne quelqu'un de sale ou de pervers²². Tous ces émojis sont fréquemment utilisés sur les réseaux sociaux et peuvent constituer des cas de cyberharcèlement (art. 222-33-2-2, al. 5, 4^o C. pén.); de menaces matérialisées par une image – l'emoji étant avant tout un dessin – (art. 222-17 C. pén.) ou de violences psychologiques (art. 222-14-3 C. pén.). Bien souvent, ils demeurent insuffisants pour caractériser l'infraction. Les émojis font référence à un contexte précédent ou suivant²³, ou aux messages écrits qui les accompagnent. Dans le cas de cyberharcèlement, les émojis s'accompagnent de propos écrits ou oraux. S'agis-

10. *La Grande Table des Idées, France Culture*, « Emojis : révolution du langage ou Cheval de Troie des Gafam ? », 15 déc. 2021. Cela peut soulever des interrogations quant à leur neutralité.

11. V. par ex. : E. Bastié, « L'emoji de l'homme enceint ou l'alliance du woke et de la Silicon Valley », *Le Figaro* 2 févr. 2022.

12. <http://unicode.org/emoji/proposals.html#selectionfactors>.

13. Ex. : rejet de la proposition de l'emoji raclette, qui peut déjà être représenté par la séquence d'un emoji feu suivi d'un emoji fromage, v. M. Tual, « Pourquoi vous n'aurez jamais d'emoji raclette dans votre smartphone », *Le Monde* 2 mars 2019.

14. Par exemple, l'emoji crocodile ne ressemble pas au logo crocodile de la marque Lacoste.

15. Art. L. 112-1 CPI., v. E. Goldman, « Emojis and the laws », préc., p. 1277 et s.

16. Art. L. 711-1 et s. CPI., v. C. Le Goffic et P. Massot, « Quelle protection pour le "Smiley" ? Étude de droit des marques », *Propri. Industr.* 2014, n^{os} 2 et 4.

17. La condition d'originalité est classiquement définie par la doctrine comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre, résultant d'un processus créatif. V. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd., 2019, n^o 33.

18. V. par exemple, le rejet d'une demande d'enregistrement de marque portant sur un signe figuratif représentant un disque percé de deux ronds et d'un trait courbé figurant dans une forme stylisée simplissime un visage souriant usuellement dénommé « smiley » pour désigner des « Produits de pomme de terre : Produits à base de pommes de terre ; Pommes de terre transformées », CA Paris, 11 févr. 2022, n^o 21/05519; *Dalloz IP/IT* 2022, p. 173, obs. L. Paudrat.

19. CA Orléans, ch. soc., 31 oct. 2024, n^o 23/00069.

20. N. Elouni, *Étude de quelques formes d'expression des émotions et des sentiments dans le contexte des nouvelles formes de communication*, th. dactyl. Bourgogne Franche-Comté, 2018, L. Gautier (dir.), p. 152.

21. *Ibid.*, p. 153. Très rarement, un emoji contraire au sens global du message écrit pourrait primer sur le contenu écrit, v. C. Teman, « La force probante des émojis », *BACAGE* 2023, <https://publications-prairial.fr/bacage/index.php?id=479>.

22. A. Vermorel, « Pilule, pizza ou épi de maïs : comprenez-vous le double sens de ces émojis ? », *Le Progrès* 29 mai 2025.

23. N. Elouni, *Étude de quelques formes d'expression des émotions et des sentiments dans le contexte des nouvelles formes de communication*, op. cit., p. 154.

sant des menaces par images ou des violences, l'exemple souvent cité est celui de l'envoi de lettres anonymes contenant des dessins de croix gammées et de cercueils²⁴. L'émetteur avait été condamné pour violences (l'acte étant de nature à provoquer un choc émotif) mais les juges auraient pu retenir la qualification de menaces²⁵. Les images accompagnaient des lettres, qui contenaient notamment des écrits injurieux et parfois menaçants. Si des images seules avaient été envoyées, la solution aurait-elle été la même ? Utilisé seul, le sens de l'emoji peut demeurer ambigu ; il ne permet pas de retenir avec certitude l'intention délictuelle de son émetteur. Cette ambiguïté profite au prévenu. Et chacun est libre d'en jouer.

II. Le sens caché des emojis

Certains emojis sont détournés pour échapper à la compréhension générale²⁶. Outre le langage spécifique des jeunes pour échapper à la surveillance parentale, détourner un emoji permet d'échapper à la modération des contenus sur les réseaux sociaux. Les réseaux ont vu ces vingt dernières années leur responsabilité évoluer dans le contrôle des contenus illicites, en vertu de différents règlements européens et législations internes²⁷. Le règlement européen de 2022 dit

*Digital Services Act (DSA)*²⁸ a consacré le statut de plateformes en ligne, englobant les réseaux sociaux²⁹. Elles ne sont plus des hébergeurs passifs de contenus. Leur responsabilité demeure toutefois conditionnelle³⁰ : la connaissance des contenus illicites repose sur les signalements des internautes ou sur des injonctions judiciaires et administratives³¹. Néanmoins, les plateformes peuvent procéder de leur propre initiative à des enquêtes volontaires et prendre des mesures pour détecter les contenus illicites³². Pour cela, elles mettent en œuvre des moyens de contrôle humains et algorithmiques³³. Or la définition du « contenu illicite » est extrêmement large, suscitant les craintes des internautes pour l'exercice de leur liberté d'expression³⁴. Outre le retrait pur et simple du contenu, elles pratiquent également le *shadowban*³⁵. Cela revient à limiter le nombre d'affichages d'un post sur les fils d'actualité, à ne plus recommander une vidéo³⁶. L'invisibilisation est discrète car elle n'est pas notifiée à l'utilisateur³⁷. Les internautes utilisent des subterfuges comme la réécriture de certains mots (« Sekkse » ; « v*ol »), ou l'utilisation d'emojis (l'aubergine pour le sexe ; un rond violet pour le viol³⁸). Les emojis permettent donc d'échapper à une censure automatisée par l'algorithme.

L'automaticité de la censure peut être critiquée : certains contenus sont pédagogiques et

24. Crim., 13 juin 1991, n° 90-84.103, *Bull. crim.* 1991, n° 253, p. 660, RSC 1992, p. 74, obs. G. Levasseur.

25. M. Véron, note ss. Crim., 13 juin 1991, n° 90-84.103, *Dr. pén.* 1991, comm. 278.

26. V. les réclames de prévention réalisées par Allianz : <https://lareclame.fr/ogilvyparis/realisations/demande-a-un-ado-allianz-france>. Sur ces réclames, est affichée la capture d'écran d'une conversation ponctuée d'emojis et cette capture d'écran est accompagnée de la formule suivante : « Si vous ne voyez pas le problème, demandez à un ado. Le cyberharcèlement ne se combat pas seul ». L'autrice de ces lignes a elle-même dû « demander à un ado ».

27. Pour une liste détaillée, v. M. Brenaut et H. Skrzyński, *JCI. Comm.*, fasc. 670, 2025, v° « Responsabilité civile, pénale et parapénale des fournisseurs de services intermédiaires », n° 3.

28. Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil, du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

29. S. Vergnolle, *JCI. Europe Traité*, fasc. 1245, 2024, v° « Les plateformes en ligne », n° 3. Elles sont définies à l'art. 3 du DSA.

30. P.-F. Laslier, *Réseaux sociaux numériques et responsabilité pénale*, th. dactyl. Bordeaux, 2024, V. Malabat (dir.), n° 809 et s.

31. Art. 9 et 16 du DSA.

32. Art. 7 du DSA.

33. T. Douville et E. Netter, « Règlement sur les services numériques : de l'encadrement des plateformes communicationnelles », *RTD com.* 2023, p. 19.

34. L'art. 3 h) du DSA le définit comme « toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit ».

35. R. Badouard et M. Borelli, « Réseaux sociaux et régulation des contenus : un enjeu de politique internationale », *Annuaire français de relations internationales* 2023, p. 875 et s.

36. R. Badouard, « Réseaux sociaux : les nouveaux chemins de la censure », *Mouvements* 2022/4, n° 112, p. 137 et s.

37. O. Aïm, « Avant-propos : Surveillance et contre-surveillance. Nouveaux enjeux et nouvelles pratiques de surveillance », *Quadrant* 2023/1, n° 108, p. 11 et s.

38. Le choix du rond violet repose sur la proximité entre le mot « viol » et le mot « violet ». En anglais, c'est l'emoji raisin qui est utilisé, car le mot « *grape* » se rapproche du mot « *rape* ».

visent à informer sur les violences sexistes et sexuelles³⁹. Cela devient beaucoup plus problématique quand l'utilisation de l'emoji ne vise pas à informer mais à promouvoir et diffuser un contenu illicite. Des contenus à caractère antisémitique prolifèrent sur les réseaux. Pour échapper à l'algorithme, sont utilisés : l'emoji douche pour évoquer les chambres à gaz ; le cookie pour évoquer les fours crématoires ; le peintre pour Hitler ; deux éclairs pour symboliser l'organisation nazie des *Schutzstaffel*, plus communément désignée sous le sigle de *SS*⁴⁰. Ce langage crypté et ironique facilite la diffusion de rumeurs et de désinformation. Récemment, la commission d'enquête sur les effets psychologiques de TikTok sur les mineurs a mis en avant les pratiques des jeunes sur la plateforme pour promouvoir le suicide (l'emoji drapeau suisse) et la scarification (l'emoji zèbre)⁴¹. Ces émojis rendent difficile le contrôle des contenus illicites en ligne. Or, il ne fait plus aucun doute qu'ils ont des effets extrêmement délétères, et tout particulièrement chez les jeunes⁴². Outre le contrôle effectué par les plateformes en ligne elles-mêmes, les contenus

sont surveillés par des agents de l'Office anti-cybercriminalité⁴³. Là encore, les agents se voient limités à cause des émojis, qui permettent de déjouer leurs efforts de détection. La Police nationale a invité à une vigilance particulière quant à certains émojis : l'emoji pizza (employé pour les initiales « *Cheesy Pizza* » identique à ceux de « *Child Porn* »), est utilisé par les comptes pédo-criminels afin de ne pas se faire repérer⁴⁴. En matière de traite d'êtres humains, une étude a été menée sur le sens caché des émojis utilisés dans les annonces en ligne⁴⁵. Ainsi, des annonces utilisent l'emoji couronne pour indiquer la mainmise d'un proxénète ; la rose pour le prix⁴⁶ ; le cœur enflammé indique une jeune fille ; les cerises ou fleurs de cerisier font référence à la virginité d'une femme et/ou à sa minorité ; l'avion indique le déplacement d'une mineure. Quelques émojis sont désormais connus, permettant ainsi de repérer des infractions très graves. Mais rien ne permet d'anticiper l'inventivité des individus et donc le sens caché à venir des émojis. Affaire à suivre...

39. V. par exemple P. Croquet, « Exprimer le viol avec l'emoji violet, paradoxe et symbole de la libération de la parole sur les réseaux sociaux », *Le Monde* 23 oct. 2024, qui évoque notamment un post de B. Beaulieu (médecin et romancier) qui traitait du sujet des violences sexuelles et qui a été supprimé par le réseau social Instagram.

40. *Rapport des Assises de lutte contre l'antisémitisme*, déposé le 28 avr. 2025, p. 31.

41. Assemblée nationale, A. Delaporte et L. Miller, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les effets psychologiques de TikTok sur les mineurs*, 4 sept. 2025, spéc. p. 301 et s.

42. Le rapport de la commission d'enquête susvisé propose d'inscrire dans le droit de l'Union européenne, l'interdiction de l'accès aux services de réseaux sociaux en ligne, dont l'objet principal n'est pas l'échange de messages, aux mineurs de moins de 15 ans. Cette interdiction avait été inscrite dans la législation nationale (Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023) mais n'avait pas fait l'objet d'un décret d'application.

43. Souvent, les contenus illicites sont repérés grâce à des signalements individuels, via la plateforme Pharos.

44. J. Garnier, « Pédocriminalité : pourquoi il faut se méfier de l'emoji pizza au fromage sur TikTok », *Libération* 28 mars 2025.

45. J. Whitney et al., « The Use of EMOJIS in Online Human Sex Trafficking Ads », *Journal of Knowledge Management Practice* 2023, 23/1.

46. Une rose équivaudrait à 100 \$, *ibid*.

Dossier

Permanence des adages du droit

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

La présomption de bonne foi, entre mythe et réalité

Léa Molina

p. 29

« Nul n'est censé ignorer la loi »

Bernard Stirn

p. 38

Fraus omnia corrumpit

Frédéric Dournaux

p. 45

« *Infans conceptus...* », ou les mystères de l'entrée dans la personnalité juridique

Charlotte Goldie-Genicon

p. 55

L'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » et les mille et un visages du principe de légalité

Valentin Weber

p. 65

De minimis non curat praetor

Nicolas Cayrol

p. 73

Regard actuel sur l'adage « la plume est serve, la parole est libre »

Myriam Quéméner

p. 84

La permanence de l'adage

« *Jura novit curia* »

Laurent Pennec

p. 87

L'adage *pacta sunt servanda* dans une perspective historique de droit international

Enzo Cannizzaro

p. 94

Dossier

Permanence des adages du droit

La présomption de bonne foi, entre mythe et réalité

Léa Molina

Professeure à l'Université du Mans

« J'entre en une humeur noire, en un chagrin profond,
Quand je vois vivre entre eux les hommes comme ils font ;
Je ne trouve partout que lâche flatterie,
Qu'injustice, intérêt, trahison, fourberie »

Molière, *Le Misanthrope*, acte I, sc. 1.

Honni soit qui mal y pense. Pourtant, la présomption de bonne foi a de quoi surprendre. Énoncée par le Code civil depuis 1804 en matière d'usucapion¹, elle est néanmoins affublée de la généralité des adages les plus renommés. On répète donc à l'envi que « la bonne foi est toujours présumée » – ou presque². Présomption simple, elle a vocation à déplacer la charge de la preuve. En effet, la présomption légale est celle que « la loi attache à certains actes ou à certains faits [et qui] dispense celui au profit duquel elle

existe d'en rapporter la preuve » (C. civ., art. 1354). Ainsi, la bonne foi ne devrait jamais être prouvée *ab initio* et il pèserait sur celui qui se prévaut de la mauvaise foi de son adversaire d'en faire la démonstration.

Comment expliquer cette présomption ? La règle aurait-elle un fondement éthique ? Faudrait-il y voir un principe³, une présomption d'innocence civile ? Y chercherait-on les vertus performatives du langage par le simple fait de son énoncé⁴ ? Ou serait-elle un constat, teinté, selon

1. C. civ., anc. art. 2268 ; nouv. art. 2274 : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».
2. On pense en particulier à la présomption irréfragable de mauvaise foi – c'est-à-dire de connaissance des vices – de la chose par le vendeur professionnel, dont le rôle n'est pas probatoire mais politique (Com., 15 nov. 1971, *D.* 1972, p. 211 ; Com., 5 juill. 2023, n° 22-11.621, *RTD civ.* 2023, p. 704, obs. J. Klein). Rapp., en matière de diffamation publique, Crim., 26 févr. 2008, n° 07-84.846. On songe également à la fixation unilatérale du prix prévue aux articles 1164 et 1165 du Code civil, lesquels prévoient que la partie qui a déterminé le montant doit le motiver – c'est-à-dire démontrer l'absence d'abus – en cas de contestation par l'autre.
3. Le terme est utilisé au sens où l'emploie Roubier, c'est-à-dire « le résultat d'un effort d'abstraction et de généralisation, qui a une force de rayonnement très supérieure à celle de la règle ordinaire, dont l'objet est un point particulier et précis », v. *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951, rééd. Dalloz, 2005, n° 12, p. 111.
4. La répétition du syntagme renvoyant à la présomption de bonne foi peut faire songer à la théorie des actes de langage d'Austin (*Quand dire c'est faire*, 1962, rééd. Seuil, 2024). Cette ritournelle aurait ainsi pour but – inconscient – de la répandre parce qu'elle porte en elle un énoncé souhaitable. Il ne s'agirait pas d'un discours performatif au sens où sa formulation la rendrait *ipso facto* effective, mais il y aurait bien une visée performative dans la mesure où sa récurrence de principe en ferait une donnée prévalente de la conduite humaine, une incitation à préférer l'honnêteté, de même que, si l'on en croit Pascal, le mécréant finira par avoir la foi s'il pratique, s'il s'agenouille, prie et médite.

les sensibilités, d'optimisme ou de réalisme ? *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit*, dit l'(autre) adage. Il faudrait en déduire une vérité statistique sur la bonté de l'âme humaine⁵. La présomption pourrait aussi être corrélée à une autre maxime : *Nullus dolo videtur facere*. Cette vision charitable de l'Homme paraît toutefois heurter le pessimisme des rédacteurs du Code Napoléon, plus convaincus par Hobbes que par Rousseau⁶. Dans leur esprit, l'*homo civilis* n'a rien d'un Saint : « il n'y a que des individus dans la nature », affirme Portalis dans son exposé des motifs sur la propriété. Ce solitaire ne se lie aux autres qu'en vue de son utilité égoïste ; à l'examen il apparaît dépourvu de tous sentiments altruistes, tour à tour peu enclin à l'affection conjugale, soupçonneux de celle de ses propres enfants, oublieux de ses devoirs fraternels, voisin calculateur, si peu généreux de ses biens que, s'il tente de les donner, l'aliénation mentale constitue le premier doute qui pèse sur son acte, etc. C'est sur un tel fonds que doit avant tout compter un législateur qui sait son métier »⁷. Cette défiance, empreinte de jansénisme et aggravée par la Terreur, le rapproche davantage de l'Alceste que du Monsieur Jourdain⁸. À ce titre, il n'est pas question de prêter aux codificateurs la paternité de cette présomption absolue. Son domaine originel devait être limité à son plus

simple appareil. Sa place dans le Code civil en atteste, autant que le silence gardé à son propos dans les travaux préparatoires ; une simple règle de preuve en matière de présomption acquisitive immobilière en somme, reprise à l'identique par la réforme du 19 juin 2008⁹. C'est à la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle que l'on doit la destinée qu'on lui connaît et, peut-être, à un malentendu que l'on voudrait dissiper. À l'étude, en effet, il apparaît que la présomption de bonne foi a, à la fois, débordé le domaine qui lui était initialement assigné mais n'a pas, pour autant, l'importance qu'on serait tenté de lui donner.

C'est que la bonne foi n'est pas univoque. Célèbre Janus parmi les notions de droit privé¹⁰, elle rassemble deux – voire trois¹¹ – significations qui, au gré des époques et de ses applications, se révèlent plus ou moins éloignées, comme deux courbes qui tendent à s'écarter puis à se recouper. Classiquement, on oppose la bonne foi-loyauté à la bonne foi-croyance erronée, la bonne foi-confiance à la bonne foi-croyance¹². La première est une qualité morale, une vertu comportementale qu'on tente inlassablement de décrire par des termes qui varient selon le degré auquel on veut la circonscrire : honnêteté, fidélité, intégrité, et sincérité sont les plus couramment utilisés¹³. Cette bonne foi n'est jamais définie dans la loi mais imprègne tout le droit des

-
5. V. aussi A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973, n° 199, qui estime qu'« il y a sans doute plus de personnes de bonne foi qu'on ne pense ».
 6. Sur le pessimisme anthropologique des rédacteurs du Code, v. X. Martin, « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985/2, p. 117. Du même auteur, *Mythologie du Code Napoléon*, 2^e éd., Dominique Martin Morin, spéc. p. 57 et s. (à propos d'Hobbes). V. aussi J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature »... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures* 2004-2, p. 77. Adde A. Nachim, *Intérêt, Volonté, Recherche sur les fondements du droit commun des contrats*, th. dactyl. Paris 1, 2023, p. 50 et s.
 7. A. Sériaux, « Le Code civil, entre artisanat et idéologie », *Droits* 2005/2, n° 42, p. 11.
 8. V. not. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil*, LGDJ, 1969, spéc. p. 15 et s. ; X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, spéc. p. 403 et s. ; M. Péna, « Jansénisme et Code civil », *RRJ* 1992-3, p. 817. V. aussi, à propos de Domat et ses « Pensées pascaliennes » (« Quelle machine que mon âme ! Quel abîme de misère et de faiblesse ! »), P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Cujas, p. 82.
 9. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.
 10. V. en particulier F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, 1928, p. 11 et s. ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75.
 11. V. D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, v° « Bonne foi » qui identifie, comme premier sens de la notion, celui d'un critère d'interprétation reposant sur l'esprit du texte. Cette utilisation du terme tombe toutefois en désuétude.
 12. Cette dichotomie se retrouve clairement dans les notions de droit allemand de *Treu und Glauben* (loyauté) et *guter Glaube* (croyance erronée).
 13. V. entre autres P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n°s 91 et s., p. 88 et s. ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, n° 6, p. 11 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n°s 1226 et s., p. 1271 et s. ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, spéc. n° 178 et s., p. 146 et s. ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n°s 553 et s., p. 298 et s. ; S. Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, LGDJ, 2013, spéc. n° 104, p. 93. Comp. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. II, PUAM,

contrats. Elle a connu sa plus vive reconnaissance en 2016, par sa consécration dans une disposition autonome à l'article 1104 nouveau du Code civil. Intimement liée au respect de la confiance générée par l'alliance contractuelle, elle a pu être étendue en dehors du contrat aux phases pré et post-contractuelle et, plus généralement, au rejet de l'abus dans l'exercice de tout droit subjectif. La seconde acception de la bonne foi, en revanche, est plus circonscrite. Elle traduit un état psychologique de rapport au réel compromis, une méprise sans malignité. On en saisit l'essence à l'article 550 du Code civil, dont elle s'est désormais émancipée. Selon ce texte, la bonne foi-croyance erronée est celle de celui qui « possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices »¹⁴. Reste que cette bonne foi ne se réduit plus à l'hypothèse du possesseur. Elle s'illustre, par exemple, en matière de mariage putatif¹⁵. Ce dualisme peut déconcerter. Pourtant, bonne foi-confiance et bonne foi-croyance ont une racine commune. Sans retracer ici la riche histoire sémantique de la bonne foi, laquelle fut partie prenante de puissantes réflexions théologiques

puis métaphysiques, on se contentera de relever que tant en grec ancien (*pistis*) qu'en hébreu (*'emeth*), qu'en latin (*fides*), un même terme condense dès l'origine les différents sens que l'on donne aujourd'hui à la bonne foi.

L'on comprend alors que, dans l'imaginaire collectif, la présomption de bonne foi se pare des atours de l'exhaustivité. Quoi de plus naturel puisqu'elle est « toujours » présumée ? Pourquoi, alors, la réserver à la possession ou distinguer selon la bonne foi à laquelle elle devrait s'appliquer ? À cet égard, on constate que la fréquence de son invocation dans la pratique est considérable et envahit tous les domaines¹⁶. L'étude de systèmes juridiques voisins abonde dans cette impression de généralité. Si les droits allemand et britannique ne connaissent pas d'équivalent¹⁷, les codes civils italiens et espagnols énoncent la présomption de bonne foi – dans des sections propres à la possession toutefois¹⁸. Surtout, celle-ci est érigée en principe applicable à l'ensemble du droit civil à l'article 1.9 du code civil belge¹⁹, tandis que le code civil suisse dispose, dès son article 3, que « la bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait

2001, n°s 1202 et s., p. 889 et s.; v. égal. P.-Y. Gautier, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 109; L. Aynès, « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, op. cit., p. 151; H. Muir Watt, « Reliance et définition du contrat », in *Mél. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57.

14. Rappr. C. civ., art. 2272, al. 2.

15. C. civ., art. 201.

16. Recensement des décisions faisant application de la présomption de bonne foi pendant les seuls mois d'octobre et novembre 2025 (rares sont celles qui concernent l'usucapion) : TJ Évreux, 14 nov. 2025, RG n° 24/01893; TJ Paris, 13 nov. 2025, RG n° 25/02885; TJ Paris, 13 nov. 2025, RG n° 23/01311; TJ Versailles, 12 nov. 2025, RG n° 25/00065; TJ Montbéliard, 12 nov. 2025, RG n° 25/00084; CA Versailles, 6 nov. 2025, RG n° 23/03097; TJ Boulogne-sur-Mer, 6 nov. 2025, RG n° 25/01250; TJ Paris, 4 nov. 2025, RG n° 25/01327; TJ Versailles, 4 nov. 2025, RG n° 24/03146; TJ Paris, 4 nov. 2025, RG n° 24/04713; TJ de Saint-Denis de la Réunion, 3 nov. 2025, RG n° 25/00383; TJ Paris, 28 oct. 2025, RG n° 23/09987; TJ Libourne, 23 oct. 2025, RG n° 24/00775; TJ Paris, 23 oct. 2025, RG n° 21/14525; TJ Bergerac, 20 oct. 2025, RG n° 25/00546; TJ Lyon, 20 oct. 2025, RG n° 24/00649; TJ Montauban, 16 oct. 2025, RG n° 25/00274; TJ Paris, 15 oct. 2025, RG n° 25/01513; CA Fort-de-France, 14 oct. 2025, RG n° 25/00047; TJ Dijon, 13 oct. 2025, RG n° 25/00195; TJ Dijon, 13 oct. 2025, RG n° 25/00229; TJ Paris, 10 oct. 2025, RG n° 25/00987; CA Douai, 9 oct. 2025, RG n° 23/01073; CA Colmar, 8 oct. 2025, RG n° 24/01598; TJ Bobigny, 8 oct. 2025, RG n° 23/0159; TJ de Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 2025, RG n° 25/00015; TJ Paris, 6 oct. 2025, RG n° 24/08774; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/03452; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/02839; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/02272; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/03454; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/02506; TJ Paris, 3 oct. 2025, RG n° 25/02646; TJ Grenoble, 2 oct. 2025, RG n° 25/02985.

17. On peut s'étonner de ce que le *BGB* n'ait jamais formulé de présomption générale de bonne foi en dépit de l'importance que revêt la notion. Il est en revanche moins surprenant que le droit britannique l'ignore lui aussi, compte tenu de la moindre importance de la notion de bonne foi dans ce système.

18. C. civ. italien, art. 1147, al. 3 : « *La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto* »; C. civ. espagnol, art. 435 : « *La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba* ». V. aussi C. civ. Québec, art. 2805 : « la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver ».

19. « La bonne foi est présumée ». L'alinéa 2 de cette disposition précise : « Une personne est de mauvaise foi, lorsqu'elle connaît les faits ou l'acte juridique auxquels doit se rapporter sa bonne foi ou lorsqu'elle aurait dû les connaître, eu égard aux circonstances concrètes ». La présomption de bonne foi ne s'applique donc qu'à la première acception de la notion.

dépendre la naissance ou les effets d'un droit »²⁰. La présomption de bonne foi, sans être universelle, a donc conquis de vastes terres.

On reste cependant étonnée du décalage entre son énoncé, à l'actuel article 2274 du Code civil, et le domaine qui lui est attribué. D'où provient ce statut hybride, entre règle de droit écrite et adage aux allures de rengaine générale ? Le malaise est entériné par l'impression de pluralité de significations qui se dégagent de cette unique affirmation. La présomption de bonne foi-croyance est-elle vraiment comparable à la présomption de bonne foi-confiance ? Quelle unité trouver dans cette apparente dualité ? À l'étude, l'affirmation de l'existence d'une présomption générale de bonne foi révèle une confusion²¹. Si la bonne foi-croyance fait en effet l'objet d'un renversement de la charge probatoire qui a dépassé le champ qui lui était initialement assigné, la présomption de bonne foi-confiance, elle, s'annonce comme un mythe à déconstruire. C'est que, loin d'être une présomption au sens technique, elle n'est qu'un postulat philosophique sur lequel s'est construit le système juridique.

Dès lors, l'étude de la présomption de bonne foi suppose de distinguer la présomption de bonne foi-croyance et la présomption de bonne foi-confiance. La première intrigue par son remarquable essor (I); la seconde se révèle être une illusion (II).

I. L'essor d'une présomption

À l'origine réservée à la possession, la présomption de bonne foi a vu son domaine s'étendre à toutes les manifestations de la bonne foi-croyance (A), tandis que la souplesse de ses conditions d'application n'a pu que favoriser sa progression (B).

A. L'extension du domaine de la présomption

Pourquoi avoir formulé la présomption de bonne foi dans une section relative à la prescription en matière immobilière, sinon pour la circonscrire à cette maigre sphère ? À l'origine, donc, cette présomption n'est qu'une affaire de possession prise comme condition de l'usucapion. Et pour cause : poser en principe que le possesseur est présumé propriétaire constitue le *plerumque fit* par excellence. Dans son prolongement, il est naturel de considérer que celui qui possède en vertu d'un titre de propriété, même vicié, se soit légitimement cru propriétaire. On comprend alors que la présomption de bonne foi soit née du droit de la prescription abrégée²². Rapidement, la jurisprudence a admis que le possesseur soit présumé de bonne foi en dehors du cas de l'usucapion. Peut-être est-ce là un postulat sans lequel une société bâtie sur la propriété serait fragilisée, dans la mesure où elle favorise sa stabilité. Il en va ainsi du possesseur d'un meuble qui se prévaut de la maxime de l'article 2276 du Code civil²³, ou encore de l'acquisition des fruits par le possesseur non-propriétaire (C. civ., art. 549)²⁴. Certes, si les présomptions légales de l'article 1354 du Code civil sont, en principe, d'interprétation stricte, la Cour de cassation a néanmoins affirmé que « l'interprétation restrictive d'une présomption légale ne fait pas obstacle à son application à un cas non formellement prévu, dès lors que se trouve réalisée la situation juridique envisagée par elle »²⁵. De ce point de vue, cette relative extension n'a rien d'une révolution.

Allant plus loin toutefois, la Cour de cassation a développé l'application de la présomption dans des hypothèses indépendantes du droit des biens. Il y a longtemps qu'elle l'a, par exemple,

20. Cette disposition prévoit, à l'alinéa 2, que « Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui ».

21. Dans le même sens, H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, n° 40, p. 66 et s., qui estiment néanmoins *in fine* que « s'il est malaisé d'appréhender le régime probatoire de la bonne foi, c'est que le concept qui en est l'objet est manifestement amphibologique et que l'infinie variété de ses significations et applications entretient à plaisir obscurité, confusion et incertitude ».

22. La présomption de l'art. 2274 C. civ. doit en effet être lue après l'art. 2272, al. 2, C. civ. qui prévoit que celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, et non trente ans.

23. Req., 12 mars 1888, *DP* 1888. 1. 404.

24. Civ., 7 janv. 1861, *DP* 1861. 1. 384; Civ., 11 juill. 1866, *DP* 1866. 1. 325; Civ., 7 juill. 1868, *DP* 1868. 1. 446. V. aussi Civ. 1^{re}, 5 déc. 1960, n° 59-10.820, PB : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que s'il possède comme propriétaire, soit en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices, soit en vertu d'un titre putatif ».

25. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1965, *D*. 1965, p. 533, note J.-Y. Chevallier; *JCP* 1965, II, 14132, note R. L.

consacrée en matière de mariage putatif²⁶. Il semble que la doctrine resta longtemps divisée sur son déploiement avant qu'il soit admis définitivement²⁷. Plus récemment, on a pu voir la présomption appliquée par la Cour de cassation en matière de surendettement²⁸ ou dans le cas de versements indus de prestations sociales²⁹. Il n'est plus à douter, donc, de la vaste portée qui lui a été accordée. Ce mouvement n'a toutefois pas toujours été approuvé. Ainsi, écrit un auteur, « si la bonne foi est présumée dans l'article 2268, c'est qu'il s'agit d'un possesseur de bonne foi, et que la possession fait présumer la propriété : présumer en toutes circonstances la bonne foi alors que celle-ci fait échec à la règle juridique normale, c'est aller à l'encontre de toute logique ; la logique voudrait que celui qui invoque une faveur légale exceptionnelle fasse preuve qu'il est en situation d'en bénéficier »³⁰. En effet, l'application classique du droit de la preuve voudrait que celui qui dénonce l'invalidité d'un acte rapporte la preuve de son vice, tandis que celui qui entend malgré tout bénéficier de ses effets démontre sa bonne foi. Tel n'est pourtant jamais le cas. On pourrait néanmoins opposer la *probatio diabolica* qui s'évincerait du respect rigide de la répartition du fardeau probatoire car enfin, comment prouver qu'on s'est trompé ? Comment démontrer sa croyance erronée ? Il s'agirait en effet de rapporter la preuve qu'on ignorait tel ou tel fait qui rendait l'acte vicié ; or la preuve d'un fait négatif est malaisée, voire impossible à rapporter³¹. À l'inverse, bien que la preuve de la mauvaise foi ne soit pas simple, elle reste suppor-

table, en particulier lorsqu'elle procède du faisceau d'indices. Surtout, la généralisation de la présomption a pu être défendue au titre de considérations plus théoriques que techniques. Quant au mariage, il est évident que la gravité de sa nullité à l'époque a pu favoriser l'admission de la putativité³². Par-delà ce seul cas, la présomption reposerait sur l'idée « que l'on ne peut prêter gratuitement aux particuliers une intention injuste, un désir de violer la loi ou le droit des autres. Cette idée, incontestée en matière pénale, n'est pas moins vraie en matière civile, sous peine d'ériger la suspicion en principe législatif »³³. Dès lors, la loi n'aurait fait « que saisir une occasion particulière de formuler un principe d'ordre général »³⁴. Si une telle généralisation n'exempte pas de conditions d'application, celles-ci ont néanmoins, par leurs largesses, contribué à l'essor de la présomption.

B. Les largesses des conditions de la présomption

Puisque la présomption paraît liée à la nature de la bonne foi-croyance, il devient naturel de l'étendre à toutes les applications de celle-ci. Par conséquent, la mauvaise foi doit être prouvée chaque fois qu'est en jeu une erreur sur la réalité. Outre le droit des biens et celui de la famille, le droit des obligations en connaît plusieurs applications. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 1342-3 du Code civil relatif au paiement fait de bonne foi au créancier apparent. De même, l'hypothèse du « débiteur de bonne foi » visée par l'article 1221 du Code civil pour permettre le

26. Civ., 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 281, note P. Binet (qui cite un arrêt précédent statuant dans le même sens : Crim., 18 févr. 1819) ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 2024, n° 41. Civ., 8 janv. 1930, DP. 1930. 1. 51.

27. V. P. Binet, D. 1914. 1. 281, qui retrace les fluctuations de la doctrine sur ce point.

28. Civ. 2^e, 2 juill. 2009, n° 08-17.355, PB, JCP G 2009, 562, note E. Sander ; Civ. 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008 et n° 90-04.042, Bull. civ. I, n°s 123 et 124 ; D. 1991, p. 307, note B. Bouloc. Sur ce point, v. déjà Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 5, 3^e éd., n° 587, p. 53, note 15 : « ces auteurs et ces arrêts semblent imposer au débiteur l'obligation de faire preuve tant de sa bonne foi que des malheurs qui doivent avoir occasionné son insolvabilité. Telle n'est pas notre manière de voir : la mauvaise foi ne saurait, en général, se présumer ; et, au cas particulier, la bonne foi du débiteur résulte, d'ailleurs implicitement, de la justification des causes qui ont amené son insolvabilité ».

29. Civ. 2^e, 11 mai 2023, n° 21-17.166.

30. G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », préc., n° 29.

31. En ce sens égal., H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 371 ; A. Bénabent, *La chance et le droit*, op. cit., p. 154, note 25. V. plus généralement sur cette question J. Laguerie, « La preuve d'un fait négatif », RTD civ. 1953, p. 1.

32. La consécration ultérieure de l'article 202 du Code civil a heureusement diminué cette nécessité. Pour une revue de nombre de cas d'espèce où la présomption de bonne foi et la putativité qui s'en évince ont été reconnues en jurisprudence, v. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 372, qui concluent, avec Jean Hauser, que la putativité est la règle plutôt que l'exception.

33. P. Binet, D. 1914. 1. 281.

34. *Ibid.*

jeu de l'exception de disproportion manifeste à l'exécution forcée appartient à cette catégorie. C'est que l'idée d'inexécution de bonne foi ne peut se comprendre que comme une inexécution honnête, c'est-à-dire une inexécution qui s'ignore, une inexécution qui se croit exécution parfaite – c'est l'exemple de la construction de la maison pour laquelle il manque quelques centimètres³⁵. Toutes les erreurs sont-elles pour autant admissibles au titre de la présomption ? Si l'erreur de fait a toujours été comprise, l'erreur de droit a, pendant un temps, fait l'objet d'un plaidoyer doctrinal pour son exclusion au nom de la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »³⁶. La jurisprudence s'est néanmoins fixée en sens inverse, souscrivant à l'indifférence de la nature de l'erreur en matière de bonne foi, tant à propos du possesseur qui veut faire les fruits siens³⁷, qu'en matière de mariage putatif³⁸. La solution doit être approuvée³⁹ : « la présomption de connaissance des lois, imputée aux particuliers, n'a d'autre effet que de les soumettre à l'exécution obligatoire de ces lois, de les empêcher d'invoquer une prétendue ignorance des dispositions légales pour se soustraire à leur application. Là est la seule portée certaine de la maxime en droit positif. Quant à y voir une règle beaucoup

plus générale, en vertu de laquelle toute personne serait réputée instruite de toutes les règles de droit, ne pourrait jamais, à un simple point de vue de fait, être considérée comme les ayant ignorées, on ne le pourrait admettre sans un étrange abus »⁴⁰. Sans doute, alors, la suppression de cette condition a-t-elle contribué à l'essor de la présomption.

Ainsi présentée, celle-ci pourrait sembler illimitée. Une jurisprudence, appliquée de façon rigoureuse, laisse toutefois un espoir au plaideur qui entend la renverser, car elle énonce que le simple doute suffit à l'exclure⁴¹. La preuve de la mauvaise foi ne repose donc pas sur la certitude de l'existence d'une croyance erronée, mais sur la démonstration de la conscience de sa possibilité⁴². Ce tempérament renforce l'admission du jeu de la présomption en cas d'erreur de droit. On peut en effet estimer que plus celle-ci paraît grossière, plus la présomption peut être renversée aisément, en tenant compte d'une appréciation *in concreto* des faits de l'espèce⁴³. Autrement dit, toutes les règles de droit ne se valent pas, et si certaines sont à la connaissance des seuls juristes, d'autres sont de notoriété publique. Par exemple, on acceptera plus facilement l'ignorance de la capacité du mineur étranger à se

35. V. en ce sens M. Cormier, *Une limite à l'exécution forcée : la disproportion manifeste de l'article 1221 du code civil*, th. dactyl. Paris II, 2022, D. Mazeaud et T. Genicon (dir.), n° 842.

36. V. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. 3, n° 359 ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 5, 4^e éd., n° 460, p. 49.

37. Civ., 11 janv. 1887, S. 1887. 1. 225 : « À l'exception du cas où le vice du titre consiste dans une infraction à une loi d'ordre public, il importe peu que l'ignorance du possesseur provienne d'une erreur de fait ou de droit, puisque l'article 550 ne distingue pas entre ces deux causes d'erreur ; au surplus, la mauvaise foi ne se présume pas, et doit être prouvée contre celui dont la possession est établie dans les conditions prescrites par ce texte ».

38. Civ., 30 juill. 1900, n° 000002, *DP*. 1901. 1. 317 ; Req., 14 mars 1933, *DH*. 1933, p. 219 ; Civ. 1^{re}, 14 déc. 1971, n° 70-12.339, *PB*.

39. V. sur les différents tempéraments de la règle en matière civile et pénale, F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 16^e éd, Dalloz, n° 488 et s.

40. P. Binet, *D*. 1914. 1. 281. V. plus généralement, G. Dereux, « Étude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RTD civ.* 1907, p. 513, spéc. p. 545 : « la bonne foi est toujours la bonne foi, et il n'y a pas de fiction qui le puisse empêcher, qui puisse permettre de démembrer une famille pour avoir ignoré quelque détail de la loi, et jamais de prétendues nécessités sociales ne justifient un résultat aussi antisocial ». V. aussi F. Terré, « Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" », *Trav. et rech. de l'Institut de droit comparé*, t. 30, 1966, p. 91 ; J. Carbonnier, « La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », *Journ. soc. légis. comp.* 1984, p. 321.

41. Req., 8 août 1870, *DP*. 1872. 1. 17 ; Req., 14 nov. 1887, *D*. 1888. 1. 129 ; Civ. 1^{re}, 23 mars 1965, *Bull. civ.* I, n° 206. V. J.-F. Césaro, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 694 et s.

42. De même, la théorie de l'apparence est un peu plus exigeante : on recherche une légitimité à la croyance erronée. Par exemple, le tiers qui entend se prévaloir des effets d'un mandat apparent sera présumé de bonne foi mais devra toutefois démontrer l'apparence, c'est-à-dire les circonstances ayant justifié qu'il ne vérifie pas les pouvoirs du mandataire apparent ; Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, *D*. 1963, p. 277, note Calais-Auloy ; *JCP* 1963, II, 13105, note Esmein ; *RTD civ.* 1963, p. 572, obs. Cornu.

43. V. en ce sens par ex. Civ. 1^{re}, 2 oct. 1984, n° 82-14.829, *Bull. civ.* I, n° 242, qui approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'époux ne pouvait avoir ignoré que son mariage était entaché d'une cause de nullité selon des considérations relevant de leur pouvoir souverain d'appréciation.

marier que celle du mineur français⁴⁴. S'il en était autrement, la présomption ferait basculer la justice dans la pure naïveté. Dans ce cas alors, il revient à celui qui invoque sa bonne foi de la prouver. Pourtant, rappelle un auteur, « il faut se méfier des apparences, prendre garde que souvent, selon le mot de Nietzsche, “la vérité est tortueuse”, et si l'on doit risquer une erreur, mieux vaut toujours que ce soit dans le sens de l'indulgence »⁴⁵. De ce point de vue, la présomption de bonne foi se rapproche de la présomption d'innocence, et rappelle le mot de Voltaire qui préférerait cent coupables en liberté plutôt qu'un seul innocent en prison. Le rôle sociétal que joue la présomption pointe alors avec une certaine acuité.

Enfin, le moment auquel la bonne foi doit avoir existé est, là encore, de nature à faire admettre largement la présomption. En effet, la preuve de la mauvaise foi à rapporter est concentrée sur un moment précis. Pour l'acquéreur *a non domino*, il suffit que la bonne foi ait existé « au moment de l'acquisition », peu importe que la mauvaise foi du possesseur au moment de l'entrée en possession soit démontrée⁴⁶. De la même manière, c'est lors de la célébration du mariage que la mauvaise foi de l'époux doit avoir existé, et il est indifférent qu'ensuite, la vie du ménage ait impliqué de connaître le vice dont il était affecté⁴⁷. Cette règle devrait pouvoir être étendue avec plus ou moins de facilité à toutes les hypothèses de bonne foi-croyance. Il peut ainsi paraître trop théorique de chercher à l'appliquer au moment exact de réalisation du chantier lors duquel l'inexécution de bonne foi de l'article 1221 du Code civil aurait lieu, tant, en l'occurrence, l'exécution du contrat s'inscrit dans un continuum. En revanche, la preuve de la connaissance de la mauvaise exécution par le constructeur lors de la réception de l'ouvrage,

donc après son édification, ne devrait pas permettre de renverser la présomption, par analogie avec la jurisprudence qui déclare insuffisante la preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur au moment de l'entrée en possession. Au fond, il faut en déduire la règle selon laquelle la présomption de bonne foi joue tant que l'erreur peut encore être empêchée. Elle devient indifférente une fois celle-ci consolidée. Le renversement de la présomption n'en ressort donc que plus complexe puisqu'il n'est possible que dans un laps de temps réduit. La règle est-elle trop laxiste ? Les époux devraient-ils se séparer sitôt leur erreur découverte ? Le possesseur devrait-il restituer ce qu'il croyait à lui sitôt le vice révélé ? Comme rétorque Baudry-Lacantinerie : « il faut juger humainement les choses humaines »⁴⁸, c'est-à-dire ne pas trop en demander à la nature humaine.

Ces conditions ont donc favorisé l'essor de la présomption, au point que, par-delà la bonne foi-croyance, nombre de juristes sont tentés de l'appliquer à la bonne foi-confiance. Cette dernière, pourtant, se révèle être une illusion.

II. L'illusion d'une présomption

On constate qu'ici et là, la présomption de bonne foi se présente comme un adage pourvu d'une portée générale. Elle se dévoile ainsi au travers d'applications propres à la bonne foi-confiance, bien éloignées de la bonne foi-croyance. Ni sa généalogie, ni son rôle ne permettent toutefois de se convaincre de sa pertinence. Privée de toute utilité probatoire, son existence dans l'imaginaire collectif mène cependant à s'interroger sur les racines de cette croyance populaire. À l'analyse, l'on comprend que la bonne foi-confiance, si elle ne constitue pas une présomption au sens technique, s'apparente à un postu-

44. En ce sens, Req., 16 janv. 1861, *Lizardi*, DP. 1861. 1. 193 ; S. 1861. 1. 305, note Massé. V. aussi Y. Lequette et B. Ancel, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, n° 5, p. 39.

45. F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, op. cit., p. 27. Rapp. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1, 11^e éd., Sirey, 1912, n° 458 : « la situation des époux peut être aussi digne d'intérêt, et leur erreur aussi excusable [en cas d'erreur de fait ou d'erreur de droit]. On en trouve la preuve dans l'espèce suivante que nous empruntons aux annales judiciaires : un Français âgé de vingt-quatre ans, et n'ayant pas par suite atteint la majorité matrimoniale fixée par l'ancien article 148, épouse en pays étranger, sans le consentement de ses ascendants, une femme qui le croit capable de se marier sans ce consentement, et que l'on a d'autant plus facilement induite en erreur sur ce point que telle est effectivement la loi de son pays ; le mariage est annulé sur la demande de l'époux. Il y a mariage putatif ».

46. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1962, *Bull. civ. I*, n° 341, D. 1962, p. 570. V. aussi Civ. 1^{re}, 18 mai 1955, *Bull. civ. I*, n° 208 ; Civ. 3^e, 15 mars 1978, *Bull. civ. III*, n° 123.

47. Civ. 1^{re}, 20 nov. 2013, *RTD civ.* 2014, p. 91, obs. J. Hauser.

48. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1, op. cit., n° 459.

lat sur lequel repose le système juridique. Au constat du mythe (A) succède ainsi l'examen des raisons du mythe (B).

A. Le constat d'un mythe

Autour de la présomption existe une sorte de bruit de fond, comme un discours incident qui tend à la déclarer applicable aux hypothèses dans lesquelles la bonne foi n'est plus une croyance erronée mais se traduit par une exigence de loyauté, c'est-à-dire de respect de la confiance accordée. Difficile à démontrer, cette impression est néanmoins entérinée par l'étude des décisions des juges du fond. Tandis que la Cour de cassation ne l'a énoncée, semble-t-il, qu'en une malheureuse occasion⁴⁹, les jugements et arrêts d'appel se bousculent pour la proférer, par exemple à propos de l'exercice déloyal d'une clause résolutoire⁵⁰, en matière de congé ou de refus de renouvellement du bail⁵¹ ou plus généralement, dans le cadre de l'exécution de contrats en tous genres⁵². Si certains l'expriment comme une règle autonome, la plupart la formulent au visa de l'article 2274 du Code civil. Pourtant, on l'a compris, rien n'indique un pédigrée destiné à lui procurer une telle portée. Celle-ci paraît d'ailleurs entrer en contradiction avec la formulation d'un devoir comportemental de bonne foi à l'ancien article 1134, alinéa 3. En effet, on peine à concilier cette exigence de civisme contractuel avec la présomption de son existence. Ce serait un curieux choix légistique que de formuler en même temps une injonction à la bonne foi et une présomption de bonne foi. Faudrait-il cependant considérer que l'affirmation prétorienne de la présomption suffit à lui conférer une réalité ?

On sait en effet, grâce à Géný, le pouvoir normatif de la jurisprudence en matière de présomption⁵³. Dès lors, la présomption de bonne foi-confiance aurait pu naître des multiples décisions des juges du fond. Leur accorder une telle

importance, dans le quasi-silence de la Cour de cassation, ne semble pourtant pas opportun ici⁵⁴. Les décisions précitées se présentent comme de piètres fondements pour sceller l'entrée de la présomption de bonne foi-confiance dans l'ordre juridique dans la mesure où elles semblent procéder d'une confusion, sans motivation ni tentative de diffusion. Il n'y a là ni volonté d'innovation, ni velléité de contestation de la part des juges du fond. Surtout, derrière le voile de la présomption se dessine l'application la plus classique de la répartition de la charge de la preuve. Plus que la pauvreté des occasions de son énoncé, c'est donc son inutilité qui persuade de son irréalité.

Vaine, la présomption de bonne foi en matière de loyauté n'apporte ni ne change rien au débat judiciaire. Il n'est, en effet, jamais question de renverser la charge de la preuve grâce au jeu de la présomption mais, tout au contraire, d'appliquer les articles 9 du code de procédure civile et 1315 du Code civil toutes les fois qu'il est nécessaire. C'est que, à l'inverse des hypothèses de bonne foi-croyance, il revient toujours naturellement à celui qui se prévaut de la mauvaise foi de son cocontractant, ou de l'abus de droit de son adversaire, de prouver les faits nécessaires à son succès : nul avantage ici, nulle inversion du fardeau probatoire. Affirmer, par exemple, qu'il revient à l'assureur d'établir la mauvaise foi de l'assuré pour prétendre à l'application d'une clause de déchéance de garantie en cas de fausse déclaration intentionnelle n'est rien qu'une application classique du droit de la preuve⁵⁵. L'inutilité de la présomption se saisit ainsi : si celui qui se pare du manteau de la bonne foi-confiance n'a jamais besoin de la démontrer au premier abord, c'est qu'il n'a jamais rien à y gagner. Contrairement à la bonne foi-croyance, la bonne foi-confiance ne permet pas de bénéficier d'un traitement de faveur. Par exemple, si *Primus* met en œuvre sa clause résolutoire, il ne sert à rien de

49. Soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040, *JCP* 2005, II, 10177, note M. Mekki.

50. Par ex., TJ Évreux, 14 nov. 2025, RG n° 24/01893, préc. ; TJ Paris, 23 oct. 2025, RG n° 21/14525, préc.

51. CA Fort-de-France, 14 oct. 2025, RG n° 25/00047, préc. ; TJ Paris, 6 oct. 2025, RG n° 24/08774, préc.

52. CA Versailles, 6 nov. 2025, RG n° 23/03097, préc. ; TJ Paris, 28 oct. 2025, RG n° 23/09987, préc. ; TJ Bergerac, 20 oct. 2025, RG n° 25/00546, préc. ; CA Colmar, 8 oct. 2025, RG n° 24/01598, préc.

53. F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, 1925, Sirey, n° 235.

54. Sur les critères de la création jurisprudentielle, v. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 392 et s. V. aussi P. Deumier, *Rép. civ. Dalloz*, 2021, v° « Jurisprudence », nos 14 et s. ; M.-A. Frison-Roche et S. Bories, « La jurisprudence massive », *D.* 1993, p. 287.

55. Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-20.488, PB.

présumer que celui-ci l'a fait de bonne foi. Celle-ci produira effet *de plano*, de sorte qu'il se trouvera dans la situation juridique voulue. Seul *Secundus* pourrait avoir à s'en plaindre, mais alors à lui de démontrer que la clause résolutoire n'aurait pas dû produire son effet en prouvant qu'elle a été exercée de mauvaise foi. Et si *Primus* assigne *Secundus* en restitutions consécutives à la résolution du contrat, il lui reviendra seulement de montrer qu'il disposait du droit de résoudre le contrat et qu'il l'a exercé. Là encore, la charge de la preuve initiale de la mauvaise foi dans l'exercice du droit pèsera sur *Secundus*. Certes, considérer qu'il n'y a rien à gagner à prétendre et prouver sa bonne foi consiste incidemment à postuler que le droit a été par principe exercé de bonne foi. On pourrait donc y voir une présomption de bonne foi implicite et généralisée. Celle-ci, toutefois, ne convainc pas. Ce serait confondre la présomption, au sens technique du terme, et le postulat *sine qua non* du système juridique selon lequel un droit exercé va, *de jure*, produire ses effets. C'est alors à celui qui en fait les frais de démontrer que tel n'aurait pas dû être le cas. Là résident peut-être les raisons de la confusion à propos de la présomption de bonne foi.

B. Les raisons du mythe

C'est au point de vue du phénomène juridique qu'intéresse le constat de la répétition de la présomption de bonne foi dans des cas où elle ne s'applique pas. Sa banalisation dans une kyrielle de décisions laisse penser que celle-ci procède d'une confusion entre la présomption, en tant que technique juridique, et le postulat philosophique. La présomption simple de bonne foi n'a de sens que dans l'hypothèse d'un renversement de la charge de la preuve : alors que celui à qui le droit permet de profiter de sa bonne foi pour bénéficier des effets d'un acte devrait, dans la rigueur des principes, la démontrer, il échappe à ce fardeau. C'est l'hypothèse de la bonne foi-croyance erronée. Le postulat consiste, lui, à

admettre une proposition parce qu'il n'y en a pas d'autres, plus légitimes, auxquelles se rattacher⁵⁶. Tel est ce sur quoi repose notre système tout entier : tout droit exercé par un sujet produit ses effets sans que l'on ait besoin de vérifier sa bonne foi, si bien que celle-ci est incidemment postulée. Dès lors, si l'on peut dire que la bonne foi-confiance est toujours présumée, ce n'est pas dans un sens technique qu'il faut l'interpréter. Il y a là un quiproquo provoqué par le double sens, juridique et commun, du terme de présomption.

Ce postulat serait-il, alors, le signe d'une foi inébranlable en l'humanité ? Peut-être est-ce, plus prosaïquement, la recherche d'une économie de moyens. Surtout, on voit mal comment le système pourrait fonctionner différemment. C'est que l'exercice de bonne foi d'un droit renvoie à une idée abstraite du Bien. À la différence de la bonne foi-croyance, la bonne foi-confiance ne se laisse pas enfermer facilement dans une définition, de sorte qu'on est davantage enclin à la définir par son contraire, aux contours beaucoup plus clairs et dont les synonymes prolifèrent : la déloyauté, la mauvaise foi, voire l'abus de droit. Une autre raison préside peut-être à ce postulat. C'est que « la bonne foi est le seul pivot sur lequel roule le commerce entre les hommes »⁵⁷. Même dans les dystopies les plus sombres, on ne saurait concevoir une société de défiance généralisée qui pourrait perdurer. Imaginer des individus tous perfides et fourbes, se sachant tels et ainsi soucieux de se tromper les uns les autres de peur d'être trompés, rendrait la cohésion intenable, la vie insoutenable et la survie même improbable, car comment croire que la population serait encline à se perpétuer ? Croire en la bonne foi se révèle alors nécessaire au maintien du tissu social. Autrement dit, il faut avoir foi en la bonne foi de la majorité pour souscrire au maintien d'une exigence partagée. Dès lors, le postulat de la bonne foi apparaît comme le pari pascalien rendant possible une existence commune.

56. A. Lalande (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, v^o « Postulat » : « Proposition qui n'est pas évidente par elle-même mais qu'on est conduit à recevoir parce qu'on ne voit pas d'autre principe auquel on puisse rattacher soit une vérité qu'on ne saurait mettre en doute, soit une opération ou un acte dont la légitimité n'est pas contestée ».

57. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, 1827, p. 293.

Dossier

Permanence des adages du droit

« Nul n'est censé ignorer la loi »

Bernard Stirn

Président de section honoraire au Conseil d'État, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques

Peu d'adages sont aussi connus que « nul n'est censé ignorer la loi ». Mais peu d'adages sont autant une fiction : personne n'a jamais pu connaître toutes les lois et cela est aujourd'hui plus impossible que jamais. Si, en dépit de son caractère fictif, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » a traversé les temps depuis la maxime latine, « *nemo censetur ignorare legem* », c'est parce qu'il exprime une nécessité de tout système juridique : nul ne peut se délier d'une obligation, s'affranchir de sa responsabilité, s'exonérer de sa culpabilité en prétextant de son ignorance du droit applicable. La confiance, la bonne foi, la prévisibilité, qui sont les clefs du droit, impliquent que les règles soient réputées connues pour être respectées et pour que, le cas échéant, les manquements à leurs prescriptions soient sanctionnés.

Aussi « nul n'est censé ignorer la loi » n'est-il pas une pure fiction. L'adage a des conséquences concrètes en matière de publicité, d'accessibilité, de non-rétroactivité. L'entrée en vigueur d'une norme suppose que ceux qu'elle concerne aient reçu la possibilité de la connaître. « Nul n'est censé ignorer la loi » est ainsi au fondement de la conception démocratique du droit : pour s'appliquer, la loi doit avoir reçu une publicité adéquate et elle ne produit pas d'effet avant que ceux auxquels elle est destinée aient été mis à même d'en avoir connaissance. De ce point de

vue l'adage s'accompagne de règles bien établies qui lui assurent une forme d'effectivité. Mais l'adage appelle une autre exigence. Même si son caractère fictif est assumé, il suppose que le corpus normatif ne dépasse pas un certain seuil de volume et ne connaisse pas d'incessantes modifications. Un droit proliférant, instable, exagérément complexe serait comme une insulte à son égard. Il demande un minimum de modération et de retenue. L'excès de normes lui confère aujourd'hui à cet égard une actualité accrue. À l'exigence de publicité (I), s'ajoute le défi de la complexité (II).

I. Nul n'est censé ignorer la loi : l'exigence de publicité

Dans le discours préliminaire du Code civil, Portalis expose de manière lumineuse les conséquences qui découlent de l'obligation de porter les lois à la connaissance de tous : « *Les lois ne pouvant obliger sans être connues*, nous nous sommes occupés de la forme de leur promulgation. Elles ne peuvent être notifiées à chaque individu. *On est forcé de se contenter d'une publicité relative*, qui, si elle ne peut produire à temps, dans chaque citoyen la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée »¹.

1. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801, Éditions Confluences, 2004, p. 26 (nous soulignons).

Intitulé « de la publication, des effets et de l'application des lois en général », le titre préliminaire du Code civil répond aux préoccupations de Portalis. Au-delà du droit civil, il énonce, en six articles, des règles qui forment le socle de l'ensemble du droit applicable en France.

Il s'ouvre par un article relatif à la publicité des lois qui met en œuvre l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Dans sa rédaction de 1804, cet article 1^{er} du Code civil disposait : « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Premier consul. Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation pourra en être connue. La promulgation faite par le Premier consul sera réputée connue dans le département où siègera le gouvernement un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation aura été faite et le chef-lieu de chaque département ».

Plusieurs fois modifié depuis 1804, l'article 1^{er} du Code civil a constamment reposé sur la même inspiration. Avec l'institution du Journal officiel, la publication exigée est celle qu'il assure. La numérisation du Journal officiel, dont la version électronique est désormais instantanément accessible partout, a permis de faire disparaître la distinction entre Paris et les différents départements. Issu d'une ordonnance du 20 février 2004, le texte actuel est le suivant : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale. Les dispositions du présent article ne sont pas appli-

cables aux actes individuels ». Comme les lois, les ordonnances et les décrets, qu'ils soient réglementaires ou individuels, doivent être publiés au Journal officiel et entrent donc en vigueur dans les conditions définies par l'article 1^{er} du Code civil.

Les autres actes administratifs réglementaires, tels les arrêtés, ou de portée générale, comme les circulaires et directives doivent recevoir une publicité suffisante pour entrer en vigueur. La publication peut être assurée par le bulletin officiel d'un ministère. Elle peut aussi résulter d'un affichage, par exemple en mairie pour les arrêtés municipaux. De plus en plus souvent, elle est réalisée sur un site internet. Pour les mesures de caractère individuel, une notification est en général prévue. Elle est nécessaire pour faire courir le délai de recours.

La non-rétroactivité des lois, qui est aussi une traduction de l'exigence de connaître la loi applicable, est affirmée par l'article 2 du Code civil, qui n'a, lui, connu aucune modification depuis 1804 : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

En matière pénale² et, plus largement, à l'égard de toute mesure ayant le caractère d'une punition³, le principe de non-rétroactivité a valeur constitutionnelle. La seule exception est l'application immédiate de la loi pénale plus douce, dite rétroactivité *in mitius*, qui découle de l'exigence constitutionnelle de nécessité des peines. Cette dernière règle est également appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

En dehors du domaine répressif, la non-rétroactivité peut être prévue par la loi et seulement par la loi. La non-rétroactivité des actes administratifs est, en effet, un principe général du droit, que le pouvoir réglementaire ne peut en aucun cas méconnaître⁵. Quelle que soit la matière concernée, la portée rétroactive d'un texte ne peut donc résulter que de la loi. La possibilité pour le législateur de donner une portée rétroactive aux dispositions qu'il adopte est toutefois de plus en plus encadrée, pour des motifs de sécurité juridique, tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de

2. Cons. const., 22 juil. 1980, n° 80-119 DC.

3. Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

4. CEDH, 17 sept. 2009, n° 10249/03, *Scoppola c/ Italie*.

5. CE, Ass., 25 juin 1948, n° 94511, *Société du journal « L'Aurore »*.

l’homme. Pour le Conseil constitutionnel, la rétroactivité d’une mesure législative doit reposer sur un intérêt général suffisant et ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles⁶. Ainsi le législateur ne peut édicter des règles immédiatement applicables aux contrats en cours que pour un motif général suffisant et de manière proportionnée à l’objectif poursuivi⁷. De son côté la Cour européenne des droits de l’homme veille, en particulier, au nom des exigences du procès équitable, à ce qu’une loi de validation réponde à d’impérieux motifs d’intérêt général⁸ et ne vienne en aucun cas contredire la chose définitivement jugée. Cette approche est partagée par le Conseil constitutionnel⁹, le Conseil d’État¹⁰ et la Cour de cassation¹¹.

II. Nul n’est censé ignorer la loi : le défi de la complexité

De longue date, la tendance à l’excès de normes est une caractéristique de notre pays. « Nous avons en France, plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu’il n’en faudrait à régler tous les mondes d’Epicure » écrivait déjà Montaigne¹². Montesquieu souligne que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »¹³. Dans le discours préliminaire au Code civil, Portalis met en garde contre la tentation de lois exagérément précises : « L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d’établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître en chaque matière ». Et il rappelle que « les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ».

Force est de constater que ces sages réflexions n’ont pas endigué le flux normatif. Les indicateurs de suivi de l’activité normative, régulièrement publiés par le secrétariat général du gouvernement, sont éloquentes. En 2025 sont

en vigueur 96 361 articles législatifs et 263 490 articles de décrets réglementaires. Le flux annuel est élevé : 50 à 60 lois, sans compter celles qui autorisent la ratification des traités internationaux, autant d’ordonnances, 1 500 à 2 000 décrets réglementaires, 50 à 150 traités introduits dans l’ordre juridique interne. Le tableau suivant retrace l’impressionnant accroissement de volumes de certains codes entre 2004 et 2025.

Nombre d’articles par code	2004	2025
Action sociale et familles	661	3 607
Commerce	1 970	7 274
Consommation	647	2 171
Environnement	2 068	7 062
Travail	5 131	11 487
Santé	6 494	13 593
Urbanisme	1 452	2 422

Dès son rapport public de 1991, consacré à la sécurité juridique, le Conseil d’État alertait sur les dangers de l’inflation et de l’instabilité normatives. Il citait le doyen Carbonnier, qui écrivait que « l’inflation se grossit de l’enflure », et il mettait en garde : « quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête qu’une oreille distraite ». Ces avertissements ont été repris dans deux études ultérieures du Conseil d’État, intitulées en 2006 « sécurité juridique et complexité du droit » et en 2016 « simplification et qualité du droit ».

Une prise de conscience s’est ainsi affirmée. Un nombre de textes excessif, trop fréquemment modifiés, d’une qualité qui laisse souvent à désirer compromet l’efficacité de l’action publique et entrave le dynamisme des entreprises comme de l’ensemble des acteurs sociaux. Des parades juri-

6. Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC.
7. Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.
8. CEDH, 28 oct. 1999, nos 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski et autres c/ France*.
9. Cons. const., 19 avr. 2019, n° 2019-776 QPC.
10. CE, Ass., 27 mai 2005, n° 277975, *Mme Provin* et CE, Sect., 8 avr. 2009, n° 290604, *Association Alcaly*.
11. Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, *SCI Le Bas Noyer c/ Castorama*.
12. Montaigne, *Essais*, Cinquième édition augmentée d’un troisième livre et de six cens additions aux deux premiers, chez Abel l’Angelier, 1588, p. 470.
13. Montesquieu, *Œuvres*, Nouvelle édition revue, corrigée & considérablement augmentée par l’auteur, chez Arkstée & Merkus, 1758, t. 2, p. 287.

diques et des remèdes plus institutionnels ont été recherchés. En dehors des résultats obtenus grâce au travail régulier de codification, les progrès demeurent toutefois d'une portée limitée.

Sur le plan juridique, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont témoigné, par leurs jurisprudences, du souci d'améliorer la qualité normative.

Le Conseil constitutionnel a consacré un objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹⁴ puis reconnu un principe de clarté de la loi¹⁵. S'appuyant sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, selon laquelle « la loi est l'expression de la volonté générale », il affirme que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » et qu'il incombe au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». En application de ces principes, il a censuré un dispositif de plafonnement d'avantages fiscaux prévu de la loi de finances pour 2006, en relevant son « caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel »¹⁶. De manière générale, il juge en matière fiscale que l'exigence constitutionnelle de consentement à l'impôt, l'égalité devant la loi et la garantie des droits « ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ». On retrouve en arrière-plan de ces décisions l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ».

De son côté, le Conseil d'État a consacré la sécurité juridique comme principe général du droit¹⁷. Il en a déduit l'obligation pour le pouvoir

réglementaire d'assortir certains changements de réglementation de mesures transitoires ou d'un différé d'application. Des décrets difficilement compréhensibles ont par ailleurs été annulés comme contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹⁸. La reconnaissance et l'encadrement de dispositifs de droit souple visent enfin à encourager, lorsque cela est approprié, le recours à des instruments dénués de caractère impératif mais de nature à influencer sur les comportements des différents acteurs¹⁹.

Sur un plan davantage institutionnel, le Conseil national d'évaluation des normes a été institué par la loi du 17 octobre 2013. Il a pour mission de donner un avis sur les normes qui ont un impact sur les collectivités territoriales, afin de lutter contre leur accroissement et de contribuer à la simplification du droit. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ouvert la possibilité de recueillir un avis du Conseil d'État sur les propositions de lois et rendu obligatoire la réalisation d'une étude d'impact avant la présentation d'un projet de loi, à l'exception des lois constitutionnelles, des lois de finances et des lois de financement de sécurité sociale, des lois de programmation pluriannuelle, des lois prorogeant les états de crise et des lois autorisant la ratification des traités internationaux. Faire de la rédaction d'une étude d'impact une obligation constitutionnelle est louable. En pratique cependant, l'exercice est souvent mené alors que le texte est déjà prêt, dans le but de le justifier, sans qu'une véritable interrogation sur sa nécessité ait été soulevée en amont. Les propositions de lois et les ordonnances ne sont en outre pas concernées, alors qu'elles portent aujourd'hui une part importante des nouvelles dispositions législatives. Des lois de simplification sont enfin régulièrement adoptées et le Sénat a créé un bureau d'abrogation des lois anciennes et inutiles, dit bureau BALAI. Ses travaux ont conduit à l'abrogation par la loi du 11 décembre 2019 de 44 lois adoptées entre 1819 et 1940 puis par la loi du

14. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

15. Cons. const., 29 juil. 2004, n° 2004-500 DC.

16. Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

17. CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG et autres*.

18. CE, 29 oct. 2013, n° 360085, *Association Les amis de la rade et des calanques*; CE, 11 déc. 2015, n° 378622, *Polynésie française*.

19. CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et autres* et n° 390023, *Société NC Numericable*; CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

14 février 2022 de 115 lois adoptées entre 1941 et 1980.

Tous ces efforts renforcent l'exigence selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Leur portée demeure toutefois limitée et les progrès les plus tangibles viennent de la relance de la codification, sous l'égide de la Commission supérieure de codification, créée par un décret du 12 septembre 1989. Placée auprès du Premier ministre, qui la préside, la Commission a pour vice-président un président de section au Conseil d'État, en activité honoraire, qui anime ses travaux. Elle comprend un député, un sénateur, des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, deux professeurs des universités et des directeurs d'administration centrale. Un rapporteur général dirige une équipe de rapporteurs et coordonne l'ensemble des travaux.

La commission a pour mission d'arrêter un programme de codification, de définir les règles d'une bonne codification et d'examiner les projets de code. Obligatoire pour tout nouveau code, son intervention est en pratique systématique également pour la refonte d'un code existant. Elle publie un rapport annuel qui rend compte de son activité.

Avec une remarquable continuité, sous la vice-présidence de Guy Braibant durant seize ans, puis sous celle de Daniel Labetoulle, auquel j'ai eu l'honneur de succéder en 2022, durant seize ans également, la Commission supérieure de codification a redonné aux codes toute leur place dans notre édifice normatif.

Des codes anciens ont été complètement rénovés, comme le code de commerce, le code de la santé publique, le code du travail, le code rural et de la pêche maritime. De nouveaux codes ont été adoptés dans les domaines les plus variés. Nombre d'entre eux concernent l'organisation et l'action de l'administration : code général des collectivités territoriales, code général de la propriété des personnes publiques, code des relations entre le public et l'administration, code de la commande publique, code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, code de la sécurité intérieure, code général de la fonction publique. Le monde de la justice est aussi largement concerné par les nouveaux codes : code de justice administrative, code des juridictions financières, code de la justice pénale des mineurs, code pénitentiaire. D'autres codes sont venus

couvrir de vastes secteurs d'activité : code monétaire et financier, code de l'environnement, code du patrimoine, code de l'éducation, code des transports, code de l'énergie. 73 codes au total sont aujourd'hui en vigueur, qui regroupent en 2025 63 % des textes législatifs et 36 % des textes réglementaires applicables.

Sur le plan juridique, deux règles ont été d'emblée affirmées et constamment appliquées : la codification emporte l'abrogation des textes inscrits dans le nouveau code ; elle se fait à droit constant.

Avant 1989, la codification prenait souvent la forme d'un simple décret de codification, qui ne pouvait bien sûr abroger les textes législatifs codifiés. Il en résultait une forme de doublon normatif et, dans certains cas, si la codification avait été imparfaite, il fallait se référer au texte d'origine qui seul avait valeur juridique. Dès ses premiers pas, la Commission supérieure de codification a décidé que désormais le code se substituerait aux textes codifiés et qu'il abrogerait ceux-ci. La partie législative des codes doit en conséquence être adoptée par la loi ou par une ordonnance. Indépendamment de la conjoncture politique, le recours à l'ordonnance est devenu la pratique courante, en raison tant des charges de l'ordre du jour parlementaire que de la seconde règle directrice, selon laquelle la codification se fait à droit constant, ce qui n'incite pas à soumettre de nouveau à la délibération du parlement des textes qu'il a déjà approuvés.

Codifier n'est pas modifier. C'est pourquoi la codification s'écrit à droit constant, sans innover à cette occasion. Des marges n'en sont pas moins ouvertes. La codification s'opère dans le respect de la hiérarchie des normes : des lois inconstitutionnelles ou contraires au droit international ou au droit européen, des textes réglementaires illégaux ne peuvent pas être codifiés. La codification conduit aussi à distribuer correctement les dispositions selon qu'elles relèvent du domaine de la loi ou de celui du règlement. Des articles de loi qui empiètent sur le domaine réglementaire sont déclassés pour être codifiés en partie réglementaire et réciproquement des prescriptions réglementaires qui touchent au domaine législatif, et se trouvent donc entachées d'illégalité pour ce motif, peuvent être codifiées en partie législative. La codification est aussi l'occasion d'une mise en cohérence : des règles différentes qui s'appliquent à des situations compa-

rables, sans que rien ne justifie cette différence, peuvent être unifiées. Des dispositions obsolètes disparaissent aussi lors de la codification. En revanche, le codificateur ne touche pas au fond du droit. Il reviendra, le cas échéant, aux autorités compétentes de le faire. Leur intervention se trouvera facilitée par la codification. Mais elle relève d'une autre nature.

Les principes ainsi posés par la Commission supérieure de codification, ont été consacrés à la fois par le Conseil constitutionnel et par le législateur. Le Conseil constitutionnel a jugé que la codification « répond [...] à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »²⁰. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations (loi dite DCRA) a de son côté précisé à son article 3 que : « La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ». Ces dispositions – qui gagneraient à être elles-mêmes codifiées, sans doute dans le code des relations entre le public et l'administration – expriment la doctrine que la commission a progressivement dégagée et qui a servi de fondement aux progrès de la codification.

En dépit de l'importance du travail accompli depuis 1989, de nombreuses tâches attendent encore le codificateur.

Sans doute l'essentiel a-t-il été accompli, avec l'adoption de nombreux nouveaux codes, en matière de couverture du champ législatif et réglementaire. Le nombre de codes supplémentaires à imaginer est donc restreint. Demeurent toutefois aujourd'hui en dehors de la codification la communication audiovisuelle et le droit du numérique. Une réflexion est en conséquence à mener sur l'opportunité d'un code de la communication audiovisuelle et numérique, qui grouperait les textes sur la communication audiovisuelle et sur la régulation numérique. La refonte qui s'engage du code des postes et des communications électroniques pourrait être une première étape en ce sens. Sur un terrain plus

limité, un code de la copropriété pourrait également être envisagé.

En matière fiscale, les travaux relatifs au code des impositions sur les biens et services, entrepris en 2020, se poursuivent. Constituant la plus importante évolution de la codification dans le domaine des impôts depuis l'adoption en 1981 du livre des procédures fiscales, ils ont déjà débouché sur trois ordonnances, du 22 décembre 2021 puis du 26 juillet et du 20 décembre 2023. L'ordonnance relative à la taxe sur la valeur ajoutée est en préparation. Sont ainsi progressivement agencées dans ce nouveau code l'ensemble des règles relatives à la fiscalité indirecte. Allégé d'autant, le code général des impôts pourra ensuite être lui-même refondu.

Il est par ailleurs important de veiller à ce que le travail de codification soit intégralement exécuté et qu'en conséquence la partie réglementaire d'un code suive sans trop tarder la publication de la partie législative. À cet égard, le retard le plus préoccupant a été comblé avec la publication, par le décret du 27 décembre 2023, de la partie réglementaire du code de la recherche – dix-sept ans après l'adoption de la partie législative. À la suite de la publication de l'ordonnance du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique, la partie réglementaire, qui est d'un volume important, entre progressivement en vigueur. Des décrets du 6 novembre 2024 puis du 24 juillet 2025 ont ainsi été publiés qui adoptent les trois premiers livres de cette partie.

La commission a achevé en 2025 l'examen de deux codes qui font l'objet d'une révision d'ensemble. D'une part, la loi du 18 juillet 2023 a habilité le gouvernement à recodifier par ordonnance le code des douanes dans un délai de trois ans. Issu d'un décret de 1948, l'actuel code des douanes ne répond plus au cadre constitutionnel et conventionnel actuel et il a besoin d'une importante mise à jour au regard des normes de l'Union européenne. D'autre part, la loi du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation de la justice a habilité le gouvernement à réécrire la partie législative du code de procédure pénale dans un délai de deux ans. Même à droit constant, ce travail a nécessité une importante remise en ordre d'un code qui, au travers de

20. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC et Cons. const., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC.

réformes ponctuelles et répétées, avait beaucoup perdu en cohérence et en lisibilité. Le code de procédure pénale réécrit a été publié par l'ordonnance du 19 novembre 2025.

Ces deux derniers chantiers s'inscrivent dans une perspective plus large de maintenance des codes en vigueur. Après la période d'éclosion de nombreux nouveaux codes vient le temps du réexamen périodique des codes, rendu nécessaire par les évolutions des standards constitutionnels et conventionnels, par les modifications du droit de l'Union européenne, par le besoin de retrouver une cohérence que des retouches successives ont pu compromettre. Un code a besoin d'un entretien régulier et de temps à autre d'une révision d'ensemble. Portalis le constatait déjà dans le discours préliminaire du Code civil : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire, ne se reposent jamais; [...] et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, [...] produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau »²¹. À la

conquête par la codification de champs élargis, entreprise depuis 1989, succède la maintenance régulière des codes en vigueur.

Au-delà de l'adoption et de la refonte des différents codes, le travail de codification a diffusé dans l'administration une culture renouvelée d'attachement aux codes. Les différentes administrations ont progressivement intégré l'exigence de n'intervenir sur une matière codifiée qu'en modifiant le code et, en aucun cas, en élaborant un texte hors de celui-ci. Plus profondément encore, les services aspirent de plus en plus à disposer, dans leur champ de compétence, d'un code, perçu à la fois comme un élément d'identité et comme un instrument de bonne administration.

En dépit, dès le départ, d'ambitions élevées en matière de codification, nul n'imaginait en 1989 que le processus qui s'engageait porterait tant de fruits et qu'il se perpétuerait avec constance sur une si longue durée. Sans doute la codification ne remédie pas à elle seule à la prolifération ni à l'instabilité normatives. Mais elle améliore de manière sensible l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Elle est un appui précieux à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ».

21. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, op. cit., p. 17.

Dossier

Permanence des adages du droit

Fraus omnia corrumpit

Frédéric Dournaux

Professeur de droit privé

Université d'Orléans

« *Fraus omnia corrumpit* : adage de la plus haute volée qui sert parfois de visa unique à des arrêts de la Cour de cassation. Avec quelques autres (*Nemo auditur...*, *Jure naturae aequum est...*), il partage le rare privilège, vigile suprême, de garantir la loyauté des rapports juridiques »¹. Au cœur de cet adage, la fraude. Avant d'embrasser sa turbulente carrière juridique, *Fraus*² était une déesse³ : fille de *Nox*⁴ (Nuit) et d'*Erebos*⁵ (Ténèbres des Enfers), petite-fille de *Chaos*, elle est aussi la sœur de *Dolus*⁶ (Tromperie, Ruse) et de *Metus* (Crainte), deux autres divinités qui ont bien réussi également en tant que vices du consentement panthéonisés dans le Code civil. Issue d'une telle famille, *Fraus* ne pouvait échapper à son hérédité. « On la représentait avec une tête humaine d'une physionomie agréable, le corps tacheté de différentes couleurs, et le reste du corps en forme de serpent avec la queue d'un scorpion »⁷. Censée vivre dans le Cocyte, fleuve

des Enfers, elle « n'avait que la tête hors de l'eau, le reste du corps était toujours plongé dans le fleuve, pour montrer que les trompeurs offrent toujours de belles apparences et cachent avec soin le piège qu'ils tendent »⁸. L'étymologie rejoint l'allégorie. *Fraus*, en latin, désignait originellement le *dommage*, le *tort fait à quelqu'un*, la *perte résultant d'une tromperie*⁹ puis son sens s'est resserré sur l'idée de tromperie que le terme actuel de *fraude* a recueilli pour désigner « un acte de mauvaise foi et de tromperie »¹⁰, l'« action de tromper, d'abuser autrui en contrevenant aux règlements, d'employer la ruse pour le mystifier »¹¹. Presque tous les textes qui évoquent la fraude se réfèrent à cette acception très vague pour désigner des violations de la loi par des actes de mauvaise foi, des falsifications ou des dissimulations¹².

Tout autre est la fraude au sens de l'adage *fraus omnia corrumpit*. *Lato sensu* elle désigne

1. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 148.

2. *Fraus* est l'équivalent romain de la divinité grecque *Apaté* (Ἀπάτη).

3. Cicéron, *De natura deorum*, III, 44; V. déjà Hésiode, *Théogonie*, § 224.

4. Du grec *Nyx* (Νύξ).

5. Du grec *Erebos* (Ἔρεβος).

6. Du grec *Dolos* (Δόλος).

7. P. Commelin, *Nouvelle mythologie grecque et romaine*, Garnier, 1907, p. 427 et s.

8. *Ibid.*

9. A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, 4^e éd., par J. André, Klincksieck, 2001, v° « *Fraus* ». Ce sens initial de *dommage* a subsisté dans plusieurs textes juridiques : v. par ex. Ulpien, *Dig.* 38, 5, 1, 15.

10. *Dictionnaire de la langue française Littré*, v° « *Fraude* ».

11. *Trésor de la langue française*, t. VIII, éd. CNRS, v° « *Fraude* ».

12. V. par ex. C. conso., art. L. 441-1 et s.; CPI, art. L. 511-10, L. 712-6; CGI, art. 1741; C. pén., art. 315-1, 323-1; C. ass., art. L. 172-6, L. 172-8; CSS, art. L. 114-9 – V. ég. les intitulés de lois récentes : Loi n° 2025-594 du 30 juin 2025 contre toutes les fraudes aux aides publiques; Loi n° 2022-1587 du 19 déc. 2022 visant à lutter contre la fraude au compte personnel de formation; Ordonnance n° 2019-963 du 18 sept. 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal; Loi n° 2018-898 du 23 oct. 2018 relative à la lutte contre la fraude...

un « agissement illicite par emploi de moyens réguliers »¹³. Plus précisément « Il y a fraude, écrit J. Vidal, chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »¹⁴. Pour H. Desbois, « La fraude à la loi, quelle que soit la forme qu'elle revête, se ramène toujours à l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et interdictions de la loi »¹⁵. Ou encore, pour A. Ligéropoulo, la fraude s'entend « des procédés licites en soi, des combinaisons juridiques parfois ingénieuses, qui dans l'état actuel de la législation positive ont toute l'apparence de la régularité, et qui, pourtant, permettent d'arriver à faire ce que la loi défend, ou à ne pas faire ce que la loi ordonne »¹⁶. Ces définitions soulignent toutes l'essence de la fraude : aller *par* le droit *contre* le droit. Le propre de la fraude est de défier le droit sur son terrain, d'en exploiter les règles, d'en subvertir la logique, d'en détourner impunément l'autorité. Elle ne prospère que par des moyens licites par lesquels l'ordre juridique produit et valide un résultat qu'il ne permet pas normalement d'atteindre. Toute la difficulté posée par la notion de fraude réside dans ce caractère *endogène* au droit, lequel est tout à la fois l'instrument, la victime et le sanctuaire de la fraude. Mais si ces définitions décrivent la nature de la fraude visée par l'adage *fraus omnia corrumpit*, elles ne renseignent pas sur les critères permettant de l'identifier.

La sanction de la fraude est de longue date plus assurée que sa notion. Il y a déjà un siècle, Josserand relevait que : « La fraude appartient à la famille assez nombreuse de ces notions dont la réalité et l'importance sont reconnues par tous mais dont la signification et la portée sont demeurées dans la pénombre, sans d'ailleurs qu'on ait tenté beaucoup d'efforts pour l'en faire

sortir. Il est entendu que la fraude est la négation même du droit, qu'elle fait échec à toutes les règles juridiques, même les plus nécessaires ; "*fraus omnia corrumpit*" ; mais lorsqu'on veut fixer les traits de cette corruptrice contre les méfaits de laquelle s'élève la sagesse des nations, on se trouve dans l'embarras, et l'évidence fait place au doute [...]. C'est au juriste qu'il appartient d'apporter, dans la terminologie, une précision dont la morale peut se passer, mais non pas le droit ; c'est à lui qu'il échoit de dégager les lignes figuratives, les traits distinctifs de cette entité dont chacun parle et que nul ne connaît : la fraude au point de vue juridique »¹⁷. Ce tableau persiste en partie. Si l'adage jouit d'une notoriété éclatante, la notion demeure mal comprise ; elle est même parfois convoquée à tort, y compris en doctrine. La raison ? Historiquement, la théorie générale de la fraude s'est construite autour de l'idée consensuelle que *la fraude fait exception à toutes les règles*. L'adage ne dit d'ailleurs rien d'autre et se borne à fonder le principe d'une sanction systématique. Il est même moins explicite encore puisqu'il s'en tient à une imprécision morale – la fraude est une corruption, une souillure contagieuse – dont il se déduit qu'elle ne saurait être admise. Autrement dit au commencement était la sanction, réflexe d'autodéfense de l'ordre juridique face à son auto-intoxication, ultime « moyen de garder le contrôle de l'application des normes juridiques en permettant d'y déroger au nom de la sauvegarde du droit tout entier »¹⁸. Ce n'est qu'une fois *fraus omnia corrumpit* solidement érigé en principe par les tribunaux que l'identification plus précise de l'objet de sa sanction a suscité l'intérêt de la doctrine et le besoin de mieux séparer le bon grain de l'ivraie de la fraude¹⁹.

Le régime avant la notion, une fois n'est pas coutume, suivons cette approche. La théorie générale de la fraude se cristallise autour des trois mots de l'adage qui en désignent la *fonc-*

13. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007, v^o « Fraude ».

14. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe "fraus omnia corrumpit"*, Dalloz, 1957, préf. G. Marty, p. 208.

15. H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Dalloz, 1927, n^o 1.

16. A. Ligéropoulo, *Le problème de la fraude à la loi*, th. Aix, 1928, n^o 13.

17. L. Josserand, *Essais de téléologie juridique*, t. 2, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, reprint 2006, n^o 171.

18. J. Ghestin, H. Barbier, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 2, 5^e éd., LGDJ, 2020, n^o 699.

19. Sur cette distinction, v. F. Dournaux, *La notion de fraude en droit privé français*, th. Paris 1, 2008.

tion : sanctionner la corruption de la fraude (« ... omnia corrumpit ») (I) et l'objet : saisir les traits distinctifs de la corruptrice (« *Fraus...* ») (II).

I. Sanctionner la corruption (« ... omnia corrumpit »)

Le principe a fait éclore l'adage (A) et l'adage a fait la fortune du principe (B).

A. Le principe avant l'adage

Rome. Les Romains ont inventé la fraude au sens de l'adage²⁰ mais n'ont pas inventé l'adage. La *fraus* s'entend de la « désobéissance à la loi fondée sur la loi elle-même »²¹ et s'inscrit dans la même veine morale que la célèbre formule de Cicéron : « *Summum jus, summa injuria* »²². Les exemples abondent de fraudes plus ou moins subtiles : un individu se marie la veille d'une élection réservée aux hommes mariés et divorce le lendemain²³ ; un vieux patricien, désireux de devenir tribun de la plèbe, se fait adopter par un jeune plébéien qui l'émancipe immédiatement²⁴ ; un fils de famille, pour tourner l'interdiction légale du prêt d'argent dont il est frappé, se voit prêter une chose de genre qu'il revend immédiatement, à charge pour lui d'en restituer la valeur²⁵. S'y ajoutent d'innombrables fraudes aux droits des tiers, créanciers ou patrons.

La *fraus legis* était une notion suffisamment établie à la fin du droit romain pour que le *Digeste*, dès ses premières pages consacrées aux « coutumes observées de longue date », en retienne deux définitions fondées sur la distinction de la lettre et de l'esprit. Pour Paul, « *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in*

fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit » (« Viole la loi celui qui fait ce que la loi défend, fraude la loi celui qui circonviert son esprit tout en respectant sa lettre »)²⁶. Pour Ulpien, « *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri nolit, fieri autem non vetuit, id fit : et quod distat ρητον απο διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit* » (« Il y a fraude à la loi toutes les fois que l'on fait ce qu'elle n'a pas voulu qu'on fasse, bien qu'elle ne l'ait pas défendu ; et ce qui différencie la fraude de la violation de la loi est ce qui sépare la lettre de l'esprit »)²⁷. Le grand mérite du droit romain est d'avoir identifié la fraude à la loi comme une notion autonome, distincte de la violation de la loi. Il n'est pas parvenu, en revanche, à dégager un principe général de sanction. Si certaines fraudes étaient combattues par un texte spécial et d'autres par l'interprétation de l'esprit de la règle, la sanction n'avait rien de systématique comme l'a fait remarquer Ulpien : « une chose est la fraude, une autre est la peine de la fraude. En effet, la fraude peut rester impunie »²⁸.

L'Ancien droit. Passons plusieurs siècles pour retrouver la fraude dans l'Ancien droit français. Les recueils de jurisprudence et les auteurs détaillent nombre de fraudes : à l'interdiction du prêt à intérêts ; au droit de retrait lignager ; aux droits seigneuriaux ; au statut personnel (état, capacité, régimes matrimoniaux...) ; à l'application territoriale des coutumes (du type de celles actuelles de droit international privé²⁹). Très tôt le droit coutumier semble avoir posé un principe général de sanction. Beaumanoir énonçait déjà que toutes fraudes doivent être détruites³⁰ et Cujas, au XVI^e siècle, emploie une formule qui

20. V. G. Rotondi, *Gli atti in frode alla lege nella dottrina romana*, Turin, 1911 ; J. Bréjon de Lavergnée, *Fraus legis*, in *Trav. Jur. et écon. de l'Univ. de Rennes*, t. 17, 1941 et t. 18, 1954, et *Quelques cas de fraude à la loi dans l'œuvre de Tite-Live*, *Nouv. Rev. d'hist. du dr.*, 1949, p. 501 et s.

21. J. Bréjon, *op. cit.*, t. 17, p. 19.

22. « Droit porté à l'extrême, extrême injuste », Cicéron, *De officiis*, liv. I, X, 33. Adde H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 423 – Même sens : Tércene, *Heauton timoroumenos*, IV, V, 48 : « *Ius summum saepe summa est malitia* » ; Sénèque le Père, *Excerpta Controversiarum*, 6, 3 : « *Semper circumscriptio per jus ad injuriam pervenit* ».

23. Suétone, *De vita Caesarum*, Tib. 35, 4.

24. Cicéron, *De domo*, XIII, 34-37. Pour un cas similaire, v. Tacite, *Annales*, XV, 19.

25. Fraude au Sénatus-Consulte Macédonien abondamment commentée dans le *Digeste* : 14, 6, spéc. Ulpien, *Dig.* 14, 6, 7, 3.

26. Paul, *lib. sing. ad legem Cinciam*, *Dig.* 1, 3, 29.

27. Ulpien, *lib. 4 ad Edictum*, *Dig.* 1, 3, 30.

28. *Dig.*, 50, 16, 131.

29. L. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, Paris, 1766, v. not. t. 1, p. 596 (formes testamentaires), t. 2, p. 6 et p. 55 (tutelle), p. 111 (régime matrimonial) et p. 184 (successions).

30. Nombreuses références sous les termes de *fraude*, *barat*, *concèlement*, *conchiement*... in *Coutumes de Beauvaisis*, éd. A. Picard, 1889-1900.

préfigure notre adage moderne : « *Fraus semper excepta videtur* »³¹.

La notion de fraude évolue pour devenir plus subjective sous l'influence de la redécouverte par les Glossateurs d'un passage de Papinien au *Digeste* qui distingue l'*eventum* (« l'événement ») et le *consilium* (« le conseil »)³², c'est-à-dire le résultat de la fraude et l'intention du fraudeur. Jusqu'à la fin de l'Ancien droit, ce texte, vraisemblablement interpolé et limité à la fraude aux droits des créanciers³³, a été largement cité en doctrine sans autre justification. Passée dans le droit moderne, cette approche gauchit encore de nos jours l'appréhension de la fraude. Pothier, toutefois, se dispense bien d'évoquer l'intention lorsqu'il ébauche une distinction de la fraude et de l'habileté. S'interrogeant sur la manœuvre fréquente consistant à changer de domicile pour se soustraire à l'autorité d'une coutume, il concentre l'analyse sur la permanence de la situation réelle au regard de « l'empire » de la règle concernée³⁴ : « Une personne agit en fraude de la loi lorsque, demeurant sous l'empire de la loi, elle fait, par des voies obliques, quelque chose que la loi défend, quelque chose qui, sans paraître contraire aux termes de la loi, est opposé à l'esprit de la loi : *In fraudem legis facit qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*. Mais ce n'est rien faire en fraude de la loi, que de se soustraire, par une voie licite, à l'empire d'une loi positive et locale »³⁵.

B. Le principe consacré par l'adage

La naissance de l'adage. À la fin de l'Ancien droit, seul le principe de sanction est certain mais il n'y a encore aucune théorie de la fraude³⁶. Dans cette continuité, la fraude est largement absente du Code civil, du moins en tant que principe général car plusieurs articles sont inspirés par la volonté de prévenir la fraude³⁷, d'autres en réservent l'hypothèse à l'occasion de certains actes³⁸, d'autres encore prévoient la nullité d'actes irréfragablement présumés frauduleux³⁹. Deux textes ont toutefois une portée générale : l'article 1353 relatif aux présomptions qui dispose que la fraude peut être prouvée par tous moyens ; et surtout l'article 1167 qui ressuscite l'action paulienne. Pour le reste, la fraude, pensée comme une question d'espèce, ne relève que de la pesée du juge. Et de fait, ce n'est ni le Code ni la doctrine qui vont précipiter la fraude en adage mais bien le Palais. La doctrine, elle, n'a alors d'yeux que pour l'action paulienne⁴⁰, fascination qui ne sera pas sans incidence lorsqu'il s'agira de conceptualiser la fraude, en induisant le genre de l'espèce et, par conséquent, l'intention de frauder la loi de celle de frauder ses créanciers. En revanche, la référence à la fraude à la loi progresse en jurisprudence. La Cour de cassation l'évoque dès 1810⁴¹, tourne autour (sous l'angle de la preuve⁴², de la cause illicite⁴³...), jusqu'à ce qu'il soit énoncé dans plusieurs arrêts que la fraude fait exception à toutes les règles⁴⁴.

31. *Notae in Codicem Justiniani ad librum II*, tit. IV, 1, 29.

32. Papinien, « *Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur* », 32 *Quaest., Dig.* 50.17.79.

33. G. Rotondi, *op. cit.*, p. 143 et s.

34. Nous y reviendrons *infra* sous le terme de « présupposition ».

35. *Traité des donations entre mari et femme*, chap. prélim., art. 2, in *Œuvres complètes*, t. 9, Videcoq, 1821, p. 307.

36. De manière significative, l'entrée « Fraude » de l'*Encyclopédie* (1751) a été rédigée par Diderot et non par Boucher d'Argis en charge des articles juridiques.

37. C. civ., art. 931.

38. C. civ., art. 854, 889, 1673, 1856.

39. Sur le principe : C. civ., art. 1350, 1°. V. not. C. civ., art. 907 et 909 (présomption de suggestion ou de captation) ; C. civ., art. 1595 (présomption de fraude au principe de révocabilité des donations en cas de vente entre époux), C. civ., art. 2078 (présomption d'usure en cas de pacte commissoire).

40. À laquelle ont été consacrés des centaines de monographies et d'articles, des dizaines de thèses et des études exhaustives dans les manuels (v. par ex. les 125 pages qu'y consacre Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, A. Durand et L. Hachette, 1869, § 143 à 272).

41. Civ., 26 mars 1810, S. 1809-1811, 1, 167 ; même solution Civ., 3 févr. 1813, S. 1812-1814, 1, 272.

42. Req., 30 nov. 1826, S. 1827. 1. 66 ; Limoges, 28 févr. 1839, S. 1839.2.375 ; Montpellier, 3 mars 1853, D. 1854, 2, 251.

43. Ch. réun., 7 mai 1836, S. 1836. 1. 574, note L.-M. Devilleneuve.

44. V. en ce sens Req. 16 déc. 1845, S. 1846, 1, 100, note L.-M. Devilleneuve ; 14 juin 1847, D. 1847, 1, 332 ; Civ., 26 mars 1855, D. 1855, 1, p. 326 ; Req., 14 mars 1859, S. 1859, 1, 833, D. 1859, 1, 500 ; Req., 27 nov. 1893, S. 1894.1.385, note Ch. Lyon-Caen.

Quid de notre adage *fraus omnia corrumpit* ? Il n'est pas encore employé mais il existe désormais, sans doute forgé autour des années 1840. En 1828, l'auteur d'un volumineux traité sur la fraude en trois volumes l'ignore encore⁴⁵. Sa première mention, à notre connaissance, date de 1850 dans le manuel de Marcadé⁴⁶; on le trouve ensuite dans une note de Désiré Dalloz de 1855⁴⁷. L'adage est cité sans précision, ce qui laisse à penser qu'il devait déjà circuler au Palais dont les deux auteurs, avocats à la Cour de cassation, étaient familiers. Il s'agit probablement d'un assemblage dus à des praticiens pétris de culture classique : la base est de Cujas (« *Fraus semper excepta uidetur* »⁴⁸), l'idée de corruption de Pline l'Ancien (« *Fraus hominum cuncta perniciem corrumpet* »⁴⁹) et la généralisation pourrait avoir été empruntée à un passage de Paul au *Digeste* (« *in omnibus fraus punitur* »⁵⁰). En fin de compte, quoi de plus naturel pour l'adage exprimant la fraude que de tromper sur sa prétendue origine romaine ? Grâce à cette patine latine d'apparence immémoriale et à sa brièveté sentencieuse, l'adage va œuvrer comme un slo-

gan publicitaire⁵¹, jusqu'à désigner le principe lui-même.

L'identification contemporaine du principe à l'adage. Si l'emblématique arrêt *Princesse de Bauffremont*⁵² ne se réfère pas encore à l'adage, son mérite est de consacrer avec éclat, fût-ce de manière surabondante, le principe de fraude. La pleine identification de ce dernier à *Fraus omnia corrumpit* en jurisprudence a été plus tardive. Hormis une mention précoce par une cour d'appel en 1885⁵³, son emploi normatif par la Cour de cassation n'apparaît timidement que dans un arrêt de rejet en 1954⁵⁴. Mais quelle faveur depuis lors ! La pratique naissante du recours à un visa de principe a prospéré⁵⁵ et l'adage s'est imposé comme l'un des plus fréquemment retenus⁵⁶, sous sa forme latine puis dans sa traduction française, les deux formulations pouvant coexister au sein des arrêts d'une même chambre⁵⁷. L'adage peut à lui seul justifier la cassation, tant pour reprocher aux juges du fond de ne pas avoir retenu la fraude⁵⁸ que pour l'avoir fait à tort⁵⁹. Mais il est le plus souvent flanqué

45. Contrairement à ce que suggèrent les titres, il s'agit d'ouvrages pratiques dont le mérite essentiel est de recenser des cas de fraudes en diverses matières : M. Chardon, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, Comynet, 1828, 3 vol. ; J. Bédarride, *Traité du dol et de la fraude*, Meline, 1854.

46. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français ou explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 4^e éd. (1^{re} éd. de ce tome), Paris, 1850, Libr. de jurispr. de Cotillon, p. 410.

47. D. 1855, 1, p. 326, note D. Dalloz sous Civ., 26 mars 1855.

48. « La fraude toujours paraît faire exception » – Cujas, *Notae in Codicem Justiniani ad librum II*, tit. IV, 1, 29.

49. « La fraude des hommes corrompt toutes choses » – Pline l'Ancien, *Naturalis Historia*, liv. XI, 36.

50. « En toutes choses, la fraude doit être punie », Paul, 5 sent., *Dig.* 49.14.45pr.

51. Sur le rôle de l'adage « vecteur du développement du principe » et « l'effet Thémis » pouvant en résulter, v. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriaux, n° 273.

52. Civ., 18 mars 1878, D.P. 1878. 1. 201 ; S. 1878.1.193, note J.-E. Labbé ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 6.

53. CA Dijon, 24 juillet 1885, D.P. 1886. 2. 217.

54. Civ., 7 janv. 1954, *Bull. civ.*, 1954. 2. 1.

55. P. Morvan, *op. cit.*, n° 72 s.

56. Com., 6 juill. 1981, n° 79-14711 ; Civ. 1^{re}, 14 févr. 1990, n° 88-17815 ; Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 88-17991 ; Civ. 1^{re}, 4 févr. 1992, n° 90-15760 ; Civ. 1^{re}, 17 mars 1992, n° 90-16606 ; Civ. 1^{re}, 3 oct. 1995, n° 93-11054 ; Com., 21 janv. 1997, n° 94-19016 ; Soc., 15 juill. 1998, n° 96-40878 ; Com., 25 avr. 2006, n° 02-10405 ; Soc., 15 mars 2006, n° 04-44728 ; Com., 25 avr. 2006, n° 04-15641 ; Civ. 3^e, 19 févr. 2008, n° 04-17231 ; Com., 1^{er} juill. 2008, n° 07-12327 ; Civ. 3^e, 21 janv. 2009, n° 07-19916 ; Soc., 20 mai 2009, n° 08-42147 ; Civ. 3^e, 8 avr. 2010, n° 08-70338 ; Com., 6 nov. 2012, n° 11-21334 ; Com., 20 nov. 2012, n° 11-14784 ; Com., 26 févr. 2013, n° 12-13721 ; Civ. 2^e, 20 juin 2013, n° 12-17960 ; Com., 9 févr. 2016, n° 14-16736 ; Com., 30 mars 2016, n° 14-16934 ; Com., 4 oct. 2016, n° 14-22245 ; Civ. 3^e, 1^{er} déc. 2016, n° 15-26384 ; Com., 11 janv. 2017, n° 15-15750 ; Com., 15 mars 2017, n° 15-20440 ; Civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 15-26507 ; Civ. 1^{re}, 11 mai 2017, n° 16-12844 ; Civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° 17-31058 ; Civ. 3^e, 23 sept. 2021, n° 20-10812 ; Com., 25 mai 2022, n° 19-24470 ; Soc., 6 juill. 2022, n° 21-16835 ; Com., 25 janv. 2023, n° 21-11145 ; Civ. 3^e, 11 janv. 2024, n° 21-24580 ; Com., 31 janv. 2024, n° 22-17562 ; Civ. 3^e, 30 mai 2024, n° 23-10184.

57. Civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 15-26507 (en latin) et Civ. 3^e, 11 janv. 2024, n° 21-24580 (en français) ; Com., 25 janv. 2023, n° 21-11145 (en latin) et Com., 31 janv. 2024, n° 22-17562 (en français).

58. V. par ex. : Com., 25 janv. 2023, n° 21-11145 ; Soc., 15 mars 2006, n° 04-44728 ; Civ. 1^{re}, 17 mars 1992, n° 90-16606.

59. V. par ex. : Com., 25 mai 2022, n° 19-24470 ; Com., 9 févr. 2016, n° 14-16736 ; Civ. 1^{re}, 3 oct. 1995, n° 93-11054.

d'un autre article, voire de plusieurs⁶⁰, dans une conjonction de visas signifiant que la règle de l'article doit être soit écartée pour avoir été indument appliquée⁶¹, soit restaurée dans son empire pour avoir été indument évincée⁶². Le même succès est perceptible auprès des juges du fond. L'adage, mentionné dans plus d'une centaine d'arrêts de cours d'appel chaque année, est devenu indispensable à la sauvegarde de la cohérence de l'ordonnancement et du raisonnement juridiques.

Une sanction téléologique indéfinie. *Fraus omnia corrumpit* fonde le principe d'une sanction de la fraude mais n'en postule aucune spécifiquement⁶³. La sanction n'est commandée que par la finalité de neutraliser le seul résultat atteint, dans sa stricte mesure. Partant, toute sanction proportionnée et apte à parvenir à cet objectif est légitime. L'inopposabilité peut y suffire en privant le fraudeur de l'effet frauduleux sans remettre en cause la situation juridique qu'il a créée⁶⁴. Mais la nullité n'est pas moins fréquente, notamment lorsque l'anéantissement de l'acte est le seul moyen d'éradiquer avec lui le résultat atteint⁶⁵. Nullité et inopposabilité peuvent d'ailleurs être employées conjointement s'il est nécessaire de s'adapter à une pluralité d'actes⁶⁶. À ces sanctions classiques à large spectre s'ajoute l'infinie variété de celles *ad hoc* requises pour épouser les contours d'une fraude

particulière : la suspension d'un délai de prescription⁶⁷, la privation de l'effet légal d'une situation juridique⁶⁸ ou du droit d'invoquer la nullité d'un engagement de caution⁶⁹, la rétractation d'une sentence arbitrale⁷⁰, la réduction d'une libéralité en fraude des droits des réservataires⁷¹, le droit d'opposer des exceptions à l'appel d'une garantie à première demande⁷², le transfert de la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction à une autre personne⁷³, ou même... l'absence de sanction à titre de sanction, pour laisser le fraudeur prisonnier de sa fraude s'il s'avère qu'elle a tourné en sa défaveur⁷⁴. Quant à l'attribution de dommages-intérêts, on ne saurait par son objet y voir une sanction de la fraude en soi et elle doit être écartée chaque fois que la suppression de l'effet frauduleux est possible⁷⁵. La responsabilité n'est cependant pas toujours à exclure, soit à titre complémentaire lorsque la neutralisation de la fraude laisse perdurer un préjudice, soit exceptionnellement à titre principal lorsqu'aucune autre sanction n'est praticable et qu'il ne reste que le pis-aller de frapper la fraude dans sa dimension de délit civil⁷⁶.

II. Saisir les traits de la corruptrice (« *Fraus...* »)

Si l'adage est célèbre, la notion de fraude est méconnue. Quelle est exactement la *fraus* que

60. V. par ex. Com., 21 janv. 1997, n° 94-19016 : la fraude justifie d'écarter le jeu de l'article 44 de la loi du 24 juill. 1966 et de rétablir l'application de son article 45.

61. Civ. 3^e, 30 mai 2024, n° 23-10184 ; Civ. 3^e, 23 sept. 2021, n° 20-10812 ; Civ. 3^e, 8 avr. 2010, n° 08-70338.

62. Civ. 3^e, 11 janv. 2024, n° 21-24580 ; Com., 15 mars 2017, n° 15-20440 ; Com., 30 mars 2016, n° 14-16934 ; Com., 26 févr. 2013, n° 12-13721.

63. *Contra* J. Vidal (*op. cit.*, p. 391 et s.) qui estime que l'action de fraude est une action en inopposabilité.

64. V. par ex. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 88-17991 ; Civ. 1^{re}, 4 févr. 1992, n° 90-15760 ; Civ. 3^e, 14 févr. 1996, n° 93-21558.

65. V. par ex. Civ. 3^e, 21 sept. 2022, n° 21-12802 ; Civ. 3^e, 12 avr. 2018, n° 17-13856 ; Com., 15 mars 2017, n° 15-20440 ; Civ. 3^e, 5 mars 2008, n° 06-20831 ; Civ. 3^e, 4 mai 2000, n° 98-14014 ; Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 92-21750 ; Civ. 1^{re}, 14 févr. 1990, n° 88-14934.

66. Com., 27 juin 1989, *Barilla*, n° 88-17654, *Bull. civ.*, IV, n° 209, *RD banc. fin.* 1989, p. 176, obs. A. Viandier et M. Jeantin ; *RTD civ.* 1989, p. 530, obs. J. Mestre. CA Grenoble, 3 juin 1988, *JCP* 1989, II, 21238, note B. Oppetit.

67. Civ. 3^e, 30 mai 2024, n° 23-10184 ; Civ. 3^e, 23 sept. 2021, n° 20-10812 ; Soc., 22 juin 2016, n° 15-16994.

68. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, n° 80-11498, *RTD civ.* 1983, p. 198, obs. R. Perrot et p. 334, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

69. Com., 25 janv. 2023, n° 21-11145 ; Com., 5 mai 2021, n° 19-21.468, *D.* 2021, p. 1418, note. F. Dournaux.

70. Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *Fougerolle*, n° 90-18210, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 700, note B. Oppetit ; *JDI* 1992, p. 974, note E. Loquin.

71. Civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Caron*, n° 82-15033, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note Y. Lequette.

72. Com., 10 juin 1986, n° 84-17769 ; Com., 11 déc. 1985, n° 83-14457.

73. Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, *D.* 2021, p. 161, avis R. Salomon, ; p. 167, note G. Beaussonie ; p. 477, note F. Dournaux.

74. Sur cette rencontre de *fraus omnia corrumpit* et de l'esprit de *nemo auditur...* V. par ex. : Civ. 1^{re}, 19 nov. 1991, n° 90-16950, *LPA* n° 91 du 29 juill. 1992, p. 37, note J. Massip ; Com., 6 nov. 1990, n° 88-15927 ; Crim., 11 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 106, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 19 janv. 1983, n° 81-16159, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 492, note P. Mayer.

75. Com., 22 févr. 2005, n° 02-10405.

76. V. par ex. Soc., 20 mai 1998, n° 95-45486 ; Com., 21 sept. 2004, n° 01-00.866.

flétrit l'adage ? Et, à cet égard, d'où vient sa corruption ontologique : de l'intention déviante de son auteur (A) ou du résultat illégitime qu'elle permet d'atteindre (B) ?

A. Saisir une intention corruptrice ?

Analyses doctrinales de la notion de fraude.

Lorsque la doctrine s'est intéressée à la notion de fraude, il y a près d'un siècle, son premier mouvement fut d'en nier l'autonomie pour la réduire soit à une hypothèse de cause illicite⁷⁷, soit à une forme de violation de la loi⁷⁸.

Il est vrai qu'il existe un point de tangence entre la fraude et la cause illicite si l'on considère le mobile frauduleux comme une variété de mobile illicite. La fongibilité de ces intentions a pu permettre de sanctionner la fraude sur ce fondement⁷⁹. Mais ce n'est là qu'un mode de sanction occasionnel qui suppose que la fraude repose sur un acte juridique dont elle a été le motif déterminant et dont la nullité permette de neutraliser le résultat atteint. Et surtout – aporie subjective dirimante que l'on retrouvera plus loin – pour dire illicite un mobile parce que frauduleux, encore faut-il avoir préalablement qualifié de fraude la finalité qu'il poursuit...

La dissolution de la fraude dans la violation de la loi n'est pas davantage pertinente. Il serait toujours possible d'élargir suffisamment le champ d'application d'une règle fraudée par une interprétation extensive pour réduire l'acte fait en fraude à la loi à un acte contraire à la loi. S'il a le mérite d'être purement objectif, cet acharnement herméneutique, même à supposer qu'il soit justifié d'y recourir, est voué à l'échec en ce qu'il se méprend sur le mécanisme de fraude et excède les ressources limitées de l'interprétation. La fraude n'est pas à la frontière de la règle élu-

dée, de sorte qu'il suffirait de déplacer les bornes de son empire pour y faire tomber mécaniquement la situation frauduleuse. Sauf à la marge, le domaine d'une règle n'est pas à géométrie variable et la loi n'est pas légitime à quitter son lit naturel pour essayer de rattraper la fraude. C'est au contraire la situation frauduleuse qu'il faut replacer dans les limites de la loi en démontrant en quoi cette dernière a substantiellement conservé son titre à la régir.

La doctrine dominante, qui reconnaît l'autonomie de la fraude, a quant à elle été synthétisée par José Vidal en ces termes : « La fraude peut être dirigée contre toutes les règles obligatoires. Elle suppose toujours une règle de conduite impérative à laquelle le sujet passif désire se soustraire par l'emploi, à cette intention, de moyens détournés, par la ruse. La fraude suppose en définitive la réunion de trois éléments : une règle obligatoire éludée, l'intention frauduleuse, un moyen efficace »⁸⁰. L'intention frauduleuse est l'élément caractéristique de son analyse : « Toutes les fraudes supposent la volonté de se soustraire à une règle obligatoire »⁸¹; « [...] qu'elle se concrétise par l'emploi d'un moyen dans l'intention unique d'éluder la règle ou dans la volonté de frustrer ses créanciers de leurs droits, l'intention frauduleuse implique en tous les cas plus que la connaissance d'un résultat; elle exige la volonté délibérée de le produire »⁸².

La faveur jurisprudentielle pour l'intention frauduleuse. Bien avant que Vidal ne le théorise, la jurisprudence se référait au critère de l'intention frauduleuse⁸³. L'Ancien droit avait parfois pu l'évoquer, on l'a vu, et de nos jours encore, nombre de décisions y souscrivent⁸⁴, encore que son usage ne soit pas devenu systé-

77. V. not. H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Dalloz, 1927; L. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 190; comp. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 1253; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 743.

78. A. Ligéropoulos, *Le problème de la fraude à la loi*, th. Aix 1928, n° 13.

79. V. not. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-12.941, *RDC* 2013, p. 70, obs. Y.-M. Laithier; Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14359, *D.* 1999, somm. p. 110, obs. Ph. Delebecque; Civ. 3^e, 3 févr. 1998, n° 95-18.597; Com., 28 janv. 1992, n° 90-17389; Soc., 30 mars 1999, n° 97-42.061, *Bull. Joly S.*, 1999, p. 1107, note J.-Ph. Dom.

80. J. Vidal, *op. cit.*, p. 62.

81. J. Vidal, *op. cit.*, p. 131.

82. J. Vidal, *op. cit.*, p. 133.

83. Req., 16 déc. 1845, *D.* 1846. 1. 7; S. 1846. 1.100, note L.-M. Devilleneuve; Req., 28 mars 1854, *DP* 1854. 1. 201; Civ., 19 juill. 1875, *DP* 1876. 1. 5; S. 1876. 1. 289, note J.-E. Labbé; Com., 16 mai 1950, *D.* 1950, p. 467; Soc. 11 mars 1954, *JCP* 1954. II. 8251, note P. Ourliac et M. de Juglart.

84. V. par ex. Civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° 17-31058; Civ. 1^{re}, 11 mai 2017, n° 16-12.844; Soc., 9 mars 2011, n° 09-65.433; Soc., 24 mars 2010, n° 08-45.552; Com., 3 juin 2008, n° 07-11.697; Civ. 1^{re}, 4 févr. 1992, n° 90-15.760.

matique, la majorité des arrêts retenant la fraude ne se référant à aucun critère précis.

La raison de cette faveur tient à la qualité simplificatrice de ce « critère » qui déplace le lieu apparent de la qualification de la fraude de la matérialité de l'acte à l'intentionnalité de son auteur. Ce glissement subjectif permet de ne pas avoir à résoudre sur le seul terrain objectif le paradoxe qu'un acte puisse être tout à la fois conforme et contraire au droit. Le recours à un critère d'ordre psychologique apporte une dimension morale – pourtant absente du contrôle de violation de la loi – et une pseudo-explication au paradoxe précité : certes, l'acte est impeccable juridiquement mais il est infecté par le vice de l'intention dont il procède. Cette analyse est erronée.

Insuffisances théoriques et pratiques de l'analyse subjective de la fraude. Évacuons d'emblée les deux premiers critères qui n'en ont que le nom : que la fraude soit dirigée contre une règle obligatoire et qu'elle repose sur l'emploi d'un moyen efficace ne sont que deux conditions préalables pour ne pas exclure la possibilité d'une fraude ; elles ne permettent en rien de l'identifier positivement. Qui, sain d'esprit, irait frauder une règle qu'il n'a pas l'obligation de respecter ? Et si le moyen employé est inapte à produire un résultat frauduleux, où est la fraude ?

Toute l'analyse subjective repose donc sur la seule intention frauduleuse. Or, celle-ci n'explique ni *pourquoi* la fraude doit être sanctionnée, ni *comment* elle doit être identifiée.

Pourquoi, tout d'abord, *fraus omnia corrumpit* sanctionne-t-il la fraude ? Parce que l'acte frauduleux est un scandale pour la cohérence de l'ordre juridique alors qu'une intention seule, aussi déviante soit-elle, ne le menace pas. Peu importe l'intention qui a motivé une personne à agir, la licéité d'un acte est une considération objective qui s'apprécie dans l'acte lui-même et non d'après la psyché prêtée à son auteur. L'intention est indifférente⁸⁵, elle n'assure pas la transmutation d'un acte en ce qu'il n'est pas : celle vertueuse ne sauve pas plus l'acte illicite que celle maligne ne condamne l'acte licite (il n'est pas interdit d'être habile).

Comment, ensuite, identifier la fraude ? L'intention frauduleuse, là encore, s'avère une considération inopérante. Qu'est-elle au juste ? Les meilleurs auteurs s'accordent à dire que l'intention frauduleuse est... l'intention de frauder ! Il n'y a aucun critère fonctionnel à tirer d'une tautologie qui ne dit rien de ce qu'est l'acte de frauder. L'intention frauduleuse n'est pas un simple fait qu'il s'agirait pour les juges de relever souverainement, elle est en soi une notion juridique – d'où son contrôle par la Cour de cassation – inaccessible *de plano* car tributaire de la qualification préalable de fraude. Sans doute toute fraude suppose-t-elle la volonté de son auteur de la commettre (n'en va-t-il pas ainsi de tout acte volontaire ?), mais il ne faut pas se méprendre sur l'erreur du raisonnement qui sous-tend la référence à l'intention frauduleuse : le qualificatif suit la qualification, non l'inverse. Tant qu'il n'a pas été établi *ex ante* qu'un acte est objectivement frauduleux, l'intention ne peut être tenue pour frauduleuse ; elle ne peut être réputée telle que par voie de conséquence, ce qui, à ce stade, est devenu techniquement inutile à la qualification. Le seul mérite de cet habillage subjectif de dernière minute est sa commodité : il est plus aisé pour les juges d'affirmer l'existence d'une intention frauduleuse, synthèse approximative mais parlante pour dire qu'il y a fraude, que de trop entrer dans l'explication délicate des considérations objectives qui ont emporté leur conviction. Et pourtant, c'est là que gît toute la qualification de fraude.

B. Saisir une réalité corruptrice

Nature de l'illicéité frauduleuse. L'ordre juridique ne s'offusque pas des pensées, c'est une réalité intrinsèquement illicite que vise *fraus omnia corrumpit*, par une sanction dont il faut prendre la mesure de la gravité en ce qu'elle permet au juge « de paralyser la norme juridique qui validait une opération, de refouler l'État de droit lui-même »⁸⁶. Toute la difficulté est de démontrer en quoi une situation est illicite alors qu'elle ne viole aucune règle, voire qu'elle se réclame de son application rigoureuse. Cette résistance de la fraude au contrôle de licéité ordinaire appelle un contrôle de licéité extraordinaire, non pas plus

85. Il en va de même de la cause illicite et désormais du but illicite. La sanction ne vise pas l'intention illicite en soi ou pour avoir infecté un acte licite mais l'illicéité objective de l'opération que le motif permet d'atteindre.

86. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 27^e éd., PUF, 2002, n° 136.

poussé, ce qui serait vain puisque la loi n'est pas violée, mais plus élevé, un contrôle de *métalicéité*, c'est-à-dire de la légitimité de la combinaison d'un moyen et d'une fin. Qualifier la fraude, c'est en effet démontrer, par une analyse de l'opération dans son ensemble, qu'il a été mis en œuvre un procédé, de fait ou de droit, permettant de subvertir l'ordre juridique pour parvenir à un résultat qu'il n'interdit pas expressément mais ne saurait permettre d'atteindre. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur ce point : ce n'est pas tant le résultat en soi qui est illicite – il peut même être atteint valablement dans d'autres situations⁸⁷ – que la manière dont il a été provoqué, de sorte qu'il n'est pas sanctionné pour lui-même mais comme l'incarnation finale du processus illicite qu'il a rendu possible. Concrètement, cela se traduit par la nécessité de caractériser la fraude par deux critères objectifs attachés à chacun des éléments de cette structure invariable⁸⁸.

Un moyen anormal et un résultat illégitime.

D'une part, *le moyen de fraude doit être anormal*. Par hypothèse, toute fraude suppose une intervention pour modifier le cours normal des choses. Aussi subtil qu'il soit, cet effort de dévoiement laisse une empreinte que l'on peut relever par toutes sortes d'indices d'anormalité : temporelle, opérationnelle, logique, personnelle... Ainsi la précipitation⁸⁹, la multiplicité d'actes dans un très bref laps de temps⁹⁰, l'excès⁹¹, la contradiction, l'inutilité ou l'irrationalité d'un acte⁹², le choix ou les spécificités d'un mode opératoire⁹³, la singularité de certaines conditions⁹⁴... sont autant de considérations à

réunir en faisceau⁹⁵. L'anormalité du moyen permet d'établir une suspicion de fraude. Ce premier critère atteste qu'un moyen a été mis en œuvre pour éluder ou provoquer la compétence d'une norme. Mais pour trancher la fraude ou l'écarter au bénéfice du doute, il faut le combiner avec un second.

D'autre part, *le résultat atteint doit être illégitime* en ce sens que, par l'analyse de sa réalité substantielle, la légalité dont il s'autorise *prima facie* peut lui être déniée. Il faut pour cela s'attacher à la règle suspectée d'avoir été fraudée et, plus précisément, à sa présupposition, c'est-à-dire à la situation de référence ou à l'hypothèse typique à laquelle une règle est réputée attacher son effet juridique⁹⁶. Abstraction faite de l'incidence du moyen employé, l'opération réalisée correspond-elle substantiellement à la présupposition de la règle éludée, est-il possible de reconnaître en elle la configuration archétypale sur laquelle la règle aurait dû exercer son empire ? Si le résultat est réellement différent de la présupposition de la règle, il ne s'agit que d'habileté ; peu importe que le moyen ait délibérément visé à faire échapper une situation au champ d'attraction d'une règle dès lors qu'il a été réalisé autre chose que ce que cette règle a la compétence de régir⁹⁷. À l'inverse, s'il est encore possible de constater que, malgré l'effet du moyen, l'opération réalisée correspond encore aux traits de celle typique de la présupposition de la règle, la fraude doit être retenue⁹⁸, sauf à pouvoir l'écarter *in fine* par une considération légitime⁹⁹.

*
* * *

87. Par exemple en laissant s'écouler un laps de temps suffisant pour supprimer la possibilité de caractériser la fraude : v. not. Com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016 ; Civ. 3°, 23 juin 1981, n° 80-10.014.

88. Sur ces critères, F. Dournaux, *op. cit.*, n°s 355 et s.

89. Civ. 1°, 26 mai 1994, n° 92-10.898 ; Civ. 3°, 23 juin 1981, n° 80-10.014.

90. Com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016 ; Civ. 1°, 4 févr. 1992, n° 90-15760 ; Civ. 1°, 17 nov. 1981, n° 80-11.498.

91. Soc., 3 déc. 1997, n° 95-42.532 ; Civ. 3°, 5 juill. 1995, n° 93-16774 ; Civ. 3°, 9 janv. 1991, n° 89-13865.

92. Com., 15 mars 2017, n° 15-20.440 ; Civ. 3°, 5 mars 2008, n° 06-20831 ; Soc., 2 oct. 2001, n° 99-45.104 ; Soc., 20 mai 1998, n° 95-45.486 ; Com., 10 oct. 1995, n° 93-15619 ; Civ. 3°, 28 févr. 1990, n° 88-13.076 ; Civ. 3°, 6 juill. 1982, n° 81-12453 ; Civ. 1°, 17 nov. 1981, n° 80-11.498.

93. Com., 25 janv. 2023, n° 21-11.145 ; Com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016 ; Civ. 1°, 29 mai 1996, n° 94-14.617 ; Civ. 1°, 17 mars 1992, n° 90-16606 ; Com., 27 juin 1989, n° 88-17.654 ; Civ. 1°, 20 mars 1985, n° 82-15.033.

94. Civ. 3°, 30 mai 2024, n° 23-10184 ; Soc., 20 mai 2009, n° 08-42147.

95. V. par ex. Com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016 (anormalité opératoire, temporelle, personnelle).

96. Sur cette notion, v. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, reprint éd. Sirey, 1948, n° 60.

97. V. par ex. Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 ; Com., 10 déc. 1996, n° 94-2070 ; Com., 15 sept. 2009, 08-11.627.

98. Com., 27 juin 1989, n° 88-17654 ; Com., 26 févr. 2013, n° 12-13721 ; Com., 15 mars 2017, n° 15-20440.

99. V. not. Civ. 1°, 12 juill. 2006, n° 04-16916 ; Civ. 1°, 23 mai 2006, n° 03-20.957 ; Com., 22 mai 2001, n° 98-19.086 ; Com., 29 nov. 1994, n° 92-14617 ; Com., 21 juin 1994, n° 92-19992.

C'est peu dire que *fraus omnia corrumpit* illustre à la perfection le titre du dossier « Permanence des adages du droit ». Ce constat avait déjà été fait il y a près de 30 ans par Laurent Boyer, orfèvre en la matière, qui avait choisi cet adage pour montrer « la vitalité contemporaine de ces anciennes maximes »¹⁰⁰. À l'heure où le droit entre dans l'ère numérique, et avant qu'il ne soit

un jour pratiqué, sinon même pensé, par des intelligences artificielles, il est plus que jamais nécessaire d'en rappeler l'ancrage dans les siècles passés, dans ce fonds juridique éprouvé qui permettait déjà à Beaumanoir de dire, au XIII^e siècle, que « Par tout ou eles [les fraudes] sont conneues et prouvées, l'en ne les doit pas souffrir »¹⁰¹.

100. L. Boyer, *Sur quelques adages. Notes d'histoire et de jurisprudence, Bibl. Éc. Chartes*, 1998, n° 156-1, p. 13 et s., spéc. p. 18.
101. Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, t. 2, éd. A. Picard, 1900, n° 1051.

Dossier

Permanence des adages du droit

« *Infans conceptus...* », ou les mystères de l'entrée dans la personnalité juridique

Charlotte Goldie-Genicon

Professeur de droit privé à l'université de Nantes

« *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* » : l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Il n'est sans doute guère de maxime qui paraisse plus familière au juriste, qui la fréquente depuis les bans de la première année de droit. Véritable « monument »¹, souvent regardée comme l'archétype de la fiction juridique, elle permet de faire rétroagir une personnalité juridique, au moins partielle, de l'enfant, dès le stade de sa conception. Et pourtant, pour familière qu'elle soit, elle recèle encore bien des mystères. Sa formulation même peut être éprouvée. Quoique puisant ses racines dans le droit romain (*Digeste*, D. 1, 5, 77), la maxime « *Infans conceptus...* » n'a épousé sa tournure actuelle qu'à une époque plus récente que ne pourrait le laisser supposer

son expression latine². On lui a longtemps préféré la formulation : « *Qui in utero...* »³.

Quant à sa nature de fiction, elle a aussi pu être discutée. On s'est demandé si, davantage qu'une fiction, la maxime ne révélait pas plutôt la réalité de la personnalité humaine dès la conception de l'enfant : la fiction n'en serait plus une si on reconnaît dans l'enfant simplement conçu une personne humaine⁴. On a pu aussi, sur un tout autre terrain, rejeter le caractère fictionnel de la maxime, au motif que l'acquisition de la personnalité juridique doit être détachée de la question du commencement de la personne humaine et que le droit reste neutre lorsqu'il l'octroie⁵ : on ne peut donc tirer de la maxime aucun enseignement sur les débuts de la personne humaine. On pourrait observer, à l'appui de cette idée, que la règle « *Qui in utero...* », qui

1. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2002, n° 208, p. 93 : « Les fictions les plus illustres sont des monuments familiaux ».
2. A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », *Revue historique de droit français et étranger* 1994, n° 4, p. 499 et s., not. note 97, qui en trouve les premières traces au xix^e siècle, en 1813, chez Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, p. 292.
3. Le droit romain classique la formulait ainsi : « *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* » (celui qui est dans l'utérus doit être protégé comme s'il était né, à chaque fois qu'il est question de son intérêt). V., sur cette évolution, A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », préc., p. 500.
4. V. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit., note 4, p. 461. Sur ce débat, v. not. A. Marais, *Droit des personnes*, 5^e éd., Dalloz, 2025, n° 37, p. 40, qui, favorable à la fiction, propose de voir dans l'enfant conçu une personne par anticipation.
5. G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, préf. J. Amiel-Donat, nos 177 et s., spéc. n° 183, qui considère que c'est « l'actualité de l'intérêt de l'enfant dans la situation considérée qui manifeste son existence dans le monde du droit » (n° 184).

a précédé la maxime « *Infans conceptus...* », n'a jamais été envisagée que comme ayant pour objet l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant, à telle enseigne qu'au Moyen-Âge⁶, ont cohabité l'idée que la personne humaine commençait *in utero* (ce qui interdisait l'avortement) et que la personnalité juridique n'était acquise qu'à la naissance (et même pour certains au baptême de l'enfant)⁷. Personne humaine et personnalité juridique sont donc loin d'avoir toujours coexisté et la règle « *Qui in utero...* » répondait moins à l'idée d'une fiction de personnalité humaine qu'à la volonté de corriger certaines injustices successorales. Si « *Infans conceptus...* » ne repose pas sur la fiction d'une personne humaine, elle s'appuie au moins, plus modestement, sur une autre fiction : celle de la naissance. La maxime est bien construite sur un artifice ouvertement avoué : l'enfant conçu est réputé né.

La naissance de la maxime, dans sa formulation première, est intimement liée au droit successoral. Il s'agissait avant tout de corriger les injustices liées au hasard des naissances, en autorisant l'enfant que le malheur avait fait naître peu après le décès de son auteur, à accéder à sa succession à égalité avec le reste de sa fratrie⁸. Comme le relevait fort justement le doyen Cornu : « la fiction cherche le juste au rebours du vrai », les « irréalités » sont « des effets de justice »⁹. La maxime permet d'adoucir la rigidité de la fixation des bornes de la personnalité juridique¹⁰. Ce terreau successoral est toujours prégnant : c'est, de manière seulement fragmentaire, comme instrument correcteur du droit des successions et des libéralités, que la maxime a

été reçue dans le Code civil, aux articles 725 et 906. La jurisprudence a débordé ce champ de la transmission successorale, pour ériger la maxime en principe général du droit et la faire rayonner. Les difficultés d'application d'« *Infans conceptus...* » sont pourtant loin d'être épuisées. Les progrès techniques et médicaux, en particulier en matière d'assistance médicale à la procréation, viennent ébranler à la fois les conditions d'application et la pertinence de la maxime. On tentera de s'en convaincre en discutant des conditions d'application de la maxime (I), de sa valeur juridique (II), de son éventuel débordement à l'avenir (IV), sans occulter la délicate question de la représentation de l'enfant conçu (III).

I. Des conditions discutées

Une personnalité juridique anticipée. La maxime « *Infans conceptus...* » permet de déroger au principe selon lequel la personnalité juridique s'acquiert à la naissance¹¹. Elle offre à l'enfant conçu une personnalité juridique par anticipation, avant même sa naissance, alors que, *pars viscerum matris*, il ne jouit pas encore d'une vie distincte de celle de sa mère. Cette personnalité juridique, qui n'est pas encore plénière, est pourtant actuelle, l'enfant conçu disposant d'ores et déjà d'un patrimoine – c'est un des intérêts principaux de la maxime – lui permettant d'acquérir des droits qui eux seront conditionnels, car subordonnés à la condition suspensive que l'enfant naisse vivant et viable¹².

Un enfant vivant. Plusieurs conditions gouvernent, en effet, le jeu de la maxime. L'enfant

6. Alors qu'en droit romain, existence juridique et existence physique se superposaient : la personne humaine débutait à la naissance (v. les développements très riches d'A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », préc., p. 500 et s.).

7. Il ne semblait en effet pas envisageable que l'enfant puisse accéder à la vie juridique avant de pouvoir prétendre à la vie éternelle. Or le baptême ne pouvait intervenir qu'une fois l'enfant détaché de sa mère. Le choix du baptême comme moment d'accès à la personnalité juridique a toutefois été contesté pour lui préférer celui de la naissance. Sur cette question, v. les développements très précieux d'A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », préc., p. 503 et s.

8. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 12 : « fixer le début de l'existence juridique à la naissance a quelque chose d'abrupt et peut déboucher, par le fruit du hasard, sur des solutions inéquitables ».

9. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit., n° 211.

10. J. Hauser, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* sept. 2012, dossier 4.

11. Principe partagé par de nombreux droits étrangers. Par exemple le droit italien (C. civ., art. 1^{er} : « La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita »); le droit espagnol (C. civ., art. 29 : « La naissance détermine la personnalité »); le droit suisse (C. civ., art. 31 : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant [...] »).

12. En ce sens, la forte démonstration de G. Wiecker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 180 : ce n'est pas la personnalité de l'enfant conçu qui est conditionnelle, mais les droits qu'il acquiert avant sa naissance. Mais *quid* si l'enfant ne naît pas vivant ? V. note 11.

doit d'abord naître vivant. Cette condition a donné lieu à de nombreux débats par le passé : devait-on exiger de l'enfant qu'il ait crié, ne serait-ce que quelques instants, ou pouvait-on se contenter de l'observation de quelques mouvements après la naissance ?¹³ La condition est, quoi qu'il en soit, aujourd'hui, en droit civil du moins, absorbée par la condition de viabilité qui la dépasse. La naissance d'un enfant mort-né autorisera tout de même que soit dressé un acte d'enfant sans vie, dans lequel il sera notamment permis d'octroyer à l'enfant un prénom et même un nom¹⁴, forme de personnalisation compassionnelle, par égard pour la douleur des parents, mais qui n'offre pour autant à l'enfant aucune personnalité juridique.

Un enfant viable. S'y ajoute la condition de la viabilité de l'enfant : les droits acquis par l'enfant conçu restent suspendus dans leur réalisation à la condition qu'il naisse viable. La condition de viabilité, aujourd'hui clairement reçue aux articles 725 et 906 du Code civil pour les successions, donations et testaments, ne s'impose pourtant pas avec évidence. Elle est loin d'avoir été toujours associée à la maxime « *Qui in utero...* » : longtemps ignorée (en particulier du droit romain), elle n'a été tardivement introduite¹⁵ que pour contenir le jeu de la maxime dans un contexte successoral, dans le dessein

d'assurer la conservation des biens dans la famille. L'arrivée de l'enfant posthume interrompait la chaîne des substitutions organisées pour maintenir les biens dans la famille, avec le risque, si l'enfant mourait rapidement après la naissance, que les biens passent dans l'autre ligne. Il n'est pas certain qu'une telle préoccupation soit aussi prégnante aujourd'hui. Certaines législations étrangères proches ont d'ailleurs abandonné cette condition de viabilité¹⁶. Tel est le cas par exemple, de la législation italienne (Codice civile, art. 1)¹⁷, espagnol (Codigo civil, art. 29 et 30)¹⁸ ou encore suisse (Code civil suisse, art. 31¹⁹). On pourrait s'en inspirer pour abandonner une condition dont l'application suscite des difficultés. L'enfant viable est celui qui a atteint un stade de développement suffisant pour être apte à vivre détaché du sein de sa mère. L'appréciation en est délicate. On estimait que l'enfant devait être doté d'organes vitaux, qu'un enfant affecté de « monstruosités » n'était pas viable, quand bien même il aurait vécu quelques instants. Une circulaire de 1993²⁰ a préféré se référer aux critères dégagés par l'OMS : l'enfant viable serait celui qui est né après 22 semaines d'aménorrhée et a atteint le poids de 500 grammes. La viabilité reste toutefois présumée « parce qu'elle constitue l'état ordinaire »²¹. Il revient donc à celui qui conteste

13. V. les très riches développements d'A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », préc.

14. C. civ., art. 79-1, v. A. Marais, *op. cit.* n° 17. Les parents pourront aussi organiser des obsèques ou obtenir certains droits sociaux (congé de maternité ou paternité, prime de naissance). En revanche, aucune filiation n'est établie. La question se pose du stade de développement du fœtus à partir duquel un acte d'enfant sans vie peut être délivré. La Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, *Bull. civ.* I, n°s 41 à 43), refusant de s'appuyer sur les critères de l'OMS retenus par une circulaire, préfère le critère assez nébuleux de l'accouchement, qui ne serait admis que si le fœtus sorti du ventre de la mère présente un corps formé et sexué.

15. Sur la question, v. A. Lefebvre-Teillard, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », préc., n° 7.

16. Mais elle est reprise dans d'autres législations proches, par ex. Code civil du Québec, art. 616 : « Peuvent succéder les personnes physiques qui existent au moment de l'ouverture de la succession, y compris [...] l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable », ou encore art. 1814 : « les père et mère [...] peuvent accepter la donation faite à un mineur ou, sous la condition qu'il naisse vivant et viable, à un enfant conçu mais non encore né ». Tel est aussi le cas de la législation belge qui continue à exiger la viabilité de l'enfant pour avoir la qualité de successible (C. civ. belge, art. 4.4) ou que la donation ou le testament dont il bénéficie produise effet (art. 4.137).

17. Qui se contente d'une référence à la naissance sans mention de la viabilité : « *La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita* ».

18. Art. 29 : « l'enfant conçu est considéré comme né à toutes fins utiles qui lui sont favorables à condition qu'il naisse dans les conditions énoncées à l'article suivant » ; art. 30 : « La personnalité juridique s'acquiert au moment de la naissance, une fois que le détachement complet du sein maternel a eu lieu ». L'évolution du Code civil espagnol est notable car, avant sa modification en 2011 (Ley 20/2011, 21 julio, REF. BOE-A-2011-12628), l'article 30 posait une présomption de viabilité si l'enfant avait vécu 24 heures séparé de sa mère (ancien art. 30 : « Pour ses effets civils, on ne réputera né le fœtus que s'il a forme humaine et s'il vit 24 heures complètement séparé du sein de sa mère »).

19. Art. 31 : « L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant ».

20. Circ., DGS, n° 50, 22 juill. 1993, relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil, remplacée par des circulaires ultérieures.

21. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 328.

l'acquisition des droits de l'enfant conçu de la contester.

Une anticipation relative, dans l'intérêt de l'enfant. L'enfant conçu n'acquiert, en outre, la personnalité juridique qu'à condition qu'il y aille de son intérêt : « il faut que le report de la personnalité à la conception profite à l'enfant »²². On en déduit parfois que, si l'enfant conçu est apte à être sujet de droits, il ne saurait être question de le soumettre à des obligations ou à toute autre disposition qui lui serait défavorable, raison pour laquelle la personnalité juridique de l'enfant n'est pas considérée comme plénière. La réalité est plus nuancée. L'enfant conçu pourrait d'abord être tenu à des obligations qui seraient indivisiblement attachées à des droits qu'il acquiert (dès lors qu'il en résulte tout de même un avantage global pour lui²³). On songe notamment à une vocation successorale à laquelle serait lié un passif successoral, ou encore à l'exécution de charges assortissant une donation. On peut aussi observer que, si certaines dispositions refusent de considérer l'enfant conçu comme né quand cela lui est défavorable²⁴, tel n'est pas toujours le cas : ainsi l'article 1077-2 du Code civil, relatif à la donation-partage, traite-t-il de manière identique l'enfant conçu et l'enfant déjà né le jour de la donation-partage, qui n'aurait pas été invité à cette dernière, ce qui a pour effet de priver l'enfant simplement conçu du bénéfice de l'action destinée à composer ou compléter sa part héréditaire. L'inconvénient qui en résulte pour lui (il n'a droit qu'à la protection de sa réserve) repose moins sur l'idée qu'il a déjà acquis une personnalité juridique que sur celle que son exclusion de la donation-partage a été voulue par le disposant, raison pour laquelle certains estiment que l'enfant simplement conçu pourrait réclamer sa part héréditaire si le disposant ignorait sa conception. La jurisprudence

elle-même n'est pas toujours favorable à l'enfant conçu. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 28 janvier 2009²⁵, a-t-elle accepté de faire peser sur l'enfant, qui n'était que conçu au moment du décès accidentel de son père, la charge des frais d'obsèques, alors qu'il était renonçant à la succession et que cette charge ne pouvait être considérée comme liée à sa qualité d'héritier. Il est vrai que l'arrêt prend soin de relever que l'enfant avait reçu un capital décès dont le montant était nettement supérieur à celui des frais d'obsèques, mais davantage pour établir qu'il disposait de moyens suffisants pour y répondre²⁶. Sur-tout, l'arrêt considère que l'obligation de supporter les frais d'obsèques *existait dès sa naissance* comme une conséquence de l'article 371 du Code civil. Il ne semble pas être question de faire rétroagir cette obligation à sa conception. « *Infans conceptus...* » ne serait donc pas en cause... si ce n'est que pour être renonçant, il faut au préalable être considéré comme successible, qualité qui revient à l'enfant conçu grâce au jeu d'« *Infans conceptus...* ». L'adage se retournerait alors indirectement contre les intérêts de l'enfant.

Dans d'autres situations, le jeu relatif de la maxime, dans le seul intérêt de l'enfant, conduit à des situations paradoxales dans lesquelles l'enfant conçu pourrait à la fois être réputé né et ne pas l'être, selon qu'il y va ou non de son intérêt. L'arrêt *Héranval*, rendu par la Cour de cassation le 4 janvier 1935²⁷, en fournit une excellente illustration. Un enfant, né moins de 300 jours après l'accident mortel de son père, est considéré comme conçu et donc réputé né le jour de l'accident, afin d'être compté parmi les enfants à charge permettant l'octroi d'une rente au titre de la législation sur les accidents du travail. Il est cependant regardé comme né au cours du

22. *Ibid.*, p. 328.

23. Encore que le fait que la succession soit déficitaire n'interdit nullement de faire de l'enfant conçu un successible : bénéficiaire de l'option successorale, il pourra renoncer à la succession.

24. Par exemple, l'art. 961 C. civ. qui, concernant la révocation des donations, considère que si l'enfant était simplement conçu au moment de la donation, le donateur est considéré comme sans enfants : la solution retenue est dans l'intérêt de l'enfant conçu qui pourrait, si une telle condition a été stipulée dans l'acte, réclamer le bénéfice de la révocation de la donation pour survenance d'enfant.

25. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272, *RTD civ.* 2009, p. 307, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2009, p. 127, obs. F. Chénéde ; *Defrénois* 15 avr. 2009, p. 748, obs. J. Massip.

26. Comme l'exigeait la jurisprudence, qui rattachait cette obligation à l'obligation alimentaire, et comme l'exige désormais l'article 806 C. civ.

27. Civ., 4 janv. 1935, *D.* 1935, 1, 5, note A. Rouast ; *S.* 1936, 1, 17, note P. Esmein.

mariage de ses parents célébré le lendemain de l'accident, pour lui permettre de profiter de la qualité d'enfant légitime²⁸. L'enfant conçu est donc à la fois considéré comme né avant le mariage, « quant à l'obtention de la rente due en cas d'accident mortel de travail », et comme né après le mariage pour le bénéfice de la légitimité. Cet état schizophrène, guidé par l'intérêt de l'enfant, avait été dénoncé par les commentateurs de l'époque²⁹, lui reprochant d'offrir deux conditions contradictoires concomitantes à l'enfant : si l'enfant est réputé né le jour de l'accident, antérieurement au mariage, comment peut-il être réputé né légitime ? La Cour balaie l'objection en considérant que la légitimité rétroagit avant le mariage, à la date de la conception. L'arrêt illustre également qu'une autre condition est souvent nécessaire à l'acquisition de droits par l'enfant non conçu : qu'un lien de filiation soit établi avec son auteur, démontrant tout l'intérêt de l'admission d'une reconnaissance prénatale lorsque l'enfant n'est pas issu d'un mariage.

Preuve de date de la conception. Une dernière condition implicite sous-tend le jeu de la maxime. L'enfant doit être conçu, ce qui soulève la délicate question de la preuve de date de la conception. La jurisprudence, à une époque à laquelle une telle preuve ne pouvait être rapportée directement, a admis largement le jeu conjugué des présomptions de l'article 311 du Code civil³⁰ : l'enfant est présumé conçu entre le 180^e et le 300^e jour précédant sa naissance (présomption de durée de la gestation) et au jour qui lui est le plus favorable au sein de cette période (présomption *omni meliore momento*), ce qui revient à présumer l'enfant comme conçu lorsqu'il est né dans les 300 jours suivant l'évènement à la source de ses droits. On retrouve des échos de ces présomptions dans des législations étrangères, comme la législation italienne³¹ ou

québécoise³². Les présomptions n'étant pas irréfragables (art. 311, al. 3), il sera possible à celui qui conteste les droits de l'enfant de prouver, par tous moyens, qu'il n'était pas encore conçu à cette date, les progrès techniques ayant libéré l'administration de cette preuve contraire. La principale difficulté provient aujourd'hui des nouvelles techniques d'assistance à la procréation, qui peuvent entraîner un décrochage temporel entre la conception et la naissance, rendant les présomptions relatives à la période de conception inadaptées pour ce qui les concerne : un embryon peut, grâce aux techniques de cryoconservation, être conservé plusieurs années avant d'être implanté. Il est vrai que, dans ce type de cas, la date précise de l'insémination ou de la fécondation *in vitro* sera souvent connue et que la preuve de la conception sera facile à rapporter. Au-delà, toujours pour les enfants issus d'une assistance médicale à la procréation, se pose la question de l'évènement à prendre en considération pour dater la conception : l'insémination (ou la fécondation *in vitro*), ou l'implantation de l'embryon ? Il semble, à première vue, logique de considérer l'enfant comme conçu dès le stade de l'insémination, ou de la fécondation *in vitro*, ce qui autoriserait notamment un enfant à se prévaloir d'une vocation successorale si le décès de son père intervient entre la fécondation *in vitro* et l'implantation de l'embryon (alors qu'il n'aurait aucune prétention à faire valoir en cas d'insémination ou de fécondation *in vitro post mortem*)³³. Mais la rupture temporelle qui peut séparer la fécondation *in vitro* de l'implantation donne le vertige et invite à ouvrir la discussion : est-il légitime qu'un enfant né plusieurs années après la mort de son père en hérite ? Certaines juridictions du fond n'ont pas hésité à retenir la date de l'implantation, dans le délicat contentieux de l'AMP *post mortem* (sur lequel v. *infra*).

28. L'enfant n'avait pas été reconnu par son père avant l'accident : seule la qualité d'enfant légitime pouvait lui ouvrir l'octroi de la rente.

29. En particulier, P. Esmein, note préc.

30. Auparavant art. 311 et 312 C. civ.

31. C. civ., art. 462, al. 2 : « *Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecentogiorni dalla morte della persona della successione si tratta* ».

32. C. civ. québécois, art. 525 : plus indirectement, pour le jeu de la présomption de paternité.

33. En ce sens, J.-B. Donnier, *JCl. civil*, fasc. 10, 2021, v° « Successions. – Qualités requises pour succéder. – Capacité de succéder », n° 70 et s.

II. Une valeur juridique consacrée mais des applications clairessemées

Une réception parcellaire dans les textes.

Quelle est la valeur normative de la maxime « *Infans conceptus...* » ? On sait que les maximes sont dotées d'une force juridique variable, certaines étant de simples guides non contraignants, là où d'autres peuvent être regardées comme des règles de droit. La maxime n'a pas fait l'objet d'une consécration générale par le législateur, mais d'une réception parcellaire, dans des textes particuliers relatifs aux successions, donations et testaments. Il s'agit des articles 725 (« Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ») et 906, alinéa 1^{er} (« Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation »), alinéa 2 (« Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur ») et alinéa 3 (« Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ») du Code civil. Notre droit s'éloigne, sur ce point, de Codes étrangers proches qui contiennent une disposition générale consacrant la maxime³⁴. Ainsi en est-il, par exemple, du Code civil espagnol, en son article 29 : « Mais l'enfant conçu est réputé né pour tous les effets qui lui sont favorables, à condition qu'il naisse dans les conditions que précise l'article suivant » ; ou encore du Code civil suisse, en son article 31 : « L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant ».

Une consécration comme principe général du droit.

Cette réception fragmentaire n'a pas empêché la jurisprudence de consacrer la maxime « *Infans conceptus...* », dans sa tournure française, comme un véritable principe général du droit, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 10 décembre 1985³⁵. Était en cause la majoration d'un capital-décès versé par une assurance de groupe, en fonction du nombre d'enfants à charge. La Cour, au visa du « principe général selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt », décide que les deux jumeaux mis au monde après le décès du père devaient être comptés au nombre des enfants à charge. La maxime est mise au service d'un forçage de l'interprétation des clauses contractuelles (qui n'envisageaient nullement le cas de l'enfant simplement conçu) dans l'intérêt indirect de l'enfant (le capital-décès était dû à la mère, non aux enfants, mais sa majoration devait servir à leur entretien)³⁶. La maxime y rayonne ici, au-delà du champ strict d'application des textes, assortie de la condition de viabilité³⁷.

Des applications clairessemées. L'arrêt de 1985 avait déjà été annoncé par quelques solutions éparses s'appuyant sur la maxime (sans la consacrer comme principe général), pour décider de l'allocation d'une rente-accident du travail à l'enfant conçu lors de l'accident mortel de son père³⁸ ou admettre la reconnaissance prénatale d'un enfant conçu³⁹. Il faut cependant reconnaître que la moisson jurisprudentielle reste pauvre,

34. Le droit belge épouse, en revanche, la logique parcellaire du droit français (art. 4.4 et art. 4.137 du Code civil belge, retenant des dispositions proches du droit français pour les successions, donations et testaments). Le droit italien contient aussi des dispositions particulières à l'enfant conçu pour les successions (art. 462) et donations (art. 784) et semble retenir une conception restrictive des droits offerts à l'enfant conçu, sans principe général : « *I diritti che le lege riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita* ».

35. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328, *Segers*, *Bull. civ.* I, n° 339 ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. Mestre ; *Gaz. Pal.* 1986, II, somm. 323, obs. Piedelièvre ; R. Boffa, B. Haftel, Ph. Chauviré et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2024, p. 113.

36. « La détermination des enfants à charge vivant au foyer doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, étant observé que la majoration du capital-décès [...] est destinée à faciliter l'entretien de ces enfants ».

37. L'arrêt relève que les enfants « sont nés viables ».

38. Arrêt *Héranval*, déjà cité : Civ., 4 janv. 1935, *D.* 1935, 1, 5, note A. Rouast ; *S.* 1936, 1, 17, note P. Esmein ; Ch. réunies, 8 mars 1939, *S.* 1941, 1, 25, note H. Batiffol ; *D.* 1941, 37, note L. Juliot de La Morandière.

39. Civ., 12 fév. 1868, *D.* 1868, 1, 60 ; Civ. 1^{re}, 6 juill. 1960 : *JCP* 1960, II, 11815 : le jeu de la maxime permet alors de faire rétroagir l'établissement du lien de filiation avant la naissance, ce qui est particulièrement précieux pour l'application du principe chronologique de l'article 320.

pour ne pas dire décevante⁴⁰ : on peine à trouver quelques décisions sporadiques s'appuyant ouvertement sur « *Infans conceptus...* ».

On en est réduit à raccrocher à la maxime des décisions jurisprudentielles dans lesquelles la doctrine voit une application non avouée, presque souterraine, de la maxime⁴¹. Tel est le cas, en particulier, du courant jurisprudentiel admettant l'admission du préjudice moral subi par l'enfant simplement conçu lors du décès de son père ou son grand-père⁴². La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 14 novembre 2017⁴³, après avoir à plusieurs reprises refoulé une telle indemnisation sur le terrain de la causalité, a fini par accueillir la réparation du préjudice résultant nécessairement pour l'enfant de l'absence définitive du parent ou grand-parent prédécédé. Une doctrine fournie⁴⁴ a présenté la solution comme une application implicite de l'adage « *Infans conceptus...* ». La Cour de cassation, en en particulier l'arrêt de 2017, se garde pourtant de viser la maxime, pourtant déjà consacrée depuis longtemps comme principe général du droit. L'arrêt de 2017 semble, de plus, suggérer que le droit pour l'enfant d'agir en réparation serait seulement né à sa naissance⁴⁵. On peut ajouter que, quoique la question ait été

âprement discutée, le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice qu'il subit une fois né semble possible à caractériser, sans recourir à l'artifice d'une personnalité rétroactivement consacrée, si on retient la conception accueillante de la causalité adéquate⁴⁶. Il est vrai, toutefois, qu'un arrêt de 2021⁴⁷ sème le doute, en refusant la réparation du préjudice subi par celui qui n'était pas encore conçu au moment du décès de sa sœur, semblant réserver les faveurs jurisprudentielles à l'enfant conçu, tout en gardant toujours, cependant, le silence sur « *Infans conceptus...* ». Peut-être la distinction entre enfant conçu et non-conçu, sans être une application réelle de la maxime, est-elle davantage utilisée pour discipliner la réparation des préjudices en leur assignant une limite temporelle ? On pourrait, à défaut, remonter presque sans limite dans le temps. À moins qu'il ne faille, ainsi que cela a été suggéré, justifier la distinction par la nécessité de doter l'enfant conçu d'un patrimoine, qui préexisterait à l'évènement déclencheur du décès, et justifierait la caractérisation d'un intérêt lésé, donc d'un préjudice, pour l'enfant conçu⁴⁸. Reste que le silence gardé par la Cour sur « *Infans conceptus...* » est troublant, et que l'arrêt de 2021 qui refuse l'indem-

40. La maxime « *Infans conceptus...* » est parfois seulement invoquée dans les moyens de pourvoi (par ex. Civ. 2^e, 10 sept. 2015, n° 14-19.891). Outre les arrêts déjà cités, on ne trouve que de très rares applications de la maxime : par exemple dans CA Nîmes, ch. sociale, 4 avr. 2002, qui vise la maxime pour autoriser un chirurgien-dentiste en retraite anticipée à obtenir une réaffiliation au régime obligatoire d'invalidité-décès, au motif que l'enfant seulement conçu le jour du départ en retraite anticipée, devait être comptée comme un enfant à charge.

41. L'arrêt *Degas* (Civ., 8 janv. 1930, S. 1930, I, 257, note F. Gény), parfois raccroché à la maxime « *Infans conceptus...* », n'en constitue nullement une application : l'arrêt admet la qualité d'enfant légitime de l'enfant né, mais non conçu pendant le mariage, dans un contexte de mariage putatif. Il n'est en aucun cas question de réputer l'enfant né le jour de sa conception, hors mariage : plus rien ne permettrait, si on suivait un tel raisonnement, d'asseoir la légitimité de l'enfant.

42. La jurisprudence italienne retient le même type de solution : Cass. 10 mars 2014, n. 5509 ; Cass. 3 mai 2011, n. 9700 : indemnisation du dommage résultant du meurtre du père par un tiers ou d'un accident mortel de la route quand la gestation était encore en cours.

43. Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.687, *RTD civ.* 2018, p. 72, obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 92, obs. A.-M. Leroyer ; *ibid.*, p. 126, obs. P. Jourdain ; *D.* 2018, p. 386, note M. Bacache ; *JCP G* 2018, act. 204, J.-R. Binet ; *Dr. fam.* juin 2018, comm. 165, D. Galbois ; R. Boffa, B. Haftel, Ph. Chauviré et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 117. Dans le même sens, *Crim.*, 10 nov. 2020, n° 19-87.136, *RTD civ.* 2021, p. 105, obs. A.-M. Leroyer. *Add.*, Civ. 2^e, 11 févr. 2021, n° 19-23.525, étenant la solution au décès d'un grand-père.

44. En particulier, D. Mazeaud, J.-R. Binet et D. Galbois, notes préc. et R. Boffa, B. Haftel, Ph. Chauviré et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence civiles*, op. cit.

45. En ce sens, A.-M. Leroyer, note préc.

46. Certes, seule la naissance postérieure au fait générateur a-t-elle permis au préjudice de s'exprimer, mais on ne peut manquer d'observer que si le décès ne s'était pas produit, le préjudice n'aurait pas été caractérisé.

47. Civ. 2^e, 11 mars 2021, n°s 19-17.384 et 19-17.385.

48. C. Bloch, *JCP G* 2011, n° 4, qui observe que nul ne perd ce qu'il n'a pas reçu. Dans le même sens, J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux et L. Andreu, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, 16^e éd., Dalloz, 2025, p. 329 : « il n'y a pas de situation constituée à laquelle le fait dommageable porterait atteinte ».

nisation de l'enfant non conçu s'appuie davantage sur le terrain discutable de la causalité que sur l'idée de l'absence d'intérêt lésé⁴⁹.

III. La nébuleuse de la représentation

Administration du patrimoine de l'enfant conçu. Curateur au ventre.

Une autre question reste encore peu explorée : celle de la représentation de l'enfant conçu dans l'intervalle qui sépare la conception de sa naissance. Qui va administrer le patrimoine de l'enfant conçu ? Si on admet que l'enfant conçu jouit d'une personnalité juridique, même incomplète, dès sa conception, il est bien évident qu'il ne pourra exercer lui-même ses droits, faute d'être détaché du sein de sa mère. Une fois la naissance advenue, les droits conditionnels dont il aura pu faire l'acquisition avant sa naissance pourront produire leurs effets et l'administration légale du mineur lui permettra de les exercer. Mais *quid* avant la naissance ? L'enfant pourra-t-il être représenté ? La question trouvait à l'origine, dans l'article 393 du Code civil, une réponse au travers de l'institution du curateur au ventre⁵⁰, désigné par le conseil de famille, qui avait pour mission de prendre en charge les intérêts de l'enfant en surveillant la mère (l'institution marquait une certaine défiance à l'encontre de la femme enceinte : on craignait une disparition de l'enfant avantageuse pour la mère sur le terrain successoral) et en accomplissant des actes conservatoires pour le compte de l'enfant. L'institution a disparu en 1964. Qu'en est-il aujourd'hui ? Pourrait-on

admettre le jeu anticipé de l'administration légale, une sorte de pré-administration légale qui autoriserait la mère de l'enfant⁵¹, et éventuellement son père s'il l'a reconnu avant sa naissance, à représenter l'enfant, par exemple en acceptant en son nom et pour son compte la succession dans laquelle il aurait qualité d'héritier ?⁵² De la même manière, qui va représenter l'enfant conçu à la donation dont l'article 906 autorise qu'il soit gratifié ?⁵³ On n'est certes pas certain que l'enfant naisse vivant et viable, mais ne pourrait-on représenter l'enfant conçu dans l'exercice de droits conditionnels si cet exercice ne peut attendre la naissance ?

Droit québécois, tutelle de l'enfant conçu.

Peut-être le législateur français serait-il avisé, sur ce point, de s'inspirer du Code civil québécois⁵⁴ qui, en son article 192, dispose que les père et mère sont « également (tuteurs) de leur enfant conçu qui n'est pas encore né » et « sont chargés d'agir pour lui dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige »⁵⁵. Faudrait-il anticiper l'administration légale ? Ou plutôt ressusciter le curateur au ventre sous les traits d'un administrateur *ad hoc*, au moins en cas de conflit d'intérêts ? Et pour quel type d'actes ? Les seuls actes conservatoires ou également les actes d'administration (ce qui permettrait d'accepter une donation sans charge pour le compte de l'enfant conçu avant le décès du donateur) ? Il semblerait préférable, quelle que soit la voie choisie, que le partage de la succession soit suspendu jusqu'à l'accouchement, les droits de l'enfant restant incertains tant qu'il n'est pas né viable⁵⁶.

49. En ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux et L. Andreu, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, op. cit., 2025, p. 329 : « Il ne s'agit pas là d'une application de l'adage *infans conceptus*... car la Cour raisonne clairement en termes de causalité ».

50. C. civ., art. 393, dans sa rédaction de 1804 : « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. – À la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur sera de plein droit subrogé tuteur ».

51. Mais le lien de filiation, et la qualité d'administrateur légal qui l'accompagne, ne seront vraiment établis qu'à la naissance de l'enfant, quand bien même il produirait un effet rétroactif.

52. L'autorisation du juge serait alors nécessaire pour une acceptation pure et simple ou une renonciation (C. civ., art. 387-1).

53. On ne pourra pas toujours attendre la naissance de l'enfant pour accepter la donation, l'acceptation, qui peut être postérieure à l'offre de donation, devant cependant intervenir du vivant du disposant.

54. Le Code civil espagnol (art. 958 *bis* et s.) dédit aussi toute une section aux « Précautions à prendre lorsque la veuve est enceinte », mais il s'agit davantage d'informer les autres héritiers du risque de diminution de leur part d'héritage, ou du risque de supposition d'un enfant viable qui ne le serait pas en réalité.

55. L'intérêt patrimonial à protéger, outre l'acceptation d'une succession, d'une donation, ou du bénéfice d'une assurance, pourrait également correspondre au droit éventuel de l'enfant d'obtenir des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice subi durant la grossesse de la mère.

56. En ce sens, art. 966 Code civil espagnol : « Le partage de la succession est suspendu jusqu'à ce que l'accouchement ou la disparition de l'enfant ait lieu [...] ».

IV. Une maxime débordée : d'« *Infans conceptus...* » à « *Infans non conceptus...* » ?

Enfant à naître non encore conçu. Faut-il repousser encore les frontières de la personnalité juridique et accorder des droits à l'enfant non conçu ? Notre droit connaît déjà partiellement de la question de l'enfant à naître, non encore conçu. Ainsi est-il possible de désigner comme légataires, gratifiés d'une institution contractuelle (art. 1082 C. civ.⁵⁷) ou bénéficiaires d'une assurance-vie (art. L. 132-8 C. assur.) des enfants à naître, quand bien même ils ne seraient pas conçus. Encore faut-il relever que, dans ce type d'hypothèses, le choix d'enfants futurs comme gratifiés n'a rien de troublant : il est question de dispositions à cause de mort qui ne confèrent au gratifié que des droits éventuels subordonnés au bon vouloir du disposant, qui ne doit pas en avoir disposé de son vivant. Seul importe donc que l'enfant soit au moins conçu le jour du décès du disposant, comme l'exige l'article 906 pour les legs. Le législateur franchit, il est vrai, un pas supplémentaire, en admettant qu'un enfant à naître puisse être désigné comme second gratifié d'une donation graduelle ou résiduelle⁵⁸, pourtant analysée comme une donation de biens présents. Mais certaines évolutions jurisprudentielles récentes poussent l'audace plus loin encore et invitent à s'interroger sur le devenir de la maxime : ne risque-t-on pas de glisser de « *Infans conceptus...* » à « *Infans non conceptus...* » ?

AMP *post mortem*. C'est le contentieux de la procréation médicalement assistée *post mortem* qui fait germer une telle interrogation. L'AMP *post mortem* est, aujourd'hui encore⁵⁹, prohibée en droit interne, qu'il s'agisse de transferts de gamètes ou d'embryons *post mortem*, mais la survivante d'un couple français éconduit en

France peut trouver refuge dans des législations plus accueillantes qui l'autorise, en particulier la législation espagnole. C'est d'un tel « tourisme procréatif » qu'a eu à connaître la cour d'appel de Paris, dans deux décisions en date du 14 novembre 2025⁶⁰. Dans les deux hypothèses, un enfant était issu d'un embryon conçu *in vitro* du vivant de son père, mais implanté en Espagne postérieurement au décès de ce dernier. La cour d'appel de Paris, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, admet l'établissement judiciaire du lien de filiation paternel dans la première espèce ; dans la seconde elle consent à la transcription en France de l'acte de naissance espagnol désignant le défunt comme père. La cour d'appel admet surtout la qualité de successeur de l'enfant, au terme d'un raisonnement qui n'est pas dépourvu d'ambiguïté : après avoir approuvé les juges de première instance qui avaient décidé que « la notion de conception [...] ne peut correspondre, s'agissant d'un embryon, qu'à un embryon déjà en gestation au moment du décès et non à un embryon en attente d'implantation » et que ce n'est par conséquent « qu'à la date de son transfert dans l'utérus de la mère qu'enfant à naître peut être considéré comme conçu », la cour d'appel, procédant à un nouveau contrôle de proportionnalité *in concreto*, sur le fondement de l'article 8 CEDH, ainsi que de l'article 14 CEDH associé avec l'article 1^{er} du premier Protocole, décide de la qualité d'héritier de l'enfant. N'aurait-il pas été plus simple, pour parvenir au même résultat, de situer la conception de l'enfant à la date de la fécondation *in vitro* et non à la date de l'implantation ? Cela susciterait, on l'a déjà dénoncé, de multiples difficultés, notamment successorales, mais puisque la Cour finit par reconnaître l'enfant comme successible, la solution aurait été plus franche. La Cour en vient à admettre qu'un enfant non conçu le jour du décès de son père puisse lui succéder.

57. L'institution contractuelle par contrat de mariage est même présumée faite en faveur des enfants à naître.

58. Les anciens art. 1048 et 1049 du Code civil l'admettaient expressément pour les anciennes substitutions fidéicommissaires lorsqu'elles étaient exceptionnellement autorisées. Les textes actuels sont, il est vrai, moins clairs, mais on peut sans doute déduire le maintien de la solution de l'article 1055 C. civil qui autorise l'acceptation de la donation par le second gratifié après le décès du disposant.

59. La CEDH (CEDH, 13 sept. 2023, n^{os} 22296/20 et 37138/20, *Baret et Cabarello c/ France*) n'a pas encore condamné notre droit sur ce point, mais a relevé son incohérence depuis l'ouverture de la PMA aux femmes seules : on peut y voir une menace de condamnation à venir.

60. CA Paris, pole 3, ch. 4, 14 nov. 2025, n^{os} 23-13.317 et n^o 24/10294, *D. act.* 14 nov. 2025, obs. A. Panet-Marre ; *AJ fam.* 2025, p. 557, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Adde* TGI Angers, 10 nov. 1992, *D.* 1994, p. 30, note X. Labbé.

Désordre successoral. Surtout, notre droit des successions n'a pas été pensé pour inviter à la succession un enfant né d'une PMA *post mortem*. Il faut bien avoir à l'esprit que les possibilités de conservation d'un embryon *via* une cryoconservation sont quasi-infinies. Dans une des espèces considérées, l'enfant était né près de deux ans après le décès de son père (dans l'autre 11 mois), mais il serait possible, techniquement du moins, d'aller bien au-delà : un embryon pourrait être implanté des années après la mort de son père. Va-t-on ouvrir la voie à la nullité pour erreur de partages successoraux intervenus des années avant la naissance d'un enfant qui n'y aurait pas participé, faute d'avoir existé⁶¹ ? Si jamais on s'aventurait sur la voie de l'admission en France de la PMA *post mortem*, il serait indispensable d'encadrer dans le temps les délais d'implantation pour ne pas bouleverser des partages acquis, et de s'assurer du consentement du père à une telle implantation (un encadrement strict dans le temps serait, sur ce terrain aussi, nécessaire pour ne pas s'appuyer sur une volonté donnée avant le décès, dont la force s'effriterait avec le temps). L'Assemblée nationale avait, par exemple, proposé en 2002, à l'occasion de la discussion de la loi bioéthique, la possibilité de

réaliser un transfert d'embryon entre six mois et dix-huit mois après le décès, proposition accompagnée d'une réécriture des textes sur les successions (avec notamment possibilité de nommer un administrateur pour gérer la succession et un sursis au partage jusqu'à l'expiration du délai)⁶². Mais, quand bien même de telles limites seraient posées, elles risqueraient d'être débordées par des implantations réalisées à l'étranger dans le respect de législations moins regardantes. Quant à la question de la justice successorale, si on perçoit les soubassements égalitaires qui suggèrent d'offrir à l'enfant non conçu le jour de l'ouverture de la succession le même traitement que l'enfant conçu, jusqu'où est-il légitime de les pousser ? Le législateur s'est déjà essayé, à l'article 754 du Code civil, en cas de représentation du renonçant, à corriger l'inégalité qui résulterait de la naissance d'enfants conçus après le décès de celui à la succession duquel ils n'avaient pas pu venir par représentation, faute d'existence juridique⁶³. Certes, « fixer le début de l'existence juridique à la naissance a quelque chose d'abrupt et peut déboucher, par le fruit du hasard, sur des solutions inéquitable »⁶⁴, mais où fixer alors le curseur ?

61. C. civ., art. 887-1 : nullité pour erreur fondée sur l'omission d'un successible.

62. Projet de loi relatif à la bioéthique, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, 22 janv. 2002, texte n° 763.

63. Au travers d'un mécanisme complexe de rapport à la succession du renonçant par ceux qui, conçus avant, avaient pu profiter de la représentation.

64. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 12.

Dossier

Permanence des adages du droit

L'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » et les mille et un visages du principe de légalité

Valentin Weber

Professeur à l'Université de Nantes

De prime abord, il peut paraître curieux de consacrer tout un dossier, constitué d'autant de contributions, aux adages qui, en effet, disent tout en si peu de mots. Pourtant, derrière chaque formule concise, c'est tout un monde qui se dessine, et qu'il faut bien décrire. Au moment de rédiger ces lignes, nous avons pourtant craint que, de mots, nous ne pûmes en écrire aucun. Non pas que l'adage qui nous a été confié ne soit pas connu ! Exprimer le principe de légalité criminelle – qui veut que les infractions et les peines ne soient fixées que par la loi au sens formel¹ –, il est en effet peu de dire que l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* est un monument du

droit pénal². Au contraire, l'adage est trop illustre : « tout est dit, et l'on vient trop tard... »³.

Reste qu'il s'agit ici de revenir, non pas sur le principe de légalité en tant que tel, mais sur l'adage qui l'exprime et, plus spécialement encore, sur la permanence de ce dernier. Qualificatif qui désigne ce qui demeure malgré l'écoulement d'un temps long, la permanence suppose deux conditions : que l'adage soit ancien et qu'il se soit maintenu. Or, ces deux conditions se vérifient aisément s'agissant de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sans provenir du droit romain en dépit de sa formulation latine, cet adage est en effet assurément ancien⁴ puisqu'il est apparu au ^{xix}^e siècle sous la plume de Feuerbach⁵. En outre,

1. C'est-à-dire l'acte voté par le Parlement.

2. En témoigne notamment le fait que le principe qu'il exprime est consacré aux plus hauts échelons de la hiérarchie des normes : DDHC, art. 5 et 8 ; Const., art. 34 et 37 ; C. pén., art. 111-2 ; Conv. EDH, art. 7 ; CDFUE, art. 49 ; DUDH, art. 11, al. 2 ; PIDCP, art. 15.

3. M. Ancel, « À propos de quelques discussions récentes sur la règle "*nulla poena sine lege*" », *RSC* 1937, p. 670.

4. Il est toutefois loin d'être le plus vieil adage du droit pénal. Sur ce point, v. not. A. Laingui, « Les adages du droit pénal », *RSC* 1986, p. 25.

5. Ou plus exactement à la toute fin du ^{xviii}^e siècle, en tout cas pour ce qui concerne la seconde partie de l'adage, laquelle figure en effet au § 20 du traité de Feuerbach de 1799. La première demeure quant à elle d'origine inconnue. Sur cette attribution et cette datation, v. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, v^o « *Nulla poena sine lege* » et « *Nullum crimen sine lege* » ; J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, 2^e éd., Dalloz, 2015, v^o « *Nullum crimen nulla poena sine lege* » ; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, 2014, p. 436 ; A. Laingui, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (^{xvi}^e-^{xviii}^e siècle) », *RHFDJ* 1992, p. 75.

l'adage s'est indubitablement maintenu puisqu'il est encore d'usage courant aujourd'hui⁶. Si ce maintien est ainsi incontestable, il pose toutefois question et ce, pour quatre raisons.

La première tient à l'incomplétude de l'adage. Celui-ci ne renvoie en effet qu'à la légalité des infractions et des peines, et ne dit rien de la légalité procédurale alors pourtant qu'elle existe pareillement⁷. Pour être exact (mais est-ce seulement la qualité attendue d'un adage ?), il faudrait donc davantage dire « *nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege* »⁸. La légalité procédurale présente toutefois une nature particulière⁹, ce qui peut expliquer que l'adage *nullum crimen* ait pu se maintenir sans y faire référence¹⁰.

Deuxièmement, le fait que l'adage ait invariablement traversé les âges peut encore étonner compte tenu de ce que le principe de légalité qu'il exprime a quant à lui profondément changé¹¹, ce à tel point que le principe de légalité tel qu'il est entendu actuellement n'a plus grand-chose à voir avec ce qu'il était jadis. Cette transformation du principe de légalité n'est d'ailleurs pas un phénomène récent : très tôt, l'adage s'est métamorphosé.

Le principe de légalité criminelle est en effet issu de la philosophie des Lumières¹² et a été pensé en réaction à l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime. Alors que, sous l'ancien droit, les juges détenaient des pouvoirs exorbitants au point qu'il était dit coutumièrement que « toute peine est arbitraire en ce royaume »¹³, la Révolution accoucha de la règle contraire selon laquelle il ne peut y avoir ni infraction ni peine qui ne serait pas prévue par la loi. Mais en outre et surtout, cette légalité criminelle était à l'origine entendue de façon extrêmement stricte. Le référé législatif¹⁴ fut ainsi adopté, pour retirer au juge¹⁵ le pouvoir d'interpréter les lois. De même, un système de peines fixes fut mis en place et le droit de grâce fut supprimé, pour priver le juge de son pouvoir de détermination des peines.

Cette conception extrême de la légalité criminelle n'a toutefois pas duré et fut très vite assouplie. Le référé législatif, créé par une loi des 16-24 août 1791, fut ainsi supprimé dès 1837. Le système des peines fixes, adopté par le code pénal de 1791, fut écarté par le code pénal de 1810. Quant au droit de grâce, il fut rétabli par la Constitution de l'an X (soit 1802)¹⁶. C'est dire que la conception originelle du principe de

6. En tout cas par la doctrine. La chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à elle, semble ne l'avoir jamais cité au fondement de l'une de ses décisions – contrairement à la maxime *non bis in idem* par ex. Cela s'explique toutefois aisément. L'adage *nullum crimen* exprime en effet le principe de légalité qui est par ailleurs consacré dans les textes. La Cour de cassation peut alors directement s'appuyer sur ces derniers (art. 111-2 pour ce qui concerne le code pénal actuel ; art. 4 pour ce qui concerne le code pénal de 1810, etc.). En outre, c'est une caractéristique assez commune des adages que de ne pas être nécessairement visés par les juges (sur ce point, v. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Domat, 2005, p. 364. V. égal. G. Cornu, « Adages et brocards », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd., PUF, 2003, p. 22).

7. Sur celle-ci, v. not. A. Vitu, « Le principe de légalité et la procédure pénale », *RICPT* 1967, p. 34.

8. Pour une proposition en ce sens, v. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 7^e éd., 1997, p. 225.

9. En ce sens, v. par ex. B. de Lamy, « Le principe de légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.* 2009, p. 19, pour qui « la légalité procédurale est [...] d'un contenu moins évident ».

10. La même raison justifie que nous nous en tiendrons essentiellement ici à la légalité des délits et des peines.

11. Dans le même sens, v. par ex. Ph. Conte, « Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr. pén.* 2020, étude 17, pour qui « le principe de la légalité criminelle ne sonne plus comme naguère » ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., p. 225, pour qui « la légalité criminelle [...] n'a plus la valeur qu'on lui attribuait il y a un siècle ».

12. Pour un auteur qui évoque des premières approximations du principe de légalité bien avant la philosophie des Lumières, v. S. Soler, « La formulation actuelle du principe "*nullum crimen*" », *RSC* 1952, p. 11.

13. Le terme « arbitraire » ne doit toutefois pas y être entendu dans un sens péjoratif : il signifie seulement que le juge doit arbitrer la peine (F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 146). Du reste, l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime, parfois présenté de manière un peu caricaturale, a été nuancé par les historiens du droit. Sur ce dernier point, v. not. A. Laingui, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », préc., p. 75. V. aussi R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., p. 225 et s.

14. Qui permettait d'interroger le législateur sur le sens à donner à un texte adopté par lui.

15. Et ce, dans la droite ligne de la pensée de Beccaria qui considérait que « l'autorité d'interpréter les lois pénales ne peut résider chez les juges criminels pour la raison même qu'ils ne sont pas législateurs ».

16. Sur la conception originelle du principe de légalité et ces premiers changements, v. not. E. Dreyer, *Droit pénal général*, 7^e éd., LexisNexis, 2024, p. 542. V. égal. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., v^o « *Nulla poena sine lege* ».

légalité criminelle n'a pas duré 20 ans quand l'adage, lui, n'a pas changé en deux siècles !

La troisième raison qui explique que le maintien de l'adage *nullum crimen* peut surprendre réside dans ce que le principe de légalité, aussi fermement exprimé puisse-t-il être, est de moins en moins respecté¹⁷. Son déclin est en effet dénoncé depuis longtemps. Les raisons de ce déclin sont elles-mêmes nombreuses : inflation législative, mauvaise qualité de la loi, multiplication des renvois, perte de monopole et de souveraineté de la loi¹⁸ au profit du règlement, des juges et indirectement, du droit de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore du droit de l'Union européenne¹⁹.

Enfin et quatrième, la pérennité du principe de légalité étonne encore compte tenu de ce qu'il a subi d'assez nombreuses attaques. Ces dernières sont venues des positivistes comme de certains régimes totalitaires²⁰, qui iront parfois jusqu'à préconiser de remplacer l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* par la maxime *nullum crimen sine poena*²¹.

Or, en dépit de toutes les raisons qui auraient pu conduire à sa disparition, l'adage *nullum crimen* s'est maintenu²², d'où la question de savoir

pourquoi. De ce point de vue, l'adage nous semble, à la manière des édifices qui résistent aux pires événements, tenir sa force (et donc sa pérennité) d'un savant mélange de solidité et de souplesse. D'un côté, *nullum crimen* s'appuie en effet sur de puissants fondements qui sont au fond si peu contestés qu'ils ancrent profondément et fermement l'adage. De l'autre, la structure de ce dernier est suffisamment souple pour s'adapter à tous les us, à toutes les modes ; en somme, à toutes les époques. Analysons donc la solidité des fondements de l'ouvrage (I) avant d'étudier la souplesse de sa structure (II).

I. Des fondements solides

Les fondements de l'adage *nullum crimen* et donc du principe de légalité criminelle, assez nombreux, peuvent pour l'essentiel²³ être réduits au nombre de deux : un fondement psychologique (A) et un fondement politique (B). Or, l'un comme l'autre ont largement contribué à fixer solidement la maxime *nullum crimen* dans notre droit, même si le second est aujourd'hui un peu plus vermoulu que le premier.

-
17. Pour un auteur qui, dans le même sens, estime que le déclin de la légalité criminelle « pose la question de la survie du principe de légalité », v. par ex. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 313.
 18. Sur cette perte de monopole et de souveraineté, v. V. Malabat, « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », *RDA* févr. 2012, p. 83.
 19. Sur tous ces défauts de la loi pénale contemporaine, v. not. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 288 et s. V. égal. V. Malabat, « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », préc., p. 83 ; Ch. Clavier, « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16 ; F. Rousseau, « Légalité et légitimité du juge en matière pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-F. Seuic*, PUN, 2018, p. 658 ; M. Lacaze, « Légalités, interprétation et normativité de la jurisprudence pénale. La fin d'une hypocrisie française », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Ph. Conte*, LexisNexis, 2023, p. 472.
 20. Sur ces attaques contre le principe de légalité, v. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., p. 235 et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 259 et s. V. égal. M. Ancel, « La règle “nulla poena sine lege” dans les législations modernes », *Annales de l'Inst. dr. comp. Univ. Paris*, 1936, p. 245 ; H. Roland et L. Boyer, op. cit., v° « Nullum crimen sine lege » ; J. Walther, « L'interprétation en droit pénal allemand, considérations comparatistes sur les frontières du processus créateur de droit par le juge », in F. Stasiak (dir.), *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, Dalloz, 2015, p. 84. Ces critiques furent d'ailleurs si rudes qu'à l'occasion de deux congrès internationaux organisés en 1937, le besoin fut ressenti de réaffirmer l'importance du principe de légalité criminelle. Sur ce point, v. RSC 1937, p. 750 et s. et p. 755 et s. V. égal. M. Ancel, « À propos de quelques discussions récentes sur la règle “nulla poena sine lege” », préc., p. 670.
 21. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., p. 252 ; J. Walther, « L'interprétation en droit pénal allemand, considérations comparatistes sur les frontières du processus créateur de droit par le juge », préc., p. 84.
 22. Et ce d'ailleurs, de façon quasi-universelle. Même les pays anglo-saxons n'ignorent pas le principe. Sur ce dernier point, v. not. M. Ancel, « La règle “nulla poena sine lege” dans les législations modernes », préc., p. 251. V. égal. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., p. 227 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 391 ; F. Desportes et F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 150.
 23. Au-delà des fondements psychologique et politique, la légalité a aussi pour objet de protéger la liberté individuelle. En imposant que le périmètre de l'autorisé et de l'interdit soit strictement défini, le principe de légalité garantit en effet la liberté de ceux qui se conduisent conformément à la règle. Cet aspect de la légalité se retrouve sous la plume de Montesquieu lorsqu'il écrit qu'« il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative ». En outre, la légalité se voit également parfois attribuer une fonction pédagogique. En ce qu'elle exige d'identifier les comportements contraires à l'ordre public pénal et devant comme tels être interdits, la légalité permet ainsi à chacun de connaître les valeurs communément admises par la société et protégées par le droit pénal.

A. Le fondement psychologique

L'adage *nullum crimen* est d'abord arraisonné à un fondement dit psychologique en vertu duquel une loi doit préalablement exister pour dire à l'avance quels sont les comportements interdits ainsi que les peines encourues par ceux qui agiraient contre la loi. C'est dire que la loi sert d'avertissement. *Lex moneat prius quam feriat*²⁴ : la loi doit avertir avant de frapper. Et, cette fonction d'avertissement est par ailleurs renforcée par les qualités que la loi pénale doit revêtir – elle doit notamment être claire et précise pour être prévisible –, par la non-rétroactivité des lois pénales²⁵, ainsi que par la règle selon laquelle les textes pénaux sont d'interprétation stricte²⁶, laquelle interdit d'interpréter les textes extensivement et donc au-delà de ce qu'ils contenaient d'avertissement.

Pour démontrer que la permanence de l'adage *nullum crimen* s'explique par la solidité de son fondement psychologique, il faut toutefois vérifier, d'une part, que ce fondement demeure et, d'autre part, qu'il est bien exprimé par l'adage.

Que la fonction d'avertissement constitue le fondement psychologique persistant de l'adage ne pose a priori que peu de difficultés, dans la mesure où il n'a jamais réellement été remis en cause. Il aurait pourtant pu l'être, notamment par le prisme de l'analyse économique du droit. En sonnant l'avertissement, la loi permet en effet aux individus rationnels de procéder à un calcul coût-avantage et ainsi de violer la loi pénale toutes les fois qu'il demeure intéressant pour eux de le faire. De ce point de vue (et de ce point de vue seulement), la fonction d'avertissement de la loi pénale produit donc des effets pervers qui auraient pu conduire à préférer une loi imprévisible, laquelle permet en effet de déjouer ce type de calculs²⁷. Reste qu'une telle remise en cause n'a semble-t-il jamais sérieusement été avancée, de sorte que la fonction d'avertissement de la loi

pénale constitue toujours l'un des fondements les moins contestés et donc les plus solides de la légalité.

Encore faut-il toutefois que l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* exprime bien un tel fondement. Il est possible d'en douter a priori, dans la mesure où la maxime ne dit rien de tel expressément. À bien y regarder toutefois, la fonction d'avertissement est implicitement consacrée par l'adage. En effet, l'adage « pas d'infraction ni de peine sans loi » n'a de sens que si la loi à laquelle il est fait référence s'entend d'une loi préalable. Il en découle que l'adage *nullum crimen* exprime implicitement²⁸ mais nécessairement son fondement psychologique.

Reste qu'il est dès lors possible de se demander pourquoi l'adage *nullum crimen* a perduré sans être remplacé par un brocard plus explicite, tel l'adage *lex moneat prius quam feriat*. Il aurait même été possible d'en inventer pour l'occasion : crime imprévisible, crime irrépréhensible, par exemple. Si de tels adages n'ont toutefois guère réussi à se substituer à l'adage *nullum crimen*, la raison en est simple : aussi clairs qu'ils puissent être sur le fondement psychologique de la légalité, ils ne disent rien, contrairement à l'adage *nullum crimen*, de son fondement politique. C'est dire que *nullum crimen* semble notamment n'avoir pu se maintenir que parce qu'il exprime les deux à la fois.

B. Le fondement politique

Outre une fonction psychologique, le principe de légalité criminelle repose sur un deuxième fondement dit politique, selon lequel la liberté individuelle ne doit pouvoir être restreinte que par la volonté générale. Ainsi, pour Beccaria, « seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits ; et ce pouvoir ne peut être détenu que par le législateur, qui représente toute la société réunie par un contrat social »²⁹. Puisque la loi au sens formel est seule considérée comme l'expres-

24. Attribuée au chancelier Bacon (1561-1626). Sur cette affiliation, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 266, qui cite J.-P. Doucet, *La loi pénale*, 3^e éd., Saint Gildas de Rhuy, 2003, p. 18. L'idée sera également reprise par Portalis dans son *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, où il énonce semblablement que « le législateur ne doit point frapper sans avertir ».

25. En tout cas quand elles sont plus sévères. En effet, lorsqu'elles sont au contraire plus douces, la fonction d'avertissement s'efface devant un principe de clémence qui, à l'inverse, plaide en faveur de la rétroactivité de telles lois.

26. C. pén., art. 111-4.

27. Dans un sens similaire, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 261.

28. Ce qui n'est pas problématique en soi car l'adage « parle à l'imagination » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 384).

29. C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 1765, Gallimard, rééd. 2015, ch. III.

sion de cette volonté générale, il en découle qu'elle seule peut être à la source du droit pénal, ce qu'exprime parfaitement l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁰.

Il n'en reste pas moins que cette dimension du principe de légalité a particulièrement subi l'usure du temps et est aujourd'hui largement érodée. D'une part, la Constitution du 4 octobre 1958 a fait entrer le règlement parmi les sources du droit pénal. L'article 111-2 du code pénal en a pris acte. D'autre part, le rôle du juge est aujourd'hui bien plus important que celui qui était le sien au sortir de la Révolution. La transformation du juge a d'ailleurs été si radicale qu'on n'hésite plus aujourd'hui à dire que la jurisprudence a désormais un caractère normatif³¹.

La question qui se pose alors ici est la suivante : pourquoi avoir maintenu et maintenir encore un adage qui fait de la loi, expression de la volonté populaire, la source exclusive du droit pénal alors que cette exigence n'est plus guère respectée ? Il semble que la réponse tienne tout à la fois au rôle des adages et au rôle du juge lui-même.

S'agissant des adages, il faut d'abord observer qu'en raison de leur concision, les adages sont nécessairement approximatifs³². Aussi se maintiennent-ils quand bien même ils ne décrivent ni fidèlement ni dans tous ses détails l'état du droit positif. Ensuite et surtout, les adages présentent souvent une vision non pas réelle mais idéale du droit, celle vers laquelle le droit positif doit tendre. Ce faisant, ils « tirent le droit positif vers le haut »³³.

Il faut en outre préciser, s'agissant du rôle du juge, que celui-ci n'est en quelque sorte admis que par pragmatisme, et non par volonté. La

conception originelle du principe de légalité, qui veut que tout le droit pénal soit contenu dans la seule loi au sens formel, n'est en effet réalisable que si la loi peut effectivement tout prévoir et tout définir. Or, il est vite apparu que tel ne pouvait être le cas, de sorte que le juge dût nécessairement intervenir à côté de la loi³⁴. La Cour européenne des droits de l'homme juge dans le même sens que, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris en droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation »³⁵. Un exemple paroxystique de la nécessité de l'interprétation judiciaire nous paraît d'ailleurs devoir être trouvé dans un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 mars 2022³⁶, dans lequel les juges ont été conduits à préciser ce qu'il faut entendre par « trottoir » : eut-il fallu que le législateur le définisse lui-même, et faudrait-il qu'il en fasse de même de chaque mot qu'il emploie ?

Si le rôle du juge s'est donc accru et ce, par nécessité, il faut toutefois encore observer que la loi n'est pas non plus totalement éclip­sée par le juge, de sorte que la dimension politique de l'adage *nullum crimen* n'est pas fondamentalement remise en cause. En effet, si le juge peut désormais interpréter la loi et avoir de ce fait un certain pouvoir créateur, il interprète toujours un texte de loi³⁷ et ne crée donc pas à partir de rien³⁸. Il en découle que la loi demeure la source centrale du droit pénal, et que le fondement politique de l'adage continue de constituer un ancrage, même si la loi n'est plus l'unique source du droit pénal.

30. Sur ce fondement politique, v. not. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p. 255. V. aussi B. de Lamy, « Le principe de légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 19.

31. Il est en tout cas reconnu par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il juge qu'« une interprétation jurisprudentielle » peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-852 QPC). La Cour de cassation l'admet elle-même lorsqu'elle considère que ses propres revirements de jurisprudence sont des changements de norme (Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814). Sur ce caractère normatif de la jurisprudence, v. not. M. Lacaze, « Légalité, interprétation et normativité de la jurisprudence pénale. La fin d'une hypocrisie française », préc., p. 471.

32. V. ainsi G. Cornu, « Adages et brocards », préc., p. 26. V. égal. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 376 et s.

33. G. Cornu, « Adages et brocards », préc. V. aussi G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 371.

34. Sur ce point, v. J.-C. Saint-Pau, « L'interprétation des lois », RSC 2015, p. 274 ; J.-B. Perrier, « La jurisprudence en droit pénal », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, LGDJ, 2015, p. 115. V. égal. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 154 et s.

35. CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S. W. c/ Royaume-Uni*. Plus récemment, v. CEDH, 9 juill. 2024, n° 38998/20, *Delga c/ France*.

36. Crim., 8 mars 2022, n° 21-84.723.

37. Ou un règlement.

38. Dans le même sens, v. F. Rousseau, « Légalité et légitimité du juge en matière pénale », préc.

Enfin et surtout, les fondements de *nullum crimen* sont de toute façon bien trop importants pour que l'abandon de l'adage soit souhaitable ou ne serait-ce qu'envisageable, quand bien même le droit pénal ne les respecte pas toujours formellement, notamment en concédant une certaine place au juge. Il apparaît d'ailleurs que c'est précisément l'incursion du juge en la matière qui a assoupli la structure de l'adage, ce qui lui a permis de se maintenir.

II. Une structure souple

Si la solidité des fondements de la règle *nullum crimen* a rendu nécessaire le maintien – et donc la permanence – de cet adage, une telle pérennité n'a été rendue possible que par sa souplesse. Celle-ci a en effet permis à l'adage de s'adapter à l'ère du temps, sans jamais devoir être écarté ou remis en cause. De cette souplesse, nous prendrons deux exemples, l'un classique, l'autre plus récent. Le premier concerne la plasticité de la notion de loi (A). Le second a trait à l'élasticité de la notion de prévisibilité (B).

A. La plasticité de la notion de loi

L'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* exige que toutes les infractions et les peines soient prévues par la loi. Or, pour les philosophes des Lumières, cette loi devait évidemment s'entendre au sens formel, en tant qu'acte voté par le Parlement. En confiant une compétence pénale au règlement³⁹, la Constitution du 4 octobre 1958 a donc méconnu cette exigence. Fallait-il alors en conclure que cette évolution est contraire au principe de légalité ? Fallait-il, pour en rendre compte, remplacer l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* par le suivant : *nullum crimen, nulla poena sine lege par le décret*⁴⁰ ? Pas nécessairement. Ce n'est en tout cas pas ce qu'il s'est passé. Grâce à la polysémie du terme « loi », il a en effet suffi de faire valoir que la notion de loi devait désormais s'entendre, non

plus au sens formel, mais comme synonyme de droit écrit, ce qui permettait d'inclure dans la légalité tant la loi que le règlement.

De même, lorsque la loi fut concurrencée, non plus seulement par le règlement, mais par le juge, cette évolution aurait pu être déclarée contraire au principe de légalité, et conduire à ce que la maxime traditionnelle soit remplacée par la suivante : *nullum crimen, nulla poena sine iure*. Ici encore, ce ne fut toutefois pas nécessaire, car la notion de loi a été suffisamment plastique pour s'adapter à cette seconde évolution, et s'entendre désormais au sens le plus large de droit (non plus seulement écrit)⁴¹. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle considère que « la notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 [...] englobe le droit écrit comme non écrit »⁴², autrement dit « le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle »⁴³.

Fondamentalement, il en découle que ces diverses évolutions du droit pénal ne se sont pas développées en marge du principe de légalité, mais bien en son sein. C'est dire aussi que ces évolutions ne peuvent pas être en soi contraires au principe de légalité. Elles contredisent seulement une certaine conception (disons stricte ou originelle) dudit principe, en même temps qu'elles sont la traduction d'une autre façon (plus souple, plus permissive) de concevoir la légalité.

D'une façon plus générale, il en résulte aussi que, grâce à la plasticité de la notion de loi et selon l'acception qui en est retenue, la maxime n'exclut a priori aucune conception de la légalité mais, au contraire, les contient toutes. De cette manière, l'adage *nullum crimen* est susceptible d'être l'expression d'un droit passé et révolu autant qu'il est le reflet – aussi imparfait soit-il – du droit positif. Il décrit le droit présent tout en gardant en mémoire toute l'histoire de la légalité, ce qui nous fait penser que les adages sont en quelque sorte les cathédrales du droit : monu-

39. Sur ce point, v. par ex. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 147 et s.

40. V. par ex. H. Roland, *Lexique juridique des expressions latines*, 8^e éd., LexisNexis, 2021, v^o « *Nullum crimen sine lege* ».

41. Sur ces différentes notions de légalité et sur la proposition de remplacer l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* par *nullum crimen, nulla poena sine iure*, v. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « Les principes de la légalité des délits et des peines », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, Pedone, 1980, p. 149.

42. CEDH, 22 nov. 1995, S. W. c/ Royaume-Uni, préc. Plus récemment, v. CEDH, 10 juil. 2025, n^o 76634/16, *Wulffaert et Wulffaert Beheer NV c/ Belgique*.

43. CEDH, 15 nov. 1996, n^o 17862/91, *Cantoni c/ France*. Plus récemment, v. CEDH, 15 avr. 2025, n^o 22198/18, *Bădescu et autres c/ Roumanie*.

mentaux, ils traversent les siècles tout en portant la marque de toutes les époques vécues. Or, si cette traversée des âges a d'abord été permise par la polysémie du terme « loi », la souplesse de l'adage provient aujourd'hui davantage de la plasticité de la notion de prévisibilité.

B. L'élasticité de la notion de prévisibilité

Pour assurer les fonctions qui sont les siennes – et notamment avertir – la loi pénale doit impérativement être claire, précise, intelligible et accessible pour être prévisible. C'est dire qu'il découle du principe de légalité une exigence de prévisibilité, laquelle peut également être rattachée à l'adage *nullum crimen*, tant il est évident que, pour que l'adage ait un sens, la loi à laquelle il est fait référence ne peut s'entendre que d'une loi prévisible. Or, cette notion de prévisibilité a largement évolué dans le temps. Pour s'en convaincre, il faut d'abord envisager le domaine de cette exigence de prévisibilité pour étudier ensuite sa signification.

S'agissant donc d'abord du domaine de l'exigence de prévisibilité, il était à l'origine extrêmement étroit pour ne concerner que la loi. Une telle délimitation de cette exigence était parfaitement logique : la loi étant la source exclusive du droit pénal, elle seule pouvait être l'objet de cette exigence de prévisibilité. De ce qui précède, il résulte également qu'à l'inverse, à partir du moment où d'autres sources du droit pénal ont été admises à côté de la loi au sens formel, ces autres sources ont pareillement dû être soumises à une exigence de prévisibilité : tel est donc désormais le cas de la loi, du règlement mais aussi et surtout de la jurisprudence. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose lorsqu'elle admet « la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent

avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »⁴⁴. En témoignent également les solutions retenues en matière de revirements de jurisprudence⁴⁵, qui confirment que la loi, le règlement comme la jurisprudence doivent être prévisibles. Or, cette extension du domaine de l'exigence de prévisibilité a entraîné une modification du sens de cette exigence.

S'agissant donc ensuite de la signification de l'exigence de prévisibilité, l'impératif était à l'origine entendu strictement. La Cour de cassation précisait ainsi que « toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui »⁴⁶. Prévisibilité rimait alors avec exactitude, avant que cette exigence ne soit assouplie sous l'influence, notamment, de la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme considère en effet que l'exigence de prévisibilité est satisfaite lorsque la personne concernée est « à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁴⁷. Le texte n'a donc pas besoin d'être véritablement prévisible : il suffit qu'il le soit raisonnablement. Et la Cour d'ajouter que les dispositions pénales « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue »⁴⁸. C'est dire si nous sommes loin de la conception originelle de la prévisibilité. De son côté, le Conseil constitutionnel lui-même a retenu une conception assez souple de la prévisibilité, lorsqu'il a déduit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁴⁹. Au lieu de prévision certaine, le Conseil se contente ainsi d'une prévisibilité seulement suffisante.

44. CEDH, 22 nov. 1995, *S. W. c/ Royaume-Uni*, préc. Plus récemment, v. CEDH, 15 avr. 2025, *Bădescu et autres c/ Roumanie*, préc.

45. Nous savons en effet que, depuis un certain temps déjà, la Cour européenne des droits de l'homme impose que les revirements de jurisprudence soient prévisibles pour pouvoir rétroagir (v. ainsi CEDH, 10 oct. 2006, n° 40403/02, *Pessino c/ France*). Cette solution a récemment été admise par la chambre criminelle de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 7 de la Conv. EDH (Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955). Sur cette question des revirements de jurisprudence, v. not. J.-C. Saint-Pau, « Le revirement d'interprétation », préc., p. 175.

46. V. par ex. Crim., 25 oct. 1990, n° 90-80.535.

47. CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*. Plus récemment, v. CEDH, 9 oct. 2025, n°s 1986/09 et 67556/13, *Petrizzo et autres c/ Italie*.

48. V. par ex. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, préc.

49. Cons. const., 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC.

Les juges sont allés plus loin encore puisqu'ils ont fini par apprécier, non plus la prévisibilité du texte en lui-même, mais la prévisibilité du texte tel qu'il est interprété judiciairement. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'impératif de prévisibilité est rempli « lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »⁵⁰. Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel a admis la prévisibilité de la circonstance aggravante de bande organisée aux motifs que « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales [avait] apporté les précisions complémentaires utiles »⁵¹. Pire encore, les juges prennent appui sur l'interprétation judiciaire pour en déduire que le texte soumis à leur contrôle est suffisamment clair et précis. Le raisonnement est alors le suivant : le texte est considéré comme conforme au principe de légalité s'il peut être interprété⁵². La Cour de cassation est en tout cas en ce sens lorsqu'elle pose qu'un texte est « suffisamment clair et précis pour que son interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire »⁵³. Dans ces hypothèses, la prévisibilité ne se vérifie donc plus véritablement au regard du texte, mais au regard de son interprétation judiciaire. Or, cette prévisibilité de la jurisprudence est elle-même appréciée très soupagement. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme juge par exemple qu'une interprétation jurisprudentielle est prévisible « dès lors que la solution retenue faisait partie des interprétations pos-

sibles »⁵⁴. De même, la Cour de cassation a pu considérer que son revirement de jurisprudence relatif à l'abus de confiance portant sur un immeuble était prévisible au motif qu'elle s'était « par plusieurs arrêts antérieurs aux faits poursuivis, engagée dans le sens d'un élargissement de la conception de l'objet détourné ». C'est dire que la prévisibilité n'exige plus que les individus puissent exactement connaître à l'avance ce qui est pénalement interdit. Désormais, ils doivent seulement être susceptibles de le deviner. En définitive, derrière un terme unique – celui de « prévisibilité » –, ce sont donc des réalités bien diverses qui se dessinent. Or, puisque la notion de prévisibilité est elle-même élastique, et peut s'entendre de manière plus ou moins exigeante, il est difficile de prétendre que ces changements sont radicalement contraires au principe de légalité. En effet, ils contredisent seulement une certaine conception dudit principe, ce qui permet donc à l'adage de se maintenir.

À la fin, c'est donc toute une déclinaison de la légalité que l'adage *nullum crimen* renferme et nous donne à voir : tantôt « rigide »⁵⁵ voire « rigoriste »⁵⁶, tantôt « souple »⁵⁷, voire « molle »⁵⁸, comme si le principe de légalité présentait mille et un visages. Ce n'est sans doute pas totalement inexact. Il n'en reste pas moins vrai qu'à force d'étirer le sens des mots, de tordre les concepts et d'admettre toutes les déformations, il arrivera un moment où l'édifice ploiera, et où l'adage cédera. Si donc, pour le moment, il se maintient, la question qui gronde déjà est la suivante : jusqu'à quand ?

50. CEDH, 22 nov. 1995, *S. W. c/ Royaume-Uni*, préc. Plus récemment, v. CEDH, 9 juill. 2024, *Delga c/ France*, préc.

51. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

52. Sur ces points, v. not. Ph. Conte, « Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », préc. ; Ph. Conte, « La distinction de la légalité formelle et de la légalité matérielle : ses dits et ses non-dits », *Dr. pén.* 2020, étude 23. V. égal. F. Safi, « Le juge pénal de demain », *Dr. pén.* 2023, dossier 10, n° 14.

53. Pour un exemple récent, v. Crim., 10 juill. 2024, n° 24-81.078.

54. CEDH, 1^{er} sept. 2016, n° 48158/11, *X. et Y. c/ France*. Plus récemment, v. CEDH, 15 mai 2023, n° 45581/15- *Sanchez c/ France*.

55. V. par ex. M. Lacaze, « Légalité, interprétation et normativité de la jurisprudence pénale. La fin d'une hypocrisie française », préc., p. 472.

56. V. par ex. F. Desportes et F. Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 154.

57. V. par ex. E. Dreyer, op. cit., p. 535.

58. V. par ex. J. Bonnet, « Le principe de légalité criminelle », in F. Hourquebie et V. Peltier (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Cujas, 2013, p. 18.

Dossier

Permanence des adages du droit

De minimis non curat praetor

Nicolas Cayrol

Professeur à l'université de Tours

Co-directeur de l'IRJI François-Rabelais

1. L'étude des proverbes et autres formules frappées, brèves et frappantes, que sont les adages, axiomes, sentences, maximes, brocards, apophtegmes et autres aphorismes a un nom savant : la « parémiologie », du grec *paroimia*, qui signifie « adage ». Les bases théoriques de cette science ne sont pas très sûres : il n'existe pas de définitions claires des notions, de sorte que les rapports des notions entre elles ne débouchent pas sur une classification satisfaisante. Les spécialistes de parémiologie en ont bien conscience. C'est avec beaucoup de prudence, et sous toutes réserves, que le philologue italien Renzo Tosi, auteur d'un monumental dictionnaire des sentences latines et grecques, esquisse la typologie suivante de ces formules, tout en mettant en garde sur les ambiguïtés de cette typologie et en soulignant sa portée très relative : il suggère « qu'un proverbe est une brève expression traditionnelle, qui délivre, le plus souvent à l'aide d'images et de métaphores, un enseignement moral et prend ses racines dans la sagesse populaire; qu'un adage est une expression voisine du proverbe, mais dont les origines sont moins populaires; qu'un apophtegme est au contraire une phrase célèbre attribuée à un grand personnage; qu'une sentence, en quelques mots, exprime un enseignement moral, dont l'origine n'est plus populaire mais érudite et littéraire; qu'une maxime pos-

sède les mêmes caractéristiques qu'une sentence, mais qu'elle est plus développée, plus élaborée philosophiquement parlant, et qu'enfin un aphorisme est une pensée d'un auteur et qu'il fait expressément référence à l'un des plus importants genres littéraires moderne, le genre aphoristique »¹. Ainsi, les formules brèves se classeraient selon leur source et leur contenu. Gérard Cornu rencontre à peu près les mêmes critères lorsqu'il étudie de manière approfondie les adages en droit dans son précis Domat de *Linguistique juridique*².

Pour Renzo Tosi, *de minimis non curat praetor* serait une « maxime ». La formule, en effet, est anonyme et d'origine savante : « maxime juridique médiévale anonyme », écrit-il³. Assurément, *de minimis*... n'est pas d'origine populaire, ne serait-ce que par sa formulation en latin, qui n'est pas la langue populaire. Maxime ou sentence ? D'après Renzo Tosi, la différence est de degré, considérant qu'une maxime est « plus développée », « plus élaborée philosophiquement parlant » qu'une sentence. Suivant ce critère, on se dit que *de minimis* n'est guère qu'une sentence, car « philosophiquement parlant », il n'exprime tout de même pas une idée très profonde... À quoi Renzo Tosi rétorquerait peut-être que les sentences délivrent plutôt un « enseignement moral » qui est absent du *de minimis*... ce qui est exact.

1. R. Tosi, *Dictionnaire des sentences latines et grecques*, éd. Jérôme Million, 2010, trad. R. Lenoir, p. 17.

2. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2005, n° 102. *Adde*, du même auteur, v° « Adages et Brocards », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003.

3. R. Tosi, *op. cit.*, n° 970, p. 720.

2. Quelle idée exprime cette maxime ? C'est une idée simple, selon laquelle les gens importants ne s'occupent pas des petites choses. Cette idée repose sur un raisonnement *a contrario* limpide : les gens importants s'occupent des choses importantes ; *a contrario*, ils ne s'occupent pas des choses minuscules. Mais limpide ne veut pas dire rigoureux. Un raisonnement *a contrario* n'est en effet probant que dans des conditions précises et limitées. En l'occurrence, ces conditions font défaut ici, de sorte que le raisonnement est faible : « ce n'est pas parce que mon verre n'est pas plein qu'*a contrario* il est vide » ; de même, ce n'est pas parce que les gens importants s'occupent des choses importantes qu'ils ne s'occupent pas aussi des petites choses. La vérité de *de minimis non curat praetor* est donc celle d'une simple supposition, une supposition vraisemblable car les gens importants ne peuvent assurément pas tout faire, mais une supposition intrinsèquement discutable, donc propre à alimenter sans fin les propos de table ou les discussions de comptoir. Ce n'est pas le raisonnement qui la fonde qui peut expliquer le succès de la maxime.

3. Le génie de cette formule, qui lui donne son caractère frappant et explique sans doute qu'elle ait traversé les siècles, est d'apparier en seulement cinq mots le grand et le petit, l'important et le négligeable, soulignant le contraste, et présentant la négation (*non curat*) comme une claire évidence : « bien sûr que non : les importants ne s'occupent pas des brouilles ! ». La force de la maxime est d'ordre poétique. Ici, il convient de remarquer que le génie de la maxime n'est accessible qu'à ceux qui savent que le préteur est un personnage important. Si le sens de *minimis* est transparent pour n'importe qui, celui de *praetor* est réservé aux gens cultivés qui savent ou se souviennent, même vaguement, que le préteur était à Rome un haut magistrat de la cité, investi de fonctions éminentes. Mais peut-être est-ce là, en réalité, une sorte de génie supplémentaire de la maxime, d'ordre psychologique, qui consiste à

flatter celui qui comprend en lui montrant qu'il n'est pas n'importe qui puisqu'il est assez cultivé pour comprendre (étant observé que tout lecteur d'*Astérix en Corse* sait qu'un préteur est un haut personnage romain).

4. Renzo Tosi affirme que la maxime de *minimis*... est juridique. Elle l'est assurément, car elle n'est pas rare dans les écrits juridiques. Mais avant de parler de la place de la maxime en droit, il convient de dire qu'elle n'est pas seulement juridique, comme en témoigne sa mention dans les « Pages roses » du *Petit Larousse*. Elle est de culture générale, et on peut même dire de culture générale populaire⁴. Une recherche des occurrences de la maxime sur le fonds numérisé de la Bibliothèque nationale de France fait apparaître de nombreux articles de la presse régionale. À noter que dans la littérature extra juridique, la maxime est rarement utilisée au premier degré pour justifier que les gens importants ne s'occupent pas des choses sans importance. Le plus souvent, elle est citée ironiquement pour critiquer un responsable qui se méprend sur ses devoirs, soit parce qu'il les croit à tort indignes de lui et qu'il les néglige, soit, au contraire, parce qu'il perd son temps à des choses indignes de sa charge (la maxime est un lieu commun de la presse d'opinion pour dénoncer la posture d'un responsable politique au regard d'un modèle de chef idéal : « le général De Gaulle ne se serait jamais abaissé à cela... »). Quelquefois, elle est citée pour railler un *minus* prétentieux qui néglige son office parce qu'il se croit important.

5. En droit, la maxime de *minimis*... apparaît dans deux types de discours. Elle apparaît d'abord dans les discours sur le droit en général, lorsqu'il s'agit d'indiquer les limites de celui-ci. Le droit a-t-il vocation à tout régir (I) ? Elle apparaît ensuite à propos de règles particulières dont l'application requiert une appréciation quantitative (II).

4. Du reste, d'après Renzo Tosi (*op. et loc. cit.*), le premier livre imprimé mentionnant la maxime serait non pas un livre de droit mais le recueil général d'adages populaires composé par Paolo Manuzio, *Adagia optimorum vtriusque linguae scriptorum omnia*, 1603. Toutefois, dans ce livre, la maxime n'est pas référencée pour elle-même : elle n'apparaît qu'en commentaire, en conclusion de la notice relative à l'adage *Pauperi vitulus est castrum* : le veau d'un pauvre est château. En substance, le commentaire explique que chacun doit se contenter de ce qu'il a, que les temps sont durs pour tout le monde, qu'il n'est donc pas convenable de se plaindre, et que de toute façon *de minimis non curat praetor*...

I. Le droit en général

6. Les limites du droit constituent un des grands problèmes de la philosophie du droit. Le droit a-t-il vocation à s'occuper de tout ? Dira-t-on au contraire que le droit a des limites, qu'il y a forcément des choses qui échappent à son emprise ? Ce problème passionna Jean Carbonnier, qui lui a porté une attention constante. Carbonnier était résolument contre une conception totalisante du droit. Pour lui, la vie en société ne relève que partiellement du droit : à côté de ce que le droit saisit pour le régir, il y a le « non-droit »⁵ qui, tel l'amour ou l'enfant de Bohème, n'a jamais connu de loi. Pour Carbonnier, non seulement le droit est intrinsèquement limité, mais il est en outre très important qu'il veille à ses propres limites. Selon lui, une part suffisante de non-droit est absolument nécessaire à la vie en société, considérant que « toute loi, en soi, est un mal »⁶ ! Un moindre mal sans doute, un mal nécessaire certainement, mais un mal... Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que Jean Carbonnier, à la recherche des limites du droit, se soit intéressé à ces choses si minimes qu'elles échappent au droit, ces choses minuscules qui restent et doivent rester en deçà du seuil de la juridicité. Il leur a consacré deux articles « jumeaux », tous les deux repris dans son célèbre recueil *Flexible droit*, avec un sur-titre commun : « Vers le degré zéro du droit : de *de minimis*... »⁷ et « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout et de rien »⁸. Outre ces deux études dédiées, il n'a jamais manqué, dans tous ses écrits, de souligner et de justifier les limites des règles, expliquant qu'elles ne devaient avoir prise qu'au-delà d'un certain seuil de gravité. Par exemple, dans son précis « Thémis » de droit civil, à propos de la théorie des troubles anormaux de voisinage, il écrit que son « principe n'est point de réparer les troubles anormaux, mais bien de *supporter les inconvénients nor-*

maux. Là est l'idée maîtresse de la communauté de voisinage »⁹.

7. Dans le prolongement de cette réflexion sur les limites du droit, la maxime *de minimis*... est parfois invoquée pour présenter la délimitation des rôles de ceux qui font le droit. Notamment, le législateur a-t-il vocation à légiférer sur tout ? Dans leur recueil des *Adages du droit français*, Henri Roland et Laurent Boyer réservent la moitié de la notice qu'ils consacrent à la maxime à cette question de droit constitutionnel, expliquant que, selon eux, la répartition des domaines de la loi et du règlement des articles 34 et 37 de la Constitution de la V^e République « procède directement du *de minimis non curat praetor* » : à la loi les principes fondamentaux et autres sujets importants; le reste au règlement... et ces deux auteurs de déplorer que « l'abaissement que les usages avaient naguère infligé à la loi se retrouve aujourd'hui aggravé au niveau du règlement »¹⁰. C'est le moment de signaler une variante de la maxime : on rencontre parfois aussi, en effet, la formule *de minimis non curat lex*.

II. Les règles particulières

8. Par-delà ces réflexions générales sur le droit et ceux qui le font, la maxime *de minimis*... a surtout été rapportée à des règles de droit particulières, pour souligner un problème d'application lorsque les faits en cause sont minimes. Par exemple, en règle, la recevabilité des prétentions est subordonnée à un intérêt légitime (CPC, art. 31). Un intérêt minime en fait est-il légitime ? Dira-t-on que le juge doit rejeter sans examen au fond les prétentions d'un intérêt dérisoire ? Dit de manière imagée, les faits minuscules restent-ils dans le tamis des règles de droit ?

9. La règle qui paraît être à l'origine de l'apparition de la maxime dans la littérature juridique médiévale, celle du moins qui est la plus citée par

5. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 25.

6. J. Carbonnier, « Toute loi, en soi, est un mal », in *Essai sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 317.

7. J. Carbonnier, « Vers le degré zéro du droit : de *de minimis*... », in *Flexible droit*, op. cit., p. 74. Ce texte remanié est d'abord paru dans les *Mélanges Jean Vincent*, Dalloz, 1981.

8. J. Carbonnier, « Vers le degré zéro du droit : De peu, de tout, de rien », in *Flexible droit*, op. cit., p. 84. Ce texte, « jumeau du précédent » précise-t-il en note, est d'abord paru dans les *Mélanges René Rodière*, Dalloz, 1981.

9. J. Carbonnier, *Droit civil. Les Biens*, 6^e éd., PUF, coll. « Thémis », 1969, n° 59. Comp. J. Julien, in P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 13^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2023/2024, n° 2242.21.

10. H. Roland et L. Boyer, « De *de minimis non curat praetor* », in *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, n° 80, p. 154.

les auteurs anciens, est relative à la lésion : le contrat lésionnaire doit être rescindé, ce qui implique la restitution intégrale de ce qui a été remis. Mais qu'est-ce que la lésion ? Un déséquilibre entre les prestations. Pas de problème lorsque la lésion est bien caractérisée. Mais que faire si le déséquilibre est peu important, donc si la lésion est limitée, voire si elle est minime ? Faut-il quand même ordonner les restitutions ? Le *Digeste* rapporte sur ce point le propos de Callistrate : « je sais que plusieurs sont d'avis qu'on ne doit point admettre les demandes en restitution quand la lésion est modique (*minimam rem*), surtout si la restitution demandée doit porter préjudice à une affaire dont la nature ou l'objet est plus considérable »¹¹. Pour les commentateurs de cet extrait du *Digeste*, ce propos illustre l'idée selon laquelle *de minimis non curat praetor*¹².

A. Le problème logique

10. D'un point de vue logique, le problème qui suscite l'évocation de la maxime *de minimis*... à propos d'une règle est toujours le même : l'application de la règle est subordonnée à un critère qualitatif qui requiert une appréciation quantitative, le problème étant de passer du quantitatif au qualitatif. Un petit peu, ce n'est pas grand-chose ; c'est si peu que cela peut être négligé ; mais petit à petit, le petit peu grossit : de négligeable, il devient considérable. Il en résulte une incertitude : oui ou non, ce peu est-il négligeable ?

11. Les logiciens appellent ce problème un « sorite ». Un sorite désigne les cas soumis à des variations quantitatives *a priori* négligeables mais dont l'accumulation de proche en proche entraînera à un moment indéterminé un changement qualitatif¹³. Le sorite le plus célèbre – et qui semble être à l'origine du mot¹⁴ – est le sorite du tas : un grain de sable ne fait pas un tas de sable ; deux grains non plus ; trois toujours pas... combien de grains de sable faudra-t-il pour faire un

tas de sable ? Autre sorite célèbre : le sorite du chauve. Perdre un cheveu ne rend pas chauve, ni deux, ni trois... mais viendra un moment où celui qui n'était pas encore chauve le sera devenu.

Le problème des sorites est connu depuis l'Antiquité¹⁵. Mais c'est dans la *Science de la logique* de Hegel que l'on trouve sa formulation la plus claire, dans le prolongement d'une longue analyse des notions de « quantité » et de « qualité », dont la synthèse réside, selon Hegel, dans la notion de « mesure ». Il écrit :

« Lorsqu'une variation quantitative a lieu, cela apparaît tout d'abord comme quelque chose de tout à fait innocent. Seulement il y a quelque chose d'autre là-dedans et cette variation apparemment innocente du quantitatif est en quelque sorte une ruse par laquelle le qualitatif est atteint. L'antinomie de la mesure, qui réside en cela, les Grecs déjà l'ont présentée à l'intuition sous toutes sortes de vêtements. Ainsi par exemple, dans le problème de savoir si *un* grain de blé fait un tas de blé, ou dans cet autre, si arracher *un* crin à la queue d'un cheval fait une queue sans poil. Si, eu égard à la nature de la quantité – dont la détermination est indifférente et extérieure à l'être, on va tout d'abord être enclin à répondre négativement à ces questions. Mais on devra pourtant bientôt accorder que cette augmentation ou diminution indifférente a aussi sa limite, et qu'on atteint alors finalement un point où, du fait de l'adjonction continue à chaque fois d'*un* seul grain de blé, naît un tas de blé, et ou, en arrachant de façon continue à chaque fois *un* seul crin, on voit naître une queue sans poil. Il en est de ces exemples comme dans l'histoire de ce paysan qui augmenta le faix de son âne, avançant allégrement, en y ajoutant demi-once après demi-once, jusqu'à ce que l'âne

11. *Digeste*, Liv. IV, Tit. 1, § 4.

12. Du moins pour les commentateurs tardifs. D'après Olivier Descamps, qui a cherché l'origine de la maxime dans la littérature juridique médiévale relative à cet extrait du *Digeste*, celle-ci n'apparaît pas sous la forme que nous lui connaissons. V. O. Descamps, « De l'adage au principe », in F. Picod (dir.), *De minimis : les petites causes en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2024, p. 11 et s.

13. V. N. Cayrol, « Qu'est-ce qu'un sorite ? », in *Mélanges Jean Rossetto*, LGDJ, 2016, p. 241.

14. Le mot vient du grec *sôros*, le « tas ».

15. La tradition attribue l'invention du sorite à un philosophe grec du IV^e siècle av. J.-C. : Eubulide de Milet (cité grecque d'Asie Mineure), contemporain et adversaire d'Aristote. Il compta Démosthène parmi ses disciples.

s'écroula sous le faix devenu insupportable »¹⁶.

Ainsi, une « variation quantitative » (« augmentation ou diminution »), minime (*un grain, un crin ou une demi-once*) est *a priori* « indifférente » (ou « innocente ») et peut être négligée, mais seulement jusqu'à un certain « point », constitutif d'une « limite » au-delà de laquelle « le qualitatif est atteint », de sorte qu'il n'est plus négligeable. Mais comment savoir si le qualitatif est atteint ? Pour les logiciens, les sorites constituent un défi de taille, puisqu'ils mettent en cause le raisonnement par récurrence¹⁷, accusent « le vague » du langage¹⁸ et frappent d'équivoque la vérité même en la scindant en « vérité stricte » et « vérité tolérante »¹⁹.

B. Le problème juridique

12. D'un point de vue juridique, le problème des règles confrontées à des faits minimes dont on se demande s'ils sont si insignifiants qu'il convient de les négliger peut être résolu de trois manières : on peut adapter la règle (1), ou adapter la qualification qui commande son application (2). On peut aussi résolument ne rien faire, et donc traiter les faits minimes de la même façon que les autres (3).

1. Adaptation de la règle applicable au *minimis*

13. Soit, de nouveau, l'exemple des restitutions consécutives à la lésion. Une lésion minime justi-

fie-t-elle la rescision du contrat et les restitutions que cela implique ? Question soristique à laquelle il est difficile répondre. Pour répondre simplement à cette question, il suffit de compléter la règle, en précisant le seuil en deçà duquel la lésion doit être considérée comme insuffisante et doit, par conséquent, être négligée : on peut ainsi poser qu'en matière de vente immobilière, la rescision ne doit pas être prononcée et les restitutions ordonnées si la lésion n'atteint pas les sept douzièmes²⁰. Le seuil fixé, pour arbitraire qu'il soit, résout le problème. Pas de discussion possible sur le point de savoir si la lésion est négligeable ou non : elle l'est en deçà du seuil fixé ; elle ne l'est point au-delà. Si le seuil apparaît inadapté, il suffit d'en poser un autre : par exemple, décider qu'en matière de partage, la lésion ne doit être prise en considération qu'à partir d'un déséquilibre de plus du quart²¹. En deçà de ce seuil, la lésion doit être négligée. Ainsi, à la règle de base qu'il convient d'appliquer s'ajoute une autre règle d'application fixant un seuil et quelquefois les modalités de calcul de ce seuil. Par exemple, « pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente »²².

14. L'ajout d'un seuil est une solution efficace auquel le droit recourt fréquemment pour neutraliser les sorites²³. En procédure civile, le principe du double degré de juridiction a toujours été

16. G. W. F. Hegel, *Encyclopédie des sciences philosophiques*, t. I, *Science de la logique*, Vrin, 2014, trad. B. Bourgeois, *Addé* n° 108, p. 544.

17. P. Egré, « Le raisonnement par récurrence : quel fondement ? », in *La Gazette des mathématiciens* oct. 2015, n° 146.

18. P. Egré, *Qu'est-ce que le vague ?*, Vrin, 2019.

19. P. Egré, « Eubulide et la conséquence logique », *Revue de métaphysique et de morale* 2024/2, n° 122, p. 243.

20. C. civ., art. 1674.

21. C. civ., art. 887, lésion qui donne droit, non à rescision, mais à complément de part : « Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage ».

22. C. civ., art. 1675.

23. Encore faut-il que la jurisprudence reconnaisse un seuil, ce qui prend parfois du temps : voir le contentieux dit de « l'année lombarde » en droit bancaire. En droit bancaire, on appelle « année lombarde » une année de 360 jours. La pratique de l'année lombarde en matière de crédit correspond la stipulation d'un taux d'intérêt annuel calculé sur la base d'une année de 360 jours et non de 365 ou 366 jours. Cette stipulation profitable au banquier augmente mathématiquement d'un chouïa la charge des intérêts du crédit pesant sur l'emprunteur, en faussant le taux annuel effectif global (TAEG) du crédit sur la foi duquel le contrat a été conclu. Dans les rapports entre banquiers professionnels du crédit et consommateur, la jurisprudence considéra longtemps que tout TAEG faussé par la stipulation d'une année lombarde impliquait nécessairement la nullité ou la déchéance complète du droit aux intérêts, même lorsque l'écart réel entre le TAEG faussé et le TAEG correct était minime. Ce n'est qu'en 2019 que la Cour de cassation, faisant évoluer sa jurisprudence, s'avisait de ce que la règle du code de la consommation exigeant « une précision d'au moins une décimale » pour le calcul du TAEG constituait un seuil en deçà duquel la sanction n'était pas encourue (Civ. 1^{re}, 27 nov. 2019, n° 18-19.097, *D. actu*, 6 déc. 2019, note J.-D. Pellier ; *RTD com.* 2020, p. 153, obs. D. Legeais). Depuis, « l'emprunteur doit démontrer que les intérêts conventionnels, calculés sur cette base, ont généré à son détriment un surcoût

écarté pour les litiges de moindre importance. Mais qu'est-ce qu'un litige de moindre importance ? La loi des 16 et 24 août 1790 disposait que « le juge de paix, assisté de deux assesseurs, connaîtra avec eux de toutes les causes purement personnelles et mobilières, sans appel jusqu'à la valeur de cinquante livres, et à charge d'appel jusqu'à la valeur de cent livres »²⁴. Aujourd'hui, la recevabilité de l'appel est subordonnée à un taux de ressort de 5 000 euros²⁵.

15. Le droit de la concurrence offre également un bon exemple, un peu plus sophistiqué. La règle posée par l'article L. 464-6 du code de commerce est que « lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider [...] qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure ». Mais que faire lorsque l'atteinte à la concurrence est minime ? À cette question soristique, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce répond en fixant un seuil :

« L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause ».

Là encore c'est la loi qui indique ce qui peut être négligé et la manière de déterminer le négligeable. On observera que pour surmonter le vague de ce qu'est une atteinte minime et donc négligeable à la concurrence, le législateur a dû s'employer pour déterminer des modalités de calcul qui ne sont pas simples²⁶.

Au titre du droit de la concurrence, signalons aussi le régime des aides d'État en droit européen de la concurrence, qui est un sujet où le *de minimis* est expressément nommé. L'article 108 § 4 du TFUE autorise la Commission à adopter, pour certaines catégories d'aides d'État, des règlements spéciaux les dispensant du régime commun. Ce texte est la base de règlements, appelés « règlements *de minimis* », prévoyant des exemptions pour les aides d'État inférieures à un certain montant, dites « aides *de minimis* »²⁷.

16. Le législateur n'est pas le seul à se servir des seuils. La doctrine aussi invente des échelles graduées, allant du plus petit au plus grand. Les historiens du droit enseignent qu'il a existé autrefois une « théorie dite de la prestation des fautes. Depuis les *professores legum* de Bologne, Montpellier et Orléans, c'était une classique question d'école que de définir la *culpa levissima*, la *culpa levis* et la *culpa lata* et que d'en faire application aux différents contrats d'après le critère de l'*utilitas contrahentium*. Il était couramment admis que si le débiteur ne retirait aucun avantage du contrat, il répondait de sa faute grave

d'un montant supérieur à la décimale prévue par le code de la consommation », hier à l'article R. 313-1, II, al. 4, aujourd'hui, à l'article annexe de l'article R. 314-3, étant précisé que « le taux concerné par l'erreur supérieure à la décimale est le taux effectif global » du prêt (Civ. 1^{re}, avis, 10 juin 2020, n° 20-70.001, *RDI* 2020, p. 446, obs. J. Bruttin). Pratiquement, la consécration de ce seuil de la décimale a mis fin à ce contentieux qui a fortement agité le droit du crédit pendant des années pour des enjeux parfois minimes (V. G. Biardeaud, « Fin de la prohibition de l'année lombarde... », *D.* 2020, p. 1410. V. J. Lasserre Capdeville, M. Storck, M. Mignot, J.-P. Kovar et N. Eréséo, *Droit bancaire*, 4^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2024, n° 1875).

24. L. des 16 et 24 août 1790, titre III, art. 9.

25. Pour une réflexion comparative sur ce seuil, v. I. Després, « Augmenter le taux de ressort ? », *JCP G* 2018, supplément au n° 13 du 26 mars 2018, p. 39.

26. V. E. Claudel, « L'adage de minimis en droit de la concurrence : une zone de sécurité précarisée ? », in F. Picod (dir.), *De minimis : les petites causes en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2024, p. 57.

27. V. R. (UE) 2023/2831 du 13 décembre 2023 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* (le seuil du *de minimis* selon ce règlement est de 300 000 euros). V. M. Merola, « Principe de minimis et aides d'État », in F. Picod (dir.), *De minimis : les petites causes en droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 73.

assimilée au dol, que si les deux parties tiraient profit, l'une et l'autre étaient tenues de leur faute légère et que si le débiteur était le seul à profiter du contrat, il devait rendre compte de sa faute très légère. Les règles de principe dégagées faisaient généralement l'objet d'une infinité de distinctions et d'exceptions; il n'était point de jurisconsultes qui ne le disputassent en arguties et cavillations »²⁸.

17. Il arrive que le législateur fixe un seuil vague dont il abandonne l'appréciation au juge : tout en complétant la règle de base d'une prescription qualitative relative aux « minutes »²⁹, il laisse au juge le soin de procéder à la mesure quantitative. Soit, par exemple, la règle selon laquelle l'exception d'inexécution n'est opposable au cocontractant que s'il y a inexécution. Longtemps, le point de savoir si l'inexécution minimale entrait dans le présumé de la règle fut un sujet de discussion débattu. Mais le législateur de 2016 a tranché : non, l'exception d'inexécution n'est pas opposable si l'inexécution est minimale; elle doit être « suffisamment grave »³⁰. Évidemment, l'application de cette règle utile à l'application de l'exception d'inexécution implique d'apprécier ce qu'est une inexécution suffisamment grave, ce qui ne peut guère se décider qu'au cas par cas, et reporte la solution du problème sur la qualification.

18. L'application de l'article 1247 du Code civil soulève la même difficulté. Ce texte relatif au préjudice écologique dispose :

« Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écolo-

gique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

Il faut comprendre que toute atteinte à l'environnement ne constitue pas un préjudice. Mais qu'est-ce qu'une « atteinte non négligeable » constitutive d'un préjudice ? Dire que c'est une atteinte suffisamment grave, c'est remplacer un mot par un autre. Dire que c'est un sorite, c'est nommer la difficulté qu'il pose sans la résoudre, l'abandonnant à la sagesse du juge chargé de la qualification³¹.

19. Parmi les règles réservant un traitement particulier aux choses de peu, l'article 35, 3, b) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue une disposition très remarquable car elle commande de manière générale l'accès au juge de Strasbourg. Selon ce texte, dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} juin 2010 :

« La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime [...] b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

Le « préjudice important » comme condition de recevabilité de la requête devant la Cour euro-

28. A. Desrayaud, « Ecole de l'exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *RTD civ.* 1993, p. 535.

29. V. la définition de ce mot dans les dictionnaires du XVIII^e siècle : A. Furetière, *Dictionnaire universel*, 1690, v^o « Minutie » : « petite chose, et de peu de conséquence. Il ne faut pas qu'un homme de qualité prenne garde aux *minuties*, aux petites dépenses. On a épluché cette affaire jusqu'aux moindres *minuties*, jusqu'aux plus petites circonstances. Le juge ne s'arrête pas aux *minuties* : C'est un proverbe latin *De minimis non curat praetor*. » Ou le *Dictionnaire de Trévoux*, (1704-1771), qui reprend Furetière sans le citer, le complète et ajoute l'entrée *minutieux*, en lui donnant une connotation péjorative : v^o « Minutie » : « (on prononce *minucie*). Bagatelle, petite chose, et de peu de conséquence. *Minutiae, res frivola, futilis, inanis*. Il ne faut pas s'arrêter à ces *minuties*. On a épluché cette affaire jusqu'aux moindres *minuties*, jusqu'au plus petites circonstances. Le juge ne s'arrête pas aux *minuties* : C'est un proverbe latin *De minimis non curat praetor*. Le mot de *minutie* a enfin franchi les portes de la langue latine. Il ne paraissait d'abord qu'en lettres italiques dans nos livres imprimés, comme un peu honteux de l'honneur qu'on lui faisait; aujourd'hui, il va la tête levée, habillé à la Française (St Evremond) »; et v^o « Minutieux, euse » : « Qui s'attache aux *minuties*, qui s'occupe des petites choses, qui y attache trop d'importance ».

30. C. civ., art. 1219, tel qu'issu de l'ord. n^o 2016-131 du 10 févr. 2016 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

31. Le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'inconstitutionnalité adressé aux mots « non négligeable » : v. Cons. const. 5 févr. 2021, n^o 2020-881 QPC, *AJDA* 2021, p. 926, note F. Savonitto; *D.* 2021, p. 709, chron. H. Gali; *ibid.* p. 1004, obs. G. Leray et V. Monteillet; *JCP G* 2021, 217, obs. G. J. Martin; *RCA* 2021, étude 4, note J. Lagoutte; *Dr. rur.* 2021, n^o 74, obs. B. Grimonprez; *Gaz. Pal.* 20 avr. 2021, p. 18, note C. Dubois; *ibid.*, p. 28, obs. S. Gerry-Vernière; *RTD civ.* 2021, p. 474, obs. N. Cayrol.

péenne des droits de l'homme est encore une de ces notions déroutantes qui mêlent quantité et qualité. On observera cependant à propos de l'article 35, 3, b) que le texte lui-même encadre ce critère soristique de deux réserves expresses qui oblige la Cour à motiver l'irrecevabilité qu'elle prononce de ce chef³². Si « le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles » l'exige, la requête fera l'objet d'un examen au fond nonobstant l'absence de préjudice important pour le requérant, de sorte qu'une nouvelle affaire de corde à linge n'est pas inconcevable³³.

2. Qualification du *minimis*

20. En l'absence de règle complémentaire, une autre manière de résoudre le problème que pose l'application d'une règle confrontée à un fait minime passe par la qualification. On pourrait encore reprendre l'exemple de la lésion : la « simple lésion » de l'article 1149 du Code civil selon lequel « les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion ».

21. On trouve plus intéressant l'exemple des mesures d'ordre intérieur en contentieux administratif. Le voici, présenté par le président Stirn : « Parce qu'elle ne concerne que la vie interne de l'administration, sans produire de véritable effet juridique, une mesure d'ordre intérieur ne peut faire l'objet d'un recours devant le juge. Cette limitation du droit au recours est une illustration de l'adage "*de minimis non curat praetor*" : le juge ne s'occupe pas de sujets insignifiants. Sans supprimer la catégorie, le souci de mieux garantir, au regard en particulier des exigences européennes, le droit au recours effectif a conduit le Conseil d'État à réduire sensiblement le champ des mesures d'ordre intérieur. Ont cessé d'en relever le règlement intérieur d'une école et une mesure d'exclusion d'un élève (21 nov. 1992,

Kherouaa). Puis deux décisions du 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, ont ouvert le recours contre les punitions militaires et contre les sanctions infligées aux détenus. Plusieurs décisions du 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux c/ Boussouar, Planchenault et Payet*, ont prolongé cette jurisprudence en élargissant le droit de recours des prisonniers contre des mesures qui, sans avoir le caractère d'une sanction, ont des incidences significatives sur les conditions de détention »³⁴. La règle applicable est restée la même : seule la qualification juridique des actes litigieux a changé. Il a suffi de disqualifier un acte administratif, de ne plus le qualifier de « mesure d'ordre intérieur », pour qu'il ne soit plus négligeable et qu'il puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel. Il est curieux d'observer à propos de cet exemple la quasi-unanimité en doctrine pour rattacher le régime des mesures d'ordre intérieur à la maxime *de minimis*... même si tous les auteurs ne sont pas absolument convaincus par cette référence. L'autre sujet où la maxime est aussi bien reçue étant le régime des aides d'État, on se dit que c'est en droit public qu'elle connaît sa meilleure fortune.

22. La liberté du juge en matière de qualification trouve de très nombreuses applications. Par exemple, il lui suffit, usant de sa liberté, de ne pas qualifier telle ou telle « peccadille »³⁵ de faute pour écarter l'application des règles qui supposent une faute. Les recueils de jurisprudence montrent que les juges ont parfois recours au procédé³⁶. Pour nous qui connaissons nos fables, nous savons que cet expédient dépend non seulement des faits, mais aussi de la Cour et de la qualité du justiciable. C'est la célèbre morale de la fable *Les animaux malades de la peste* :

Un mal qui répand la terreur,
Mal que le Ciel en sa fureur

32. V. par ex., CEDH, 19 oct. 2010, n° 18774/09, *Rinck c/ France*, D. 2011, p. 265, obs. N. Fricero ; AJDA 2011, p. 889, obs. L. Burgoe-Larsen. Pour un bilan nuancé de l'application de ce texte, v. C. Boiteux-Picheral, « La recevabilité devant la Cour européenne des droits de l'homme au péril du droit de recours individuel ? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 2025/3, n° 143, p. 655.

33. Allusion à CEDH, 15 oct. 2009, n° 17056/06, *Micallef c/ Malte*, affaire dont le point de départ était l'injonction faite à Mme Micallef de ne plus étendre son linge à sécher au-dessus de la cour de son appartement, et qui a débouché sur une importante décision au fond relative à l'impartialité du juge.

34. B. Stirn, *Les mots-clés du droit administratif*, 2^e éd., Dalloz, 2025, p. 104.

35. Le mot vient de l'espagnol *pecadillo*, petit péché sans gravité, dérivé de *pecado*, péché. Il est attesté en français dès le xvi^e siècle, au masculin, et au féminin au xvi^e siècle (v. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006, v° « Pécadille »).

36. V. P. Delebecque, « *La culpa levis* ne serait-elle plus une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? ». D. 2002, p. 1318.

Inventa pour punir les crimes de la terre
La Peste (puisqu'il faut l'appeler par son nom)

Capable d'enrichir en un jour l'Achéron,
Faisait aux animaux la guerre.

Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés :

On n'en voyait point d'occupés
À chercher le soutien d'une mourante vie ;

Nul mets n'excitait leur envie ;

Ni Loups ni Renards n'épiaient

La douce et l'innocente proie.

Les Tourterelles se fuyaient ;

Plus d'amour, partant plus de joie.

Le Lion tint conseil, et dit : Mes chers amis,

Je crois que le Ciel a permis

Pour nos péchés cette infortune ;

Que le plus coupable de nous

Se sacrifie aux traits du céleste courroux ;

Peut-être il obtiendra la guérison commune.

L'histoire nous apprend qu'en de tels accidents

On fait de pareils dévouements :

Ne nous flattons donc point ; voyons sans indulgence

L'état de notre conscience.

Pour moi, satisfaisant mes appétits gloutons

J'ai dévoré force moutons ;

Que m'avaient-ils fait ? Nulle offense :

Même il m'est arrivé quelquefois de manger
Le Berger.

Je me dévouerai donc, s'il le faut ; mais je pense

Qu'il est bon que chacun s'accuse ainsi que moi

Car on doit souhaiter selon toute justice

Que le plus coupable périsse.

Sire, dit le Renard, vous êtes trop bon Roi ;

Vos scrupules font voir trop de délicatesse ;

Et bien, manger moutons, canaille, sottise

Est-ce un péché ? Non non. Vous leur fîtes,
Seigneur,

En les croquant beaucoup d'honneur ;

Et quant au Berger, l'on peut dire

Qu'il était digne de tous maux,

Étant de ces gens-là qui sur les animaux

Se font un chimérique empire.

Ainsi dit le Renard, et flatteurs d'applaudir.

On n'osa trop approfondir

Du Tigre, ni de l'Ours, ni des autres puissances

Les moins pardonnables offenses.

Tous les gens querelleurs, jusqu'aux simples
Mâtins,

Au dire de chacun, étaient de petits saints.

L'Âne vint à son tour, et dit : J'ai souvenance

Qu'en un pré de Moines passant,

La faim, l'occasion, l'herbe tendre, et je pense

Quelque diable aussi me poussant,

Je tondis de ce pré la largeur de ma langue.

Je n'en avais nul droit, puisqu'il faut parler net.

À ces mots on cria haro sur le Baudet.

Un Loup quelque peu clerc prouva par sa harangue

Qu'il fallait dévouer ce maudit Animal,

Ce pelé, ce galeux, d'où venait tout leur mal.

Sa peccadille fut jugée un cas pendable.

Manger l'herbe d'autrui ! quel crime abominable !

Rien que la mort n'était capable

D'expier son forfait : on le lui fit bien voir.

Selon que vous serez puissant ou misérable,

Les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir.

3. Indifférence de la mesure de la chose ou : *de minimis curare debemus*

23. Parfois la mesure de la chose est indifférente : qu'elle soit minuscule ou gigantesque, le droit lui réserve le même traitement. Un vol est un vol : peu importe l'importance du larcin. C'est ce que dit l'adage : *qui vole un œuf, vole un bœuf*. L'assimilation vaut ce qu'elle vaut³⁷. C'est comme appliquer indifféremment une règle aux chauves et aux chevelus. Mais c'est ce que jugent parfois les tribunaux³⁸.

24. Un empiètement minime doit-il être démoli ? La question anime la doctrine, qui commente avec passion les arrêts de la Cour de cassation qui, avec une constance remarquable, affirment que « peu importe la mesure de l'empiète-

37. V. E. Nicolas, *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2022, préf. S. Goltzberg.

38. Soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.321, *JCP E* 2003, 1076, note C. Puigelier : licenciement pour faute grave d'un salarié qui avait dérobé chez un client commerçant un article d'une valeur de 21,60 F.

ment »³⁹ : oui, la démolition doit être ordonnée « quand le propriétaire de ce fonds l'exige, malgré l'importance relativement minime de l'empiètement »⁴⁰, d'ailleurs que celui-ci soit au sol ou en surplomb⁴¹.

25. La perte de chance minime doit-elle être indemnisée ? Pour la Cour de cassation, « toute perte de chance ouvre droit à réparation »⁴², sans distinction, même si cette chance est « minime » :

« Attendu que toute perte de chance ouvre droit à réparation ; qu'ayant retenu que la faute commise par l'avocat avait fait perdre à M. X... une chance, même minime, de voir écarter les prétentions du prêteur, les juges d'appel ont, à bon droit, admis sa demande d'indemnisation. »⁴³

Ainsi une chance minime reste une chance, et la perte d'une chance est indemnisable. Mais pas de chance sans aléa ; l'absence d'aléa chasse la chance. Cassation par conséquent de l'arrêt qui indemnise une soi-disant perte de « chance minime » d'une décision judiciaire plus favorable, alors qu'aucun aléa judiciaire n'entourait la solution délivrée, celle-ci procédant d'une « jurisprudence constante »⁴⁴. Difficile cependant pour les juges d'échapper toujours au paradoxe sorite : ainsi quand un arrêt, après avoir retenu une faute du notaire, relève, à propos du préjudice, une perte de chance de choisir un autre régime matrimonial minime, si minime qu'elle est équipollente à l'absence de préjudice⁴⁵.

26. La règle de l'article 31 du code de procédure civile subordonnant l'ouverture de l'action en justice à un « intérêt légitime », sans autre préci-

sion abandonne au juge le soin de qualifier l'intérêt à agir du plaideur dont l'adversaire prétend que ses prétentions sont si dérisoires qu'elles sont indignes d'un examen au fond. Assurément « je ne pourrais demander au juge de condamner mon voisin à porter des lunettes ou des souliers à boucles »⁴⁶. Mais il est difficile de donner des exemples tirés du contentieux. En jurisprudence, l'intérêt à agir en justice est une notion dont l'appréciation est essentiellement qualitative et exceptionnellement quantitative. En réalité, il semble que l'intérêt à agir ne fait l'objet d'une appréciation partiellement quantitative que lorsque le législateur lui-même le requiert. Du moins, on ne voit pas d'autres cas d'appréciation quantitative de l'intérêt à agir que les deux déjà cités : l'article 1247 du Code civil, qui subordonne l'action en réparation du préjudice écologique à une atteinte « non-négligeable » à l'environnement et l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui subordonne la recevabilité de la requête à un « préjudice important » (étant observé que la quantification qu'ils impliquent obéit à une sorte d'arithmétique dont seuls les juges ont la clé). Hors ces cas particuliers, la recevabilité des prétentions en justice est toujours affaire de qualité⁴⁷. Il est bien admis qu'une prétention chiffrée à un euro n'est pas dérisoire, précisément parce que cet euro est symbolique : il est le symbole d'une chose qui, elle, ne l'est pas parce qu'elle a une valeur morale (l'honneur, etc.). En procédure, *de minimis* n'est pas une règle. La règle est que l'action est libre et facultative : c'est librement qu'une partie décide de soumettre une

39. Civ. 3^e, 20 mars 2002, n° 00-16.015, *D.* 2002, p. 2075, note C. Caron ; *ibid.* p. 2507, obs. B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2002, II, 10189, note V. Bonnet ; *RTD civ.* 2002, p. 333, obs. T. Revet.

40. Civ. 3^e, 26 juin 1979, n° 78-10.567, *Bull. civ.* III, n° 142 ; Civ. 3^e, 21 déc. 2017, n° 16-25.406, *D.* 2018, p. 1328, obs. A.-L. Méano ; *RDC* 2018, 267, obs. A. Tadros ; *RTD civ.* 2018, p. 158, obs. W. Dross.

41. Civ. 1^{re}, 24 mai 1965, n° 63-10.859, *Bull. civ.* I, n° 335 (avancée d'un toit de 13 cm) ; Civ. 3^e, 10 nov. 2016, n° 15-19.561, *D.* 2017, p. 1068, obs. A.-L. Méano ; *ibid.*, p. 1789, obs. L. Neyret ; *AJDI* 2017, p. 454, obs. C. Dreveau ; *RDC* 2017, p. 349, note A. Tadros (avancée de 20 cm).

42. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2016, n° 16-12.686, *D.* 2018, p. 87, obs. T. Wickers ; *CCC* 2017, n° 50, obs. L. Leveneur.

43. Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n° 15-23.230, *D.* 2017, p. 46, note J. Traullé ; *ibid.*, p. 24, obs. P. Brun ; *RDC* 2017, p. 27, note J.-S. Borghetti.

44. Civ. 1^{re}, 25 nov. 2015, n° 14-25.109, *Bull. civ.* I, n° 299.

45. Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-16.380, *D.* 2015, p. 124, obs. P. Brun et O. Gout ; *JCP* 2014, 815, obs. J.-S. Borghetti ; *RCA* 2014, n° 215, obs. F. Leduc ; *RDC* 2014, p. 610, note O. Deshayes.

46. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis », 1996, p. 333.

47. Cela vaut aussi en droit de l'UE : v. N. Forster, « Principe de *minimis* et préjudice dans l'examen des recours en réparation », in F. Picod (dir.), *De minimis : les petites causes en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2024, p. 211.

prétention minime alors que rien ne l'y obligeait⁴⁸. Le juge saisi de cette prétention n'a pas le droit de refuser de l'examiner au fond d'office parce qu'elle ne lui paraît pas assez intéressante. Et si l'adversaire conteste sa recevabilité, c'est à lui de montrer le défaut d'intérêt sérieux et légitime. Pour le doyen Normand, le juge « doit trancher tous les conflits, même les plus modestes [...]. Il n'est donc pas scandaleux qu'il ait à décider de la garde du chien »⁴⁹.

27. On peut, au contraire, par différentes voies, montrer l'attention du droit procédural aux petits litiges. L'histoire révèle qu'avant d'être généralisée, la procédure d'injonction de payer fut introduite en 1937 en droit français pour apporter une réponse procédurale au défaut de paiement des « petites créances commerciales » pour le recouvrement desquelles les créanciers hésitaient à emprunter les voies de droit ordinaires en raison des délais et des frais que celles-ci impliquaient⁵⁰. On sait que, plus tard, le législateur européen a retrouvé cette inspiration⁵¹. Les réflexions qui ont conduit à l'introduction de

l'action de groupe en droit français en 2014 portèrent certes principalement sur l'adaptation des procédures au traitement des litiges de masse. Mais elles furent aussi des réflexions sur ces innombrables petits litiges qui n'étaient jamais portés devant le juge, parce que l'enjeu était trop minime pour ceux qui y étaient individuellement confrontés.

28. Dira-t-on que, considérant que *de minimis non curat praetor*, il y a lieu d'opposer aux petits litiges au moins un préalable obligatoire de conciliation, préalable sanctionné par une fin de non-recevoir ? L'idée circule en effet, et elle inspire quelques règles de droit positif⁵². Mais on fera observer que sa pertinence n'a jamais été démontrée par personne, ni en droit de la consommation⁵³, ni ailleurs. La conciliation n'est pas une voie moins pertinente pour les grands litiges que pour les petits. Pour les litiges les plus graves, ceux qui opposent les États en armes, il est d'ailleurs notoire que le recours au juge est délaissé au profit de la conciliation. Comme si de *maximis non curat praetor*...⁵⁴

48. Une autre règle est que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés » (CPC, art. 32-1). Le standard de l'abus est si plastique qu'il n'est pas inconcevable qu'agir en justice pour des brouilles, même avec succès, puisse apparaître abusif. Mais l'abus se démontre : il ne suffit pas que l'enjeu soit minime ; il faut encore que la poursuite de cet enjeu dérisoire soit abusive. Même chose pour l'abus de saisie : certes, l'abus a pu être retenu à l'occasion de poursuites relatives à une créance d'un montant jugé « minime », mais parce que, par ailleurs, « la dureté des poursuivants ne reposait pas sur des motifs sérieux » (v. Civ. 2^e, 13 mai 1991, n° 90-10.452, D. 1992, p. 128, obs. P. Julien ; RDI 1991, p. 500, obs. Ph. Delebecq et Ph. Simler). La règle est que le créancier est en droit de poursuivre le recouvrement forcé de l'intégralité de sa créance, même minime. Jugé en ce sens qu'encourt la cassation l'arrêt qui refuse d'ordonner la vente forcée de l'immeuble au motif que le débiteur avait réglé la créance en principal et intérêts, mais pas les frais de poursuite (Civ. 2^e, 22 juin 2017, n° 16-18.901, RTD civ. 2017, p. 733, obs. N. Cayrol).

49. J. Normand, RTD civ. 1980, p. 399. V. P. Hilt, « L'animal de compagnie lors de la séparation du couple », AJ fam. 2012, p. 74. Adde. J. Hauser, obs. RTD civ. 1991. 717 ; *ibid.* 2001. 857.

50. Décret du 25 août 1937 instituant une « procédure de recouvrement simplifiée pour les petites créances commerciales ». La procédure était réservée aux « demandes en paiement d'une somme d'argent ne dépassant pas 1 500 francs » (art. 1^{er}).

51. V. Rég. (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le rég. (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le rég. (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

52. V. par ex., CPC, art. 750-1.

53. Cf. G. Paisant, « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation. Variations sur *de minimis*... », in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 767. Soit dit en passant, l'idée que les petits litiges de la consommation relèverait mieux de la conciliation est contradictoire avec celle qui commande au juge de relever d'office les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur.

54. Cf. A. Andries, « *De maximis non curat praetor*. Le droit pénal des conflits armés : un droit sans tribunal ? », in *Liber amicorum Jules d'Haenens*, Gand, Mys et Breesch, 1993, p. 1.

Dossier

Permanence des adages du droit

Regard actuel sur l'adage « la plume est serve, mais la parole est libre »

Myriam Quéméner

Magistrat honoraire, docteur en droit

Il apparaît pertinent d'analyser le sort de l'adage « la plume est serve, mais la parole est libre »¹, formule qui énonce une règle finalement complexe faite à la fois d'obéissance à la règle de droit et de liberté d'expression. Issu de l'Ancien Régime, à quoi correspond cet adage, et comment est-il mis en œuvre ?

Un adage à force de loi. Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi² « dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ». L'adage découle de plusieurs dispositions du code de procédure pénale, notamment de son article 33 qui dispose qu'il est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice. Initialement adage sous l'Ancien Régime, il est aujourd'hui renforcé puisqu'il est désormais élevé au rang de la loi. La « codification »³ de l'adage va d'ailleurs au-delà du champ de la procédure pénale, puisqu'« il résulte des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du

22 décembre 1958 que, devant toute juridiction, la parole des magistrats du parquet à l'audience est libre »⁴. Il constitue une garantie pour les parquetiers et symbolise l'équilibre subtil entre la hiérarchie à laquelle sont soumis les membres du parquet et leur liberté professionnelle.

Il conviendra d'aborder la première partie de l'adage au regard du parquet hiérarchisé (I), puis la seconde partie sur la liberté de parole du magistrat du parquet (II).

I. Hiérarchie du parquet et plume serve

L'organisation du ministère public est hiérarchique avec au sommet le garde des Sceaux, lequel peut adresser aux magistrats du parquet des instructions générales mais aucune instruction dans des affaires individuelles depuis l'adoption de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique⁵. Le Conseil constitutionnel⁶ a jugé que les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui placent les magistrats du

1. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 655.

2. Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, art. 3.

3. J. Roux, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA* 2018, p. 509.

4. Cons. const., 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC, § 13, *AJ Pén.* 2018, p. 83, note A. Taleb-Karlsson ; *RSC* 2018, p. 163, note B. de Lamy ; *JCP G* 2018, 51, obs. H. Matsopoulou.

5. C. proc. pén., art. 30.

6. Cons. const., 8 déc. 2017, préc., § 14.

parquet sous l'autorité hiérarchique du ministre de la Justice, sont conformes à la Constitution en ce qu'elles assurent une conciliation équilibrée entre le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Jusqu'alors, le ministre de la Justice pouvait enjoindre au procureur général d'une cour d'appel d'engager une poursuite ou de prendre telle ou telle réquisition, les instructions particulières devant alors être écrites et versées au dossier pénal. Les procureurs généraux ont autorité sur les procureurs de la République de leur ressort et peuvent toujours « enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes »⁷. Une désobéissance pourra constituer une faute disciplinaire. Cependant, le procureur général et le procureur de la République sont chefs de parquet dans leurs ressorts et disposent d'un pouvoir propre. Leurs supérieurs ne peuvent donc nullement se substituer à eux pour déclencher l'action publique. Le parquet est hiérarchisé, ce qui signifie que le procureur de la République a autorité sur ses substituts et qu'il est lui-même soumis aux instructions et directives du procureur général près la cour d'appel. L'ensemble des membres du parquet sont *in fine* soumis à l'autorité du ministre de la Justice. Ce dernier leur adresse des instructions générales relatives à la politique pénale qu'il souhaite mettre en œuvre. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles.

Le procureur de la République est le seul titulaire du droit de déclencher des poursuites⁸. L'imixtion du garde des Sceaux soulevait un problème juridique par rapport à la séparation des pouvoirs et elle peut continuer, de fait, à soulever des difficultés officieuses dans certains dossiers. La Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même jugé que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire indépendante au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹. Elle signifie que le parquetier qui obéit à un ordre a la liberté de faire valoir un

autre point de vue au moment de l'audience de jugement. Le fait de déclencher des poursuites malgré une instruction contraire n'entache pas la poursuite d'une irrégularité, dans la mesure où les chefs de parquet ont un pouvoir propre.

II. Hiérarchie du parquet et liberté de parole

Cet adage est un principe fondamental de la procédure pénale française lié au statut spécifique du parquet. « La parole est libre » signifie que, lors de l'audience, les réquisitions orales sont libres. Les magistrats du parquet peuvent exprimer leur conviction personnelle devant le tribunal, même si elle diffère de l'instruction écrite reçue. L'article 33 du code de procédure pénale affirme la liberté de parole du ministère public à l'audience.

L'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature place les magistrats du parquet « sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice ». Ces amodiations ne doivent cependant pas faire conclure à l'absence d'indépendance des représentants du ministère public. D'abord, parce que le principe d'indépendance reconnu par la Constitution vaut pour l'autorité judiciaire tout entière, dont les parquetiers font partie intégrante en vertu du principe d'unité du corps judiciaire affirmé à l'article 2 de l'ordonnance statutaire. Ensuite, parce que, selon l'article 5 précité, les représentants du ministère public conservent, à l'audience, leur liberté de parole. Comme le veut l'adage, « la plume est servie, la parole est libre ». Enfin, parce que la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique a mis fin aux instructions individuelles, désormais prohibées par l'article 30 du code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler cette indépendance dans une décision rendue à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant le Conseil

7. C. proc. pén., art. 36.

8. V. sur ce point : S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 15^e éd., LexisNexis, 2022, n° 1240 et s., p. 792 et s.

9. CEDH, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev c/ France*; CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*.

d'État par une organisation syndicale de magistrats. Il a considéré que « la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions », précisant toutefois que « cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège »¹⁰. Car s'ils ne peuvent recevoir d'instructions individuelles, les parquetiers doivent mettre en œuvre la politique d'action publique arrêtée par le Gouvernement, qui justifie le principe de dépendance hiérarchique précité.

La Cour de cassation a rappelé que la parole du ministère public à l'audience est libre. Il a le droit de produire tous les documents et de donner toutes les explications qui lui paraissent utiles, sauf le droit de discussion des parties en cause¹¹. À l'audience, le magistrat du ministère public exprime l'opinion personnelle que lui dictent la loi et sa conscience : « le magistrat du ministère public qui prend part aux débats de la juridiction perd temporairement, pendant la durée de ces débats, sa qualité de subordonné et retrouve donc l'indépendance qu'il tient de sa qualité de magistrat »¹².

Dans une autre affaire¹³, lors du débat contradictoire organisé dans le cabinet du magistrat instructeur, à l'occasion d'une prolongation de la détention provisoire au-delà d'une année, si, en application des articles 145 et 145-1 du code de procédure pénale, les réquisitions du ministère public sont obligatoires, selon l'article 33, sa parole est libre à l'audience, et il n'appartient à aucune juridiction de censurer ses réquisitions; le juge d'instruction n'est tenu que

de motiver l'ordonnance qu'il rendra après avoir entendu le ministère public, l'inculpé et le cas échéant son conseil. La liberté d'expression du parquetier doit répondre au devoir de loyauté, l'organisation hiérarchique et l'indivisibilité, ce qui conduit le magistrat du ministère public à faire connaître à sa hiérarchie en tant que de besoin le sens de ses conclusions ou de ses réquisitions à l'audience.

En pratique, cette liberté de parole est particulièrement significative et pertinente lors d'assises où l'oralité des débats prend toute sa mesure. Cette liberté d'expression autorisée permet souvent au ministère public de réadapter ses réquisitions en fonction du déroulement des débats afin de porter l'accusation de façon plus pertinente. Les membres du ministère public ne disposent pas toujours de consignes avant l'audience de la part de leur hiérarchie qu'ils informent cependant avant ou en cours d'audience des orientations qu'ils envisagent de prendre oralement. Ils agissent dans le respect des règles déontologiques d'ailleurs rappelées dans une charte¹⁴.

* * *

En conclusion, cet adage, érigé en loi, est un principe qui demeure d'une grande modernité et qui contribue à préserver l'équilibre complexe entre l'ordre, l'application de la loi et la liberté dans la pratique judiciaire dans le cadre des audiences. Cet adage est au centre de l'équilibre que symbolise la balance de la justice faite du respect de la hiérarchie découlant du statut même du parquet tout en mettant en évidence la dimension humaine de la justice par la parole du ministère public dans le respect des règles d'éthique et de loyauté.

10. Cons. const., 8 déc. 2017, préc., § 9.

11. Crim., 16 oct. 1974, n° 74-91.272; Crim., 30 nov. 1976, n° 76-91.487.

12. F. Molins, *Rép. pén. Dalloz*, 2020, v° « Ministère public », n° 20.

13. Crim., 22 mai 1985, n° 85-91.521.

14. Conseil supérieur de la magistrature, *Charte de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire*, La Documentation française, 2025.

Dossier

Permanence des adages du droit

La permanence de l'adage « *Jura novit curia* »

Laurent Pennec

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université de Toulon

Centre de droit et de politique comparés
Jean-Claude Escarras (UMR 7318 DICE)

L'adage *jura novit curia* connaît une très large diffusion dans les pays de tradition romano-germanique. Les doctrines française et étrangères y ont recours pour expliquer le rôle du juge face aux parties dans la recherche du droit applicable au litige civil. De nombreuses juridictions l'utilisent dans leur argumentation pour affirmer l'autonomie du juge dans la mise en œuvre du droit applicable au procès civil.

Toutefois, l'origine de cet adage est demeurée longtemps obscure, ainsi que les éléments qui le constituent. Diverses influences doctrinales ont présidé à son émergence. Le contenu de cet adage ne saurait se limiter à son énoncé linguistique : la Cour connaît le droit. Sa lente formation est plus subtile et nécessite de comparer les mécanismes procéduraux dans l'espace et dans le temps. L'Histoire du droit et le droit comparé nous permettent ainsi de restituer les multiples changements et variations qui se cachent derrière l'apparente permanence de *jura novit curia*¹.

Pour comprendre les implications procédurales de cet adage, il nous faut d'abord étudier les éléments qui le constituent (I), pour parvenir

ensuite à comprendre comment une expression issue d'une anecdote procédurale a abouti à la synthèse de ces éléments constitutifs dans la conceptualisation de cet adage (II).

I. Identification des éléments constitutifs de l'adage

L'adage *jura novit curia* repose sur deux axes principaux : la dispense de preuve du droit à l'égard des parties (A), et le pouvoir du juge de suppléer en droit (B).

A. La dispense de preuve du droit à l'égard des parties

Ce premier élément d'analyse tire sa source de la conception de l'action exposée devant le juge dans le cadre de la procédure canonique médiévale.

En 1159, le pape Alexandre III² émet une décrétale « *Dilecti filii* » dans laquelle il rejette la pratique qui exige du demandeur la description d'une action par l'utilisation formelle du nom de celle-ci³. En d'autres termes, le demandeur n'a

1. Pour une étude approfondie de cet adage, v. L. Pennec, *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Émergence et évolution contemporaine en droit comparé*, th. dactyl. Toulon, 2010, J.-J. Pardini (dir.).

2. Alexandre III, pape de 1159 à 1181.

3. « [...] *Provideatis attentius ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum, et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis* ». Cette décrétale a été intégrée dans le *Liber extra* (X) en 1234, X, 2, 1, 6 *Corpus Iuris Canonici*, II : *Decretalium Collectiones Decretales Gregorii*, éd. L. Richter et E. Friedberg, 1881, p. IX.

pas à fournir de fondement juridique dans sa demande avant la *litis contestatio*. Il doit seulement fournir le plus précisément possible les faits qui fondent ce qu'il demande. Adolf Stölzel voyait dans cette décrétale l'origine, tout du moins en partie, de l'adage *jura novit curia*⁴. Cette affirmation doit être nuancée. S'il paraît possible d'y déceler l'origine la plus lointaine de la dispense totale d'allégation du droit dans le procès civil, une des structures qui va influencer la théorie procédurale allemande sur l'adage, les éléments du procès canonique au ^{xii}^e siècle sont très éloignés des systématisations procédurales du ^{xix}^e siècle.

Dans le procès canonique médiéval, il appartient dès lors au plaideur de présenter l'action au travers de l'objet et de la cause de celle-ci sans y inclure une coloration juridique formelle. Cette analyse est notamment perfectionnée par les romanistes : glossateurs⁵, juristes de l'École d'Orléans⁶ et les Commentateurs⁷. Par conséquent, l'action est déterminée par les éléments substantiels qui la composent et ne nécessite pas un énoncé juridique formel dans l'expression de la demande. La question de la dispense de preuve du droit apparaît dès lors plus précisément, du point de vue procédural, après la *litis contestatio*. Certains glossateurs ont affirmé, sur le fondement d'un texte du Digeste « *De iuris et facti ignorantia* » (D. 22, 6) que seuls les faits doivent faire l'objet de preuve et non le droit⁸.

Guillaume Durant, l'un des plus célèbres juristes canonistes, perfectionne cette argumentation au ^{xiii}^e siècle. Sur le fondement du même texte du Digeste⁹, il affirme que la partie n'a pas à prouver le droit écrit mais seulement le fait sur lequel le droit se fonde¹⁰. Bartole reprend et étoffe cette analyse¹¹. Il distingue, d'une part, le droit qui peut être prouvé et, d'autre part, le droit qui ne nécessite pas la preuve. Dans la première catégorie, le droit qui peut être prouvé, Bartole identifie le *ius dispositivum*, à savoir les statuts des villes autres que celle où le litige est exposé et la coutume ou droit non écrit (*ius non scriptum*). Dans la seconde catégorie, le droit qui n'a pas à être prouvé, on retrouve la *lex* qu'il faut comprendre comme le *ius commune*, c'est-à-dire l'œuvre de Justinien¹² mais aussi le droit écrit de l'Église¹³.

L'ossature de l'argumentation relative à la dispense de preuve du droit écrit est confortée dès la fin du Moyen Âge.

B. Le pouvoir du juge de suppléer en droit

Le second axe d'argumentation concernant le champ d'application du futur adage *jura novit curia* est constitué par le pouvoir du juge de suppléer en droit.

La relation triangulaire qui unit le juge aux parties dans le traitement du litige civil est également perfectionnée dès le Moyen Âge. Plus particulièrement, l'interprétation d'une constitution

4. A. Stölzel, *Entwicklung des gelehrten Rechtsprechung*, t. 2, Éd. Duncker & Humblot, 1909, p. 219.

5. V. par exemple Azone (vers 1190-avant 1233), *Ad singulas Leges Iustinianeas*, 1596, p. 89, n° 12 et s.

6. Jacques de Révigny (vers 1230/1240-1296), *Lectura super Codice*, 1519 (œuvre faussement attribuée à Pierre de Belleperche), réimpr. A. Forni, 1967, ad. C. 2, 1, 3 « *Edita actio* », fol. 47b, 48ra, rb et fol. 48va; Pierre de Belleperche (vers 1247-1308), *Lectura Institutionum*, 1536, réimpr. A. Forni, 1968, ad. l. 4, 6 § 1 « *Superest* », p. 349, n° 32 et s.

7. Commentateurs ou Postglossateurs : v. par exemple Bartole (1314-1357), *Prima in Digestus Vetus*, 1555, ad. D. 2, 13, 1 « *Qua quisque* », fol. 87rb, n° 6 et s.; Balde (1327-1400), *Commentaria in primum, secundum, tertium Codicis libros*, 1585, ad. C. 2, 13, 1 « *Edita actio* », ff. 94vb-106vb; id. *Ad quatuor Institutionum Libros*, 1585, ad. l. 4, 6 § 1 « *Superest* », ff. 48rb-49ra.

8. V. notamment Odofredus de Denariis (?-1265), *Lectura super Digesto veteri*, II, 1553, réimpr. A. Forni, 1970, ad. D. 22, 6, 2 « *In omni* », fol. 169vb; Ubertinus de Bobio, *Tractatus de positionibus*, in *Tractatus universi juris*, IV, 1584, ff. 7va-10ra.

9. D. 22, 6, 2 « *In omni* ».

10. Guillaume Durant (vers 1230-1296), *Speculum iudiciale*, 1499, II, II, « *De positionibus* », fol. 221va, n° 6 « *De responsionibus ad positiones* », 13°.

11. Bartole, *In primam Codicis partem*, 1570, ad. C. 2, 58, 2, 2 « *Quod observari* », fol. 96va, n° 29-30.

12. Les Institutes, le Code, le Digeste, les Novelles. Le Digeste est divisé en trois parties au Moyen Âge : le *Digestum vetus* (Livres 1 à 24, titre 2), l'*Infartium* (Livres 24, titre 3 à la fin du Livre 38), le *Digestum novum* (Livres 39 à 50). On peut supposer que les glossateurs ne découvrirent d'abord qu'une partie du Digeste et ensuite deux autres parties. Ceci expliquerait cette présentation fort peu logique. Sur ce point, v. J. Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruylant, 1979, p. 317. Les Novelles furent regroupées dans une collection appelée *Authenticum* à laquelle ils rajoutèrent à partir du ^{xiii}^e siècle certaines lois (*constitutiones*) émanant des empereurs du Saint-Empire. En outre, le *Corpus iuris civilis* s'enrichit d'un recueil lombard de droit féodal, les *Libri feudorum*.

13. Le Décret de Gratien, le *Liber extra*, les Clémentines, les Extravagantes qui constituent le *Corpus iuris canonici* (au ^{xiv}^e siècle, cette appellation n'est pas encore employée).

impériale de Dioclétien compilée dans le Code de Justinien va nourrir la réflexion des juristes médiévaux autour de la question du rôle du juge par rapport aux argumentations juridiques soulevées par les parties. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure le juge peut suppléer aux arguments des parties¹⁴. Sur le fondement de ce texte, les glossateurs retiennent assez rapidement dans leurs argumentations que le juge peut suppléer les défaillances des parties sur les questions de droit¹⁵.

Cette question doit être lue en considération de la conception de l'office du juge dans le procès civil. En effet, dès 1160, un auteur médiéval¹⁶ affirme que le juge civil doit se fonder exclusivement sur les allégations présentées par les parties. Il s'agit de la première expression de l'adage « *secundum allegata iudicare debet* »¹⁷. Par conséquent, il apparaît dès le Moyen Âge que le juge civil doit juger selon ce qui est allégué et prouvé mais qu'il peut néanmoins suppléer les arguments juridiques des parties. Toutefois, l'argumentation médiévale ne doit pas être vue comme une mise en œuvre de l'adage *jura novit curia*, tel que celui-ci est compris aujourd'hui¹⁸. Il est vrai que l'un des derniers Commentateurs, Paul de Castro¹⁹, écrit au x^e siècle que le juge peut décider une cause en utilisant des arguments juridiques différents de ceux présentés par les parties²⁰. Cependant, la concentration du pouvoir normatif et la hié-

rarchie des sources du droit sont encore trop onduyantes à la fin du Moyen Âge pour conclure à la mise en œuvre systémique de l'adage *jura novit curia*²¹.

Nous avons pu identifier deux axes d'argumentation qui prennent racine au Moyen Âge : d'une part, la dispense de preuve du droit à l'égard des parties, qui laisse également apparaître, dans la procédure canonique, l'éventuelle dispense d'allégation du droit en faveur des parties ; d'autre part, le pouvoir du juge de suppléer en droit, lequel vient se greffer sur l'argumentation selon laquelle le juge ordinaire doit se prononcer selon ce qui a été allégué et prouvé par les parties. Toutefois, cet ensemble d'argumentations n'est pas systématisé. En outre, l'expression même de l'adage *jura novit curia* n'a pas pu être constatée dans cette période historique.

Il convient désormais d'analyser la formation et la conceptualisation de cet adage.

II. La formulation et la conceptualisation de l'adage *jura novit curia*

L'adage *jura novit curia* est le fruit d'une lente maturation autour d'une expression relavant d'une simple anecdote (A). Sa conceptualisation ne peut être observée qu'à partir du xix^e siècle dans la théorie procédurale allemande (B).

14. C. 2, 10, 1 « *Non dubitandum* », *Corpus Iuris Civilis II, Codex Iustinianus*, éd. P. Krüger, 11^e éd., Weidmann, 1954 : « *Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adstant minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire* ». Ce texte, inséré dans le Titre X « *Ut quae desunt advocacioni partium iudex suppleat* » du Livre II du Code de Justinien, est à l'origine une constitution impériale de l'empereur Dioclétien datant de 290 apr. J.-C.

15. La glose la plus proche de cette solution est celle de Rogerius, *Rogerii Summa Codicis*, éd. G. B. Palmieri, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, I, 2^e éd., 1913, 2, 1, 6, p. 69a.

16. Il y eut débat sur l'identité de l'auteur de cette argumentation. S. Kuttner l'attribuait à Jean de Faenza : *Prior consensu fratrum*, éd. S. Kuttner, *Repertorium der Kanonistik*, 1937, p. 248 et s. ; en faveur de la même identification, K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit : Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, éd. C. H. Beck, 1967, p. 38. En revanche, A. Belloni identifie le romaniste Johannes Bassianus, v. H. Kantorowicz, « The quaestiones disputate of the glossators », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1939, vol. 16, n° 25, p. 12.

17. *Prior consensu fratrum*, éd. S. Kuttner, *op. cit.*, p. 249 ; v. également l'étude approfondie de K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozesses der Frühzeit : Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, *op. cit.*, p. 104.

18. Sur ce point, v. notamment le débat médiéval sur la question du juge devant se prononcer selon ce qui est allégué et prouvé ou selon sa conscience : Jacques de Révigny, *Lectura super Codice*, *op. cit.*, ad. C. 2, 10, 1 « *Ut quae desunt advocatis partium iudex* », fol. 76vb-77ra ; Cynus Pistoriensis (1270-1336), *Lectura Codicis*, 1578, réimpr. Il Cigno Galileo Galilei (*Lectura super Codice*), t. 1, 1998, ad. C. 2, 10, 1 « *Ut quae desunt* », fol. 73va ; Balde (1327-1400), *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis*, 1585, fol. 147ra.

19. Paul de Castro ou *Paulus Castrensis* (1360-1441).

20. Paul de Castro, *In primam Codicis partem*, 1576, ad. C. 2, 10, 1 « *Non dubitandum* », fol. 66ra.

21. À cet égard, l'assertion de Monsieur Punzi selon laquelle *jura novit curia* est un adage médiéval apparaît sans fondement, v. C. Punzi, *Jura novit curia*, Giuffrè, 1965, p. 1.

A. La formulation de l'expression *jura novit curia*

L'anecdote procédurale qui donnerait naissance à l'expression *jura novit curia* trouverait sa source dans la pratique procédurale française de la fin du xv^e siècle et du début du xvi^e siècle.

La procédure des juridictions royales françaises au xv^e siècle n'est que la perfection de celle qui a été entreprise tout au long du Moyen Âge²². La demande est exposée principalement de manière orale. Il est rapidement apparu nécessaire aux juridictions de contenir la prolifération des avocats²³. Cet avertissement est exprimé de nouveau, assez sévèrement, par l'article 26 de l'ordonnance de Paris de juillet 1493 : « [...] enjoignons à nosdits présidents et conseillers qu'ils ne souffrent plus les avocats estre longs en leurs plaidoiries [...] »²⁴.

Une telle pratique doit être rapprochée d'une anecdote relevée par Nicolas Bohier²⁵. Selon le magistrat du parlement de Bordeaux, l'allégation du droit romain impérial devant les juridictions françaises n'a aucune valeur juridique, sinon du strict point de vue du raisonnement. Les avocats ne doivent pas s'appesantir sur des considérations fondées sur le droit romain que la cour connaît bien assez : « *Venite ad factum, curia satis illa intelligit* »²⁶.

En 1576, cette anecdote est reprise et modifiée par Joachim Mynsinger von Frundeck, juge à la Haute-Cour Impériale (*Reichskammergericht*) : « [...] *in Curiis Galliae, qui dicunt iura allegantibus : venite ad factum, curia satis intelligit iura. In*

Camera Imperiali non observatur : et fortassis malè »²⁷. Dans cette formulation, on voit déjà poindre ce qui deviendra plus tard les adages *jura novit curia* et *da mihi factum, dabo tibi jus*. Toutefois, il ne s'agit ici que d'une anecdote procédurale visant à démontrer que les juridictions françaises interrompent les avocats trop longs dans la présentation de leurs arguments juridiques. Mynsinger von Frundeck constate que ce n'est pas le cas devant la *Reichskammergericht* et que cela est bien regrettable.

Cette anecdote modifiée va, presque un siècle plus tard, être associée à une argumentation reprenant les éléments constitutifs de l'adage tels que nous les avons précédemment observés dans notre analyse. Arnold Vinnius, un auteur hollandais du xvii^e siècle, composa un opusculé regroupant plusieurs questions et leurs réponses relatives à divers points juridiques intitulé *Selectarum juris Quaestionum Libri duo*²⁸. L'une des questions développées aborde la preuve des faits et plus précisément l'argumentation relative au traitement de la question de droit²⁹.

D'une part, il rappelle le principe de la dispense de la preuve du droit : seules les questions de fait sont l'objet de preuve, en aucun cas les questions de droit car ce dernier est certain³⁰. Cette argumentation correspond, dans ses grandes lignes, à celle qui fut développée par les juristes médiévaux. D'autre part, Vinnius précise que le juge supplée aux impérities des avocats en matière juridique³¹. L'auteur fonde son analyse sur la constitution impériale de Dioclétien (C. 2,

22. Sur ce point, v. L. Pennec, *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Émergence et évolution contemporaine en droit comparé*, op. cit., n° 111 et s., p. 129 et s.

23. Ordonnance Paris, 7 janv. 1278, art. 5, in A.-J.-L. Jourdan, J. Decrusy, F.-A. Isambert et A.-H. Taillandier, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. 2, 1822-1833, n° 256, p. 661 ; Ordonnance Toussaint de 1291, art. 11, *ibid.*, n° 295, p. 690 ; Ordonnance Paris, nov. 1364, art. 5, *ibid.*, t. 5, n° 377, p. 226 ; Ordonnance Paris, 17 janv. 1367, art. 7, *ibid.*, n° 424, p. 305. V. également Pierre de Fontaines, *Le Conseil de Pierre de Fontaines ou Traité de l'ancienne jurisprudence française*, publié par A.-J. Marnier, éd. A. Durand, 1846, p. 57 ; Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, t. 1, publié par A. Salmon, éd. A. Picard, 1899, p. 93.

24. Ordonnance Paris, juillet 1493, art. 26, in *Recueil des anciennes lois françaises*, op. cit., t. 11, n° 94, p. 228 ; v. également Ordonnance Montils-lès-Tours, 28 oct. 1446, *ibid.*, t. 9, n° 179, p. 160 ; Ordonnance Montils-lès-Tours, avr. 1453, *ibid.*, n° 213, p. 226.

25. Nicolas Bohier (1469-1539) : sur la vie et l'œuvre de ce juriste français, v. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, xii^e-xx^e siècle*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, v° « Bohier (Boyer, Boerius) Nicolas ».

26. N. Bohier, *Leges Longobardorum seu capitulare divi ac sacratissimi Caroli magni imperatoris*, Lyon, 1512, *Praefaciuncula*.

27. Joachim Mynsinger von Frundeck, (1514-1588), *Singularium Observationum Centuriæ V*, 1576, obs. 88, n° 6, p. 77.

28. Arnold Vinnius (1588-1657), *Selectarum juris Quaestionum Libri duo*, 1653. L'édition consultée dans cette étude est la deuxième édition, 1660.

29. *Ibid.*, p. 339 : « *An solae quaestiones facti sint obiectum probationis ?* ».

30. *Ibid.*, p. 339 : « *Imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est, l. 2 ff. de jur. Et fact. Ignor.* [D 22, 6, 2] ».

31. *Ibid.*, p. 340 : « *Imo usque adeo non tenentur litigatores judici probare, quid juris sit, ut contra judex, si quid a litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id supplere et proferre debeat, quod sciat legibus et juri publico convenire, l. un. C. ut quae des. adv. jud. suppl.* [C. 2, 10, 1] ».

10, 1), en retenant une interprétation du texte plus proche de celle établie par Jacques Cujas³², Hugues Doneau³³ ou Charles Du Moulin³⁴ que de celle issue des juristes médiévaux.

Sur le fondement de ces deux éléments d'argumentation, Vinnius poursuit son analyse en précisant : « *Hunc illud, quid in Curiis Galliae celebratum refert Mynsingerus, Venite ad factum, Curia novit jus* »³⁵. L'auteur hollandais cite l'anecdote relevée par Mynsinger von Frundeck, 77 ans plus tôt, tout en la déformant à son tour.

Si le raisonnement combiné de ces deux éléments constitutifs de l'adage se consolide, on ne saurait affirmer l'émergence de celui-ci dans l'œuvre de Vinnius.

La première formulation de l'expression *jura novit curia* peut être attribuée à un juriste allemand du XVIII^e siècle, Georg Tobias Pistorius³⁶. Dans son œuvre intitulée *Thesaurus Paroemiarum Germanico-luridicarum*, il remanie l'anecdote soulevée initialement par Nicolas Bohier, reprise par Mynsinger von Frundeck et ensuite par Vinnius, sans toutefois citer ces auteurs, en ces termes : « *Narra mihi factum ! jura novit Curia* »³⁷. Pistorius précise toutefois qu'il s'agirait d'une remarque faite à un avocat devant le parlement de Paris³⁸. Il est intéressant de préciser que ni Bohier, ni Mynsinger von Frundeck n'indiquent la juridiction au sein de laquelle aurait été prononcée la prétendue anecdote.

L'expression utilisée par Pistorius contient en germe deux adages mis en œuvre par la doctrine allemande au XIX^e siècle : *da mihi factum, dabo tibi jus* et *jura novit curia*. Néanmoins, l'œuvre de

Pistorius ne permet pas de considérer l'expression *jura novit curia* comme un adage. Aucun autre auteur du XVIII^e siècle n'en fait mention en ce sens.

B. La conceptualisation de l'adage *jura novit curia*

Jura novit curia apparaît pour la première fois en tant qu'adage sous la plume de Georg Friedrich Puchta, un célèbre pandectiste allemand³⁹. Il développe dans son ouvrage sur le droit coutumier, *Das Gewohnheitsrecht*, un paragraphe qu'il intitule *jura novit curia*⁴⁰.

L'analyse est fondée sur la distinction du fait et du droit : « les faits sont fournis au juge par les parties, lesquelles ont le devoir de lui procurer la certitude de leur véracité »⁴¹. Puchta évoque l'analyse développée par Gönner, auteur bavarois, à propos de la maxime de l'apport des faits au débat par les parties (*Verhandlungsmaxime*). C'est en effet Gönner qui met en évidence ce principe appelé à devenir le principe dispositif⁴². Cependant, Puchta retient de cette maxime une analyse critique⁴³. Selon lui, la fonction juridictionnelle ne doit pas être affaiblie par la maîtrise des parties sur le litige. Il propose une analyse fondée sur une distinction dogmatique du fait et du droit : « Bien que l'activité du juge soit désormais amplement restreinte au regard de la détermination des faits [...] en aucun cas, si nous ne voulons pas que la fonction du juge disparaisse, l'influence en constante progression des parties sur le plan décisionnel et la passivité, la position réceptive du juge, ne doit s'étendre aux règles de

32. Jacques Cujas (1522-1590), *Paratitla in libros IX Codicis Iustiniani*, 1654, Lib. II, X *Ut quae desunt advocatis partium iudex suppleat*, p. 197.

33. Hugues Doneau (1527-1591), *Opera Omnia*, 1840-1847, t. 6, *Commentarium de jure civili*, 1846, Lib. XXVI, Cap. III, IV, col. 378.

34. Charles Du Moulin (1500-1566), *Opera Omnia*, 1681, t. 3, Lib. II, Tit. XI *Ut quae desunt Advocatis partium iudex suppleat*, p. 605, col. 1-2.

35. A. Vinnius, *Selectarum juris Quaestionum Libri duo*, op. cit., p. 340.

36. Georg Tobias Pistorius (1666-1745).

37. G. T. Pistorius, *Thesaurus Paroemiarum Germanico-luridicarum*, Centuria Prima, 1716, Préf.

38. G. T. Pistorius, *Thesaurus Paroemiarum Germanico-luridicarum*, Teutsch juristischer Sprüchwörter-Schass, Centuria Decima, 1726, XII, p. 962.

39. Georg Friedrich Puchta (1798-1846).

40. G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. 2, 1837, p. 165-169. Puchta avait déjà réalisé une ébauche de raisonnement tenu à l'égard de *jura novit curia* dans le premier tome de son ouvrage sur le droit coutumier en 1828. La syntaxe de l'adage n'était pas définitivement fixée, puisque l'auteur utilisait l'expression « *jura noscit curia* ». Sur ce point, v. G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. 1, 1828, p. 105.

41. *Ibid.*, p. 165.

42. Sur ce point, v. Nikolaus Thaddaeus Gönner (1764-1827), *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, t. 1, 1801, p. 182 ; pour une analyse approfondie de cette question, v. L. Pennec, *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Émergence et évolution contemporaine en droit comparé*, op. cit., n°s 231 et s., p. 258 et s.

43. G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. 2, op. cit., p. 166-167, note 18.

droit, dont l'application en est attendu »⁴⁴. Et il ajoute : « Cette vérité est aussi consignée dans le bon vieil adage : *jura novit curia* »⁴⁵.

L'analyse de Puchta donne naissance à l'expression *jura novit curia* en tant qu'adage. Il est intéressant de relever que l'auteur le caractérise comme un adage ancien, alors que c'est lui-même qui le consacre ainsi sous cette forme. On doit relever que la conceptualisation de l'adage *jura novit curia* par Puchta conduit à retenir la dispense d'allégation et de preuve du droit à l'égard des parties sur le fondement d'une distinction dogmatique du fait et du droit : aux parties, le contrôle des faits ; au juge, la suprématie sur le droit⁴⁶. Cette vision dogmatique qui prend ses racines plus anciennes dans la décrétole « *Dilecti filii* » (X. 2, 1, 6) de 1159 s'est lentement développée dans la pratique procédurale de la *Reichskammergericht* et dans le cadre de l'*Usus Modernus Pandectarum*. Elle s'impose au sein du pandectisme.

Cette répartition des activités respectives du juge et des parties par rapport à la matière du litige va progressivement s'imposer dans la théorie procédurale allemande au cours du XIX^e siècle⁴⁷.

Une telle conceptualisation se fait au détriment du pouvoir du juge de suppléer en droit, lequel est supplanté par la dispense d'allégation du droit à l'égard des parties. Par conséquent, la doctrine allemande, encore à l'heure actuelle, retient de l'adage *jura novit curia* qu'il signifie l'autonomie du juge dans la recherche et l'application du droit dans le litige. Il s'appuie sur une double dispense : celle de l'allégation et celle de la preuve du droit par les parties. En ce sens, *jura novit curia* équivaut à *da mihi factum, dabo tibi jus*.

L'adage *jura novit curia* et plus largement les principes procéduraux issus de la doctrine alle-

mande vont influencer la pensée italienne dès la première moitié du XX^e siècle. Toutefois, celle-ci va renouveler la définition de l'adage sur le fondement du pouvoir du juge de suppléer en droit.

Piero Calamandrei⁴⁸ et surtout Giuseppe Chiovenda⁴⁹ exercent une influence déterminante sur ce point. Ce dernier, l'un des plus grands processualistes italiens du XX^e siècle, affirme que le principe *jura novit curia* est l'expression de l'autonomie du juge dans la recherche et la détermination des normes juridiques⁵⁰. Il ajoute que le juge peut suppléer les parties en appliquant la norme qui règle le cas d'espèce, à condition que l'objet du litige ne soit pas modifié⁵¹.

Jura novit curia a connu une évolution doctrinale importante en Italie. En d'autres termes, il s'agit d'une adaptation de la conceptualisation doctrinale allemande. La définition générale donnée à l'adage demeure identique : l'autonomie du juge dans la recherche et la détermination du droit applicable au litige. En revanche, les critères d'application ont évolué. Cette autonomie du juge est fondée sur le principe de légalité contenu dans l'article 113 du code de procédure civile italien et dans l'article 101 de la Constitution italienne. Elle présente deux caractéristiques : le pouvoir du juge de suppléer en droit et la dispense de preuve du droit à l'égard des parties.

Concernant la doctrine française, l'expression de l'adage *jura novit curia* apparaît dans l'œuvre de François Génys⁵². L'interprétation issue de la doctrine allemande est clairement perceptible dans ses écrits. Il affirme que les parties doivent alléguer et prouver le fait mais pas le droit : « [...] le juge n'en doit pas attendre la preuve. Il le reconnaît et l'applique d'office, étant de par sa désignation même, chargé spécialement de le connaître. C'est ce qu'expriment les anciens

44. *Ibid.*, p. 167.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*, p. 169-176.

47. V. L. Pennec, *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Émergence et évolution contemporaine en droit comparé*, op. cit., n^{os} 242 et s., p. 271 et s.

48. P. Calamandrei, « *Diritto consuetudinario in Cassazione* », *Riv. dir. proc.* 1938, II, p. 120 et s.

49. Giuseppe Chiovenda (1872-1937).

50. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, t. 2, Jovene, 1936, p. 307 ; *Principi di diritto processuale civile*, 4^e éd., Jovene, 1928, p. 726.

51. G. Chiovenda, « *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat judex ultra petita partium"* », in *La Legge*, 1903, publié à nouveau in *Saggi di diritto processuale civile*, t. 1, p. 167 ; v. également C. Punzi, *Jura novit curia*, Giuffrè, 1965.

52. François Génys (1861-1959).

adages : *jura novit curia*, ou encore : *da mihi factum, dabo tibi jus* »⁵³.

Quelques années plus tard, Henri Motulsky⁵⁴ développe une théorie qui semble, de prime abord, se rapprocher de la doctrine italienne, puisqu'il se fonde sur le pouvoir du juge de suppléer en droit et sur la cause de la demande⁵⁵. Néanmoins, Motulsky identifie un contenu purement factuel de la cause⁵⁶ et répond ainsi plus étroitement à la doctrine allemande, laquelle a pourtant rejeté la notion de cause. Par un gauchissement de cette dernière, Motulsky peut réaffirmer la conception allemande de *jura novit curia* : les parties sont dispensées de l'allégation du droit. Toutefois, la doctrine française actuelle est davantage marquée par les travaux de Jacques Normand⁵⁷. Celui-ci considère l'adage *jura novit curia* comme le révélateur de l'autonomie du juge dans l'application du droit au litige. Celui-ci a le pouvoir de suppléer en droit, à condition de ne pas modifier d'office la cause de la demande. En outre, en adoptant une position réaliste par rapport aux différentes sources du droit, il est tout à fait possible de retenir le principe de la dispense de preuve du droit à l'égard des parties⁵⁸. Les travaux de Roger Perrot vont dans le même sens et permettent, au travers d'une lecture réaliste des racines classiques de la procédure civile française de retenir au travers de *jura novit curia* une autonomie du juge fondée sur le pouvoir de suppléer en droit et la dispense de preuve du droit à l'égard des parties.

En d'autres termes, l'interprétation doctrinale majoritaire française est considérablement plus proche de la théorie italienne que du conceptualisme allemand⁵⁹.

Conclusion. Aujourd'hui, la conception de l'adage *jura novit curia* est toujours légèrement divergente selon que l'on retient la théorie allemande ou italienne. Il est vrai que cette dernière est plus apte à permettre le développement du principe de coopération, puisqu'il reconnaît une interaction du juge et des parties relativement à la règle de droit qui n'est pas fondée sur une distinction dogmatique du fait et du droit. La pratique procédurale allemande aurait tendance à recevoir l'influence de ses proches voisins que sont l'Italie ou encore la France, sur ce principe de coopération. Toutefois, la pensée processuelle allemande demeure profondément marquée par l'articulation des principes dispositif et d'autonomie du juge fondée sur un rapport antagonique.

Néanmoins, le point commun principal, l'autonomie du juge dans la recherche et la détermination du droit au litige exprimé dans l'adage *jura novit curia* doit retenir notre attention, alors que l'on assiste à une relative dilution de l'autorité du juge civil. La réaffirmation de la puissance publique trouverait à s'exprimer dans le procès civil au travers de cette autonomie du juge, permettant à ce dernier de réaliser l'ordonnement juridique au travers de la résolution des litiges.

53. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 118, p. 352.

54. Henri Motulsky (1905-1971).

55. H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chr., p. 235 et s.

56. *Ibid.*, p. 237.

57. V. notamment J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1965, nos 203 et s., p. 193 et s.

58. *Ibid.*, nos 208 et s., p. 198 et s.

59. V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Sirey, 1991, nos 71 et s., p. 69 et s.

Dossier

Permanence des adages du droit

L'adage *pacta sunt servanda* dans une perspective historique de droit international

Enzo Cannizzaro

Professeur de droit international et européen
à l'Université de Rome « La Sapienza »

1. L'adage *pacta sunt servanda* est-il une règle juridique ou plutôt une énigme vivante ? Il est largement admis que les accords internationaux sont généralement respectés.

Comme l'affirmait Louis Henkin, éminent professeur de droit international, « *almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time* »¹. Henkin a fait valoir que les critiques se concentrent souvent sur des échecs très médiatisés comme les guerres, ce qui crée une fausse impression d'anarchie. En réalité, la grande majorité du droit international consiste en des interactions routinières et peu spectaculaires, telles que les accords postaux, l'immunité diplomatique et les protocoles commerciaux, qui sont respectés quotidiennement parce qu'ils sont « apolitiques » et essentiels au bon fonctionnement de la société. Henkin a également identifié les facteurs qui incitent les États à respecter les accords internationaux. L'obéissance des États est fondée sur les avantages réciproques d'un système créé sur des règles, sur l'intérêt commun à maintenir des relations stables et amicales avec les autres, et avant tout sur la crainte des conséquences. Avant tout, le respect des règles est

motivé par la crainte de la réaction de la victime ou de la « non-conformité réciproque », où la violation des règles par un État donne aux autres une raison d'enfreindre les mêmes règles au détriment de cet État.

Ce n'est que secondairement que les États sont guidés par des raisons morales et réputationnelles, c'est-à-dire la « force morale » du droit et une aversion générale pour la critique internationale.

Troisièmement, encore, dans l'opinion de Henkin, le droit interne est un formidable facteur de respect du droit international, grâce au travail des juristes et des juges.

Mais ces facteurs, individuellement ou collectivement, peuvent-ils fonder une règle de droit ? Ou bien s'agit-il plutôt de motivations sociales, tels que l'intérêt, la réciprocité, la moralité et la conception moderne du droit comme fondement de la société ? Ainsi, l'adage *pacta sunt servanda* peut-il être, à son tour, une règle de droit, une source constitutionnelle, ou une simple fiction juridique ?

2. Il n'est pas facile de répondre à cette question. L'argument selon lequel, sans cette règle, le droit international n'existerait pas, ne suffit pas à

1. L. Henkin, *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, 1^{re} éd., Frederick A. Praeger, 1968, p. 42.

démontrer l'existence de la norme *pacta sunt servanda*.

Une logique élémentaire conduit à penser que les deux termes, la norme *pacta sunt servanda* et l'existence du droit international, sont coessentiels, en ce sens que *simul stabant simul cadent*. Les deux options, *stabant* et *cadent*, qui s'excluent mutuellement, ont une probabilité égale d'être vraies ou fausses. Si, sans la règle *pacta sunt servanda*, le droit international ne peut exister, sans le droit international, la règle *pacta sunt servanda* n'a aucune raison d'exister. En d'autres termes, l'existence de l'un est la condition de l'autre. Il est donc tout à fait possible que la règle *pacta sunt servanda* soit une fiction juridique, tout comme l'ensemble du système du droit international.

Mais, en revanche, si le droit international existe, et si les traités créent une obligation, la norme *pacta sunt servanda* doit nécessairement exister, par une inférence logique. Le droit est un système d'organisation qui, à travers des normes, régit la cohabitation des membres d'une société. Ces règles accordent des droits, imposent des devoirs et sanctionnent les comportements qui s'écartent des normes. Dans un ordre juridique tel que l'ordre international, la règle *pacta sunt servanda* confère à un fait – la conclusion d'accords entre États – des conséquences juridiques en termes de droits et d'obligations. L'inverse est également vrai. S'il existe une règle juridique *pacta sunt servanda*, cela signifie qu'il existe un ordre juridique qui en garantit la valeur juridique.

Mais la doctrine a donné à cette règle une signification eschatologique. Les deux courants de la doctrine continentale qui ont conceptualisé cette règle dans le cadre du positivisme des premières années du siècle dernier sont, sans aucun doute, Anzilotti et Kelsen. Tous deux ont conçu cette règle, non seulement comme une règle positive, mais aussi comme une règle indispensable à l'existence même du droit international. Anzilotti, selon son système de pensée axé sur le volontarisme, a encadré la règle au sommet des sources du droit, comme la règle suprême qui a fondé l'ordre juridique international. Mais, en

tant que telle, on ne peut pas la démontrer juridiquement, on doit l'admettre pour que le droit international existe². Kelsen l'a intégrée, après quelques hésitations, dans son système normativiste de la doctrine pure du droit, en tant que norme coutumière mais supérieure aux autres normes coutumières, car elle constitue le fondement de la source quantitativement prépondérante en droit international, à savoir les traités. Par conséquent, elle devrait être comptée parmi les normes constitutives du droit international³.

Ces positions conduisent toutefois à une impasse. Si la règle *pacta sunt servanda* doit être conçue comme la norme suprême de l'ordre juridique international, selon la pensée d'Anzilotti, qui a transformé une norme sociale en une norme juridique et même une norme de rang constitutionnel ? Et, si la même règle a le caractère d'une norme coutumière, quelle est la source qui garantit le respect des normes coutumières ?

Dans la logique kelsénienne, il n'y a que la *Grundnorm*, c'est-à-dire la norme fondamentale, le *Big Bang* du droit international. Mais comme nous savons seulement que le *Big Bang* a existé, sans rien savoir de ses causes, que nous ne pouvons qu'imaginer, nous savons qu'un ordre juridique existe, et notre connaissance se limite à constater son existence et, tout au plus, à nous convaincre de nos hypothèses. De toute évidence, les deux penseurs ont estimé que la règle *pacta sunt servanda* existe parce que le droit international existe. La conséquence est que cette règle est un postulat irréductible aux dynamiques logiques de la formation du droit. La conclusion inéluctable de cette logique est que la règle *pacta sunt servanda* est un postulat logique indémontrable. En d'autres termes, elle existe parce qu'elle existe, et elle n'existe pas pour ceux qui nient l'existence du droit international.

3. L'exploration des origines et du rôle de l'adage *pacta sunt servanda* est à la fois frustrante et exaltante. Il s'agit d'une recherche qui remonte aux racines de l'existence et de la fonction d'un ordre juridique des États qui proclament leur propre souveraineté et, par conséquent, tolèrent

2. D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Sirey, 1929, rééd., éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 68 : « L'ordre juridique international se fonde sur la norme *pacta sunt servanda*. Cette norme est une hypothèse primaire, indémontrable, ou du moins juridiquement indémontrable ».

3. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 325.

mal les limites à leur volonté, même si celles-ci sont acceptées par eux.

La difficulté de cette recherche réside dans l'inexistence d'un acte constitutif du droit international réel et non seulement hypothétique : en d'autres termes, le fait qui a fondé le droit de manière auto-poïétique. Dans le droit international classique, c'est-à-dire le droit international westphalien, il n'y a jamais eu d'assemblée hobbesienne, même virtuelle, qui constitue une communauté politiquement organisée. Il n'y a pas non plus eu de pouvoir centralisé qui ait réussi à imposer un gouvernement mondial fondé sur la force des faits. Heureusement, le monde semble trop complexe pour établir un pouvoir absolu. D'ailleurs, si cela avait été le cas, cela aurait constitué les prémices d'une tyrannie mondiale, comme l'a lucidement fait remarquer Emmanuel Kant dans son essai sur la paix perpétuelle⁴. Par conséquent, cette entité que nous appelons la communauté internationale ne s'est pas constituée en tant que telle par le droit ; elle ne s'est pas non plus constituée par le simple fait. Le droit international est donc à la fois reconnu et méconnu par ceux qu'il devrait gouverner, à savoir les États souverains.

On ne peut pas non plus dire que l'acte fondateur du droit international soit la conférence de San Francisco qui a établi un nouvel ordre mondial basé sur la Charte des Nations unies. La Charte a effectivement marqué un tournant dans l'histoire du droit international. On y trouve une faible trace de l'adage *pacta sunt servanda*. On peut lire dans les dispositions du préambule que les États ont décidé de « créer les conditions dans lesquelles la justice et le respect des obligations découlant des traités et des autres sources du droit international peuvent être maintenus ». « Créer les conditions », bien sûr, mais non réaliser le respect des obligations juridiques. En effet, la Charte n'a fait qu'exprimer le souhait que la justice et le respect des obligations découlant des traités et des autres sources du droit internatio-

nal soient maintenus. Elle n'a pas imposé ce souhait et, encore moins, créé les conditions de sa réalisation. La Charte a institué un mécanisme, par ailleurs très fragile, de maintien de la paix, considéré comme la valeur suprême de la communauté internationale. Mais elle n'a pas construit un système garantissant une justice internationale fondée sur le droit.

Au vu de ces considérations, il est difficile de considérer que l'adage *pacta sunt servanda* puisse être le moment fondateur de l'ordre international.

4. Et alors, qu'en est-il de l'adage *pacta sunt servanda*? Cet adage a été incorporé au sein de la convention de Vienne sur le droit des traités. La disposition préambulaire n° 3 constate « que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus ». L'article 26 dispose que « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

Les rédacteurs de la convention de Vienne ont fait du bon travail. Dans le préambule, ils ont précisé que cette règle est universellement reconnue, indiquant ainsi qu'il s'agit d'une norme coutumière. Bien que la convention ne puisse conférer à cette norme ce caractère, les États parties, et peut-être même les États non parties, pourraient se sentir liés par cette disposition du préambule. Mais, en outre, les rédacteurs de la convention de Vienne l'ont renforcée en la transformant en une norme conventionnelle. Non contents de cela, ils ont lié la règle au principe de bonne foi, qui peut être qualifié de contenu de la règle.

Donc, l'adage *pacta sunt servanda* a finalement acquis le statut d'une règle juridique, à la fois conventionnelle et coutumière⁵. Une norme qui vise à garantir l'efficacité des traités. Certains auteurs ont soutenu que, mis à part les questions philosophiques abordées par Anzilotti et Kelsen, elle avait un rang supérieur aux autres normes

4. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, 1795, premier supplément, *De la garantie de la paix perpétuelle*, rééd., éd. Garnier-Flammarion, 2025. « L'idée du droit des gens suppose la séparation de plusieurs États voisins et indépendants les uns des autres ; et bien qu'une telle situation soit déjà par elle-même un état de guerre (si une union fédérative ne prévient pas l'ouverture des hostilités), cependant, d'après l'idée de la raison, cette situation est préférable à la fusion de tous ces États par une puissance qui prendrait le dessus sur les autres et se transformerait en une monarchie universelle. »

5. La Cour internationale de justice (CIJ) a estimé que le principe de bonne foi est un principe juridique qui fait partie intégrante de la règle *pacta sunt servanda* : CIJ, 25 sept. 1997, *projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 7, § 114 et 142.

internationales⁶. Mais le fait que cette règle ait pour but de garantir l'efficacité des traités ne lui assure pas un rang supérieur par rapport aux normes auxquelles elle veut conférer un effet contraignant. Par conséquent, la règle *pacta sunt servanda* indique simplement la valeur obligatoire des traités. On peut également dire que cette règle ne garantit pas l'efficacité des traités. C'est là une tâche qui incombe aux règles secondaires, tant celles du droit des traités que celles du droit de la responsabilité internationale.

5. La preuve de cette thèse vient de la pratique des États qui concluent des traités non contraignants, mais néanmoins régis par le droit international. Ce n'est pas ici le lieu de discuter de la nature juridique des traités non contraignants, ni du rôle qu'ils jouent dans la dynamique juridique de l'ordre international, qu'ils soient des instruments de développement ou de régression du droit international. Il n'est pas non plus exclu qu'ils puissent jouer, comme c'est plus probable, les deux rôles. Ce qui importe, pour nous, c'est leur existence, qui montre que la règle *pacta sunt servanda*, loin d'avoir un rang supérieur aux sources dont elle garantit l'efficacité, est une règle ordinaire qui impose aux parties aux traités une obligation juridique, à moins qu'elles ne l'excluent : une tâche purement théorique.

Cette remarque conduit à considérer qu'entre les traités contraignants, régis par l'adage *pacta sunt servanda*, et les traités non contraignants, qui ne sont donc pas régis par cet adage, mais par d'autres règles du droit des traités, il

peut exister d'autres catégories intermédiaires de traités, qui attendent encore d'être conceptualisées. Certaines catégories de traités à « normativité relative », selon le célèbre écrit de Prosper Weil⁷, qui, en réalité, a adopté une position conservatrice, ont émergé au cours des dernières décennies. Il est probable que l'avenir proche nous en dise plus à leur sujet.

Un exemple vient de plusieurs règles du commerce international. Bien que formulées en termes précis, de manière à apparaître comme des obligations contraignantes, leur caractère contraignant est fortement atténué par les règles secondaires qui accompagnent leur mise en œuvre.

Ces considérations ont conduit la Cour de justice de l'Union européenne à adopter une doctrine juridique à part entière selon laquelle les règles d'un accord, apparemment contraignantes, peuvent voir leur caractère normatif atténué si les règles qui en garantissent l'efficacité sont fondées sur des principes de flexibilité, réciprocité et souplesse dans la constatation de leur violation⁸. Il en résulte que les règles générales de la responsabilité internationale ne s'appliquent pas à la violation des règles de l'Organisation mondiale du commerce. En plus, cette doctrine juridique a conduit les principaux acteurs étatiques du commerce international à définir ces règles comme n'ayant pas d'effet direct dans leurs ordres juridiques internes.

Cette tendance s'est étendue à d'autres domaines dans lesquels les États utilisent les règles secondaires pour affaiblir l'effet des règles primaires.

-
6. Robert Kolb considère cette règle comme un impératif logique, une sorte de *jus cogens* logique : R. Kolb, *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Hart Publishing, 2015, p. 56. Dans une perspective théorique différente, Alfred von Verdross a considéré la règle *pacta sunt servanda* comme la loi supérieure, dérivée de la nécessité de la coexistence États : A. von Verdross, « Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties" », *American Journal of International Law*, oct. 1937, vol. 31, n° 4, p. 571.
7. P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP* 1982, p. 5. Mais l'auteur ne conteste pas que même les règles à normativité limitée sont des règles de droit. À la page 8, il écrit : « Le fait qu'une règle soit *soft* ou *hard* n'affecte certes en rien son caractère normatif : une règle conventionnelle ou coutumière peut être peu contraignante, *soft* : elle ne cessera pas pour autant, les exemples que l'on vient de citer le montrent, d'être une norme juridique ».
8. CJCE, 13 mai 1971, n° 41 à 44/70, *NV International Fruit Company et autres c/ Commission des Communautés européennes*. Voir le paragraphe 21 : « attendu que cet accord, fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations entreprises sur "une base de réciprocité et d'avantage mutuels", est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes ». Cette décision historique a été complétée par une série d'autres décisions rendues jusqu'à nos jours, qui ont également étendu la doctrine *International Fruits* à de nombreux autres domaines du droit international. L'interprétation de cette orientation jurisprudentielle, combinée à d'autres orientations d'autres juridictions, a été conceptualisée dans ma contribution, v. E. Cannizzaro, « The Neo-Monism of the European legal order », in E. Cannizzaro, P. Palchetti et R. Wessel (dir.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 35 et s.

Pour conclure sur ce point, il existe des traités contraignants, mais aussi des traités non contraignants qui sont des actes juridiques régis par le droit, mais pas par la convention de Vienne sur le droit des traités. En outre, il existe une infinité de catégories intermédiaires entre la nature contraignante et la nature non contraignante. Tout dépend de la volonté des parties qui, dans les traités réciproques, peuvent établir les effets juridiques du traité qu'elles concluent. C'est le triomphe de la normativité relative, conçue mais rejetée par Prosper Weil.

6. Quelques conclusions peu concluantes. Qu'en est-il à la fin de ce voyage entre les suggestions théoriques et la pratique de la contrainte juridique internationale ?

Il semble très difficile d'attribuer à l'adage *pacta sunt servanda* un rang suprême qu'il ne possède pas, une nature juridique constitutionnelle qu'il est incapable d'exercer, ainsi que des

effets qu'il ne peut produire. L'histoire de cet adage est celle d'une théorie issue du droit naturel qui, par un revirement historique, est devenue un pilier de la théorie positive du droit, tant dans la version volontariste que dans la version normativiste, lesquelles en avaient besoin, pour s'affranchir du droit naturel et s'imposer ainsi comme une science pure, dépurée de toute influence naturaliste.

Enfin, l'adage *pacta sunt servanda* a donc été transformé en une règle de droit international. Comme toutes les règles des sciences sociales, elle a été – et est toujours – soumise aux fluctuations de l'histoire. En conséquence, son contenu a évolué en fonction, non seulement des besoins doctrinaux, mais aussi, et surtout, des pressions exercées par les acteurs puissants de l'ordre international, à savoir les États. Lui redonner un rôle constitutionnel est le pire destin que l'on puisse lui souhaiter.

Perspectives

Droit européen des affaires

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 discipline 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 européen des affaires et droit pénal :
des liaisons sinueuses

Thomas Herran

p. 100

Mesures restrictives de l'Union européenne
et droit des affaires de l'Union européenne :
interactions plurielles
et frictions systémiques

Régis Bismuth

p. 105

Les grands mouvements du droit
de la concurrence en France et en Europe.
Histoire d'un droit en perpétuelle mutation

Emmanuelle Claudel

p. 112

La notion juridique de monnaie à l'ère
numérique, illustration d'un droit européen
des affaires transcendant la distinction
public-privé

Francesco Martucci

p. 121

Bilan et perspectives du droit européen
des sociétés

Michel Menjucq

p. 127

Perspectives

Droit européen des affaires

Droit européen des affaires et droit pénal : des liaisons sinueuses

Thomas Herran

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
ISCJ, Université de Bordeaux

À l'occasion du discours d'ouverture du congrès international de la paix, le 21 août 1849, Victor Hugo déclara « un jour viendra où il n'y aura plus d'autres champs de bataille que les marchés s'ouvrant au commerce et les esprits s'ouvrant aux idées ». Ces paroles se sont révélées prophétiques plus d'un siècle plus tard, lorsqu'ont été posés, par les pères fondateurs de l'Europe, les premiers jalons du marché unique, dans l'objectif de mettre fin aux guerres récurrentes déchirant le territoire européen. Mais au-delà de la naissance du droit européen des affaires, ces jalons constituent le point de départ de l'ouverture à une idée nouvelle qui va progressivement s'immiscer, s'insinuer pour éclore plusieurs décennies plus tard, celle d'un droit pénal de l'Union européenne. Apparaissent déjà les liaisons entre le droit européen des affaires et le droit pénal.

Cerner le droit européen des affaires n'est pas chose simple puisqu'il désigne le point de rencontre entre le droit des affaires et le droit de l'Union européenne, deux champs dont les contours ne sont pas tracés avec précision¹. Dans

une première acception, le droit européen des affaires est présenté comme une branche du droit privé européen, distincte du droit monétaire, économique, fiscal et financier européen et du droit social européen. Il concernerait les règles consacrées au marché intérieur et à la concurrence². D'autres auteurs embrassent une conception plus large. Le droit européen des affaires serait « un droit de source européenne qui s'applique aux entreprises et plus largement aux activités à caractère économique »³. En définitive, la matière repose sur un critère formel certain, la source européenne, ce qui en fait une branche du droit européen⁴, et un critère matériel plus mouvant, son objet à savoir le droit des affaires. Le droit pénal est, quant à lui, moins sujet à variation. Branche du droit déterminant et organisant la répression des auteurs d'infractions pénales, sa définition ne prête guère à discussion, en tous les cas lorsqu'il est appréhendé dans sa dimension interne. Plus controversée a pu être l'hypothèse d'un droit pénal de l'Union européenne, compte tenu de la nature intrinsèquement régalienne et donc étatique du

1. B. de Clavière-Bonnamour et C. Nourissat, *Droit européen des affaires*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Hypercours », 2023, p. 9.

2. L. Vogel, *Droit européen des affaires*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2019, p. 69-70. Dans la même conception, v. B. de Clavière-Bonnamour et C. Nourissat, *op. cit.*

3. F. Picod, *Guide du droit européen des affaires 2021/2022*, LexisNexis, p. XV. Dans le même sens, J.-B. Blaise et A.-S. Choné-Grimaldi, *Droit des affaires de l'Union européenne*, PUF, coll. « Thémis », 2017, p. 3.

4. Ch. Galvada, G. Parleani et B. Lecourt, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 9^e éd., LexisNexis, coll. « Manuels », 2024 p. 15.

droit pénal⁵, et ce en dépit du développement du droit pénal international et de la coopération interétatique⁶.

L'essor d'un droit pénal de l'Union européenne n'était pas le projet initial. Sans qu'il soit totalement exclu dès lors qu'était projetée la création des « États-Unis d'Europe », la construction communautaire, fondée sur la méthode fonctionnaliste, s'est faite sur les questions économiques afin de préserver les souverainetés nationales déjà menacées par certaines organisations internationales. L'Europe est donc naturellement devenue un terreau fertile pour le développement d'un droit des affaires supranational. À l'inverse, le droit pénal restait, ou à tout le moins devait rester, étranger à cette construction⁷, les États conservant jalousement leur pouvoir de punir. En effet, le pouvoir de sanction, notamment en matière de concurrence, reconnu à certains institutions et organes européens ne revêt pas la nature pénale⁸. Pourtant, le développement du droit européen a pris un tout autre sens face à l'internationalisation de la criminalité, atteignant une forme paroxystique dans un espace de libre circulation.

Le droit pénal est devenu un sujet pour l'Union européenne, à défaut d'être l'objet de politique européenne, en tous les cas dans les premiers temps. Cette anomalie a été rendue possible, car, d'une part, la collaboration entre les États européens en matière économique a constitué un terrain favorable pour mener des discussions informelles sur les questions sécuritaires et de droit pénal⁹ et, d'autre part, l'instauration d'un marché intérieur a conduit à l'adoption de mesures compensatoires, dont une partie revêt une dimension pénale¹⁰. Le droit européen des affaires a donc été une chance pour le déve-

loppement du droit de la coopération pénale européenne.

Mais les rapports entre le droit européen des affaires et le droit pénal ne se limitent pas à cette seule interaction. En réalité, les points de rencontre entre les deux champs disciplinaires ont toujours existé. Mais au fil de la construction de l'Union européenne, ils se sont démultipliés et leurs rapports se sont complexifiés, révélant selon les cas un pouvoir destructeur ou créateur du droit européen des affaires sur le droit pénal. D'abord, la poursuite d'un objectif exclusivement économique, assortie d'une intégration juridique, a fait naître des relations antagonistes entre le droit européen des affaires et un droit pénal des États membres (I). Ensuite, l'ambition politique de l'Union européenne, avec un élargissement de ses compétences d'attribution, a fait naître une complémentarité entre le droit pénal et le droit des affaires, le premier permettant au second de parvenir à ses fins (II). Enfin, le droit européen des affaires a contribué à l'émergence d'un véritable droit pénal européen, dans la sphère économique, signe d'une véritable synergie entre les deux champs disciplinaires (III).

I. Antagonisme

Dans leur première forme, les rapports entre droit européen des affaires et droit pénal sont conflictuels. Les deux disciplines entrent parfois en opposition, lorsque la règle de droit pénal nationale – qu'il s'agisse d'une norme d'incrimination ou de pénalité – fait obstacle au libre exercice d'une liberté économique garantie par les traités européens ou le droit dérivé. La clé de résolution du conflit réside dans le principe de primauté du droit de l'Union européenne¹¹ et du plein effet de ses règles¹² : « une condamnation

5. Crim., 21 mars 1862, S. 1862, I, 542 : « le droit de punir émane du droit de souveraineté ».

6. Conseil d'État, *Réflexion sur l'institution du Parquet européen*, La documentation française, 2011, p. 9 : « malgré une coopération croissante en la matière, le droit pénal et la procédure pénale continuent à relever de la souveraineté des États membres ».

7. CJCE, 11 nov. 1981, n° C-203/80, *Casati*; CJCE, 18 juin 1998, n° C-35/96, *Lemmens* : « en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des États membres ».

8. Quelques auteurs discutent néanmoins cette qualité en raison de l'application des principes applicables à la matière pénale au contentieux. V. M.-E. Morin, *Le système pénal de l'Union européenne*, th. dactyl., Aix-Marseille, 2017, Ph. Bonfils (dir.), p. 207 et s.

9. En témoignent les discussions menées dans le groupe TREVI qui ont contribué, plusieurs années plus tard, à l'élaboration de deux avancées majeures du droit pénal de l'Union européenne, à savoir les mesures compensatoires de la Convention d'application de l'accord de Schengen et Europol.

10. On pense naturellement aux mesures de coopérations policière et judiciaire prévues par la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1995.

11. CJCE, 15 juill. 1964, n° 6-64, *Costa c. Enel*.

12. CJCE, 9 mars 1978, n° 106/77, *Simmenthal*.

pénale prononcée en vertu d'un acte législatif national reconnu contraire au droit communautaire serait également incompatible avec ce droit »¹³. Par conséquent, « il appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît une disposition du Traité ou un texte pris pour l'application de celui-ci »¹⁴, qu'il s'agisse d'un règlement¹⁵, d'une directive¹⁶ ou encore d'un accord conclu par l'Union européenne avec un État tiers¹⁷. La règle de droit pénal interne est alors neutralisée par le droit européen. L'application du texte par le juge ou son abrogation par le législateur ont pu être observées dans de nombreux champs du droit européen des affaires : les transports¹⁸, la fiscalité¹⁹, la distribution pharmaceutique²⁰, l'exercice des libertés d'établissement et de prestation²¹ ou encore en matière de consommation²².

D'aucuns pourraient légitimement déplorer que la règle pénale interne, censée protéger les valeurs essentielles des États membres, ploie face à des considérations purement économiques. Un tel regret mérite toutefois d'être relativisé à double titre. D'une part, la norme pénale nationale ne s'efface pas systématiquement face à la norme européenne, les libertés économiques qu'elle consacre n'étant pas absolues. La norme pénale ou son application peuvent être justifiées par des impératifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ce n'est donc qu'au terme d'un contrôle de proportionnalité que la norme d'incrimination ou de pénalité sera neutralisée en raison d'une atteinte disproportionnée à l'une des libertés économiques²³. D'autre part, cette neutralisation est un moyen de garantir les principes de nécessité des incriminations et de proportionnalité des peines puisqu'elle conduit à la modération de l'usage

du pouvoir de punir par les États dans le domaine économique lorsqu'il est excessif. De la sorte, le libéralisme économique s'érige en garant du « libéralisme pénal »²⁴. Cet effet destructeur du droit européen des affaires sur le droit pénal ne résume toutefois pas leurs relations puisque les deux peuvent parfois être complémentaires.

II. Complémentarité

Dans la période contemporaine, la relation conflictuelle a cédé le pas à une relation complémentaire, entre le droit pénal et le droit européen des affaires, qui résulte de la fonction gardienne du droit pénal, souvent sollicitée pour garantir ou renforcer l'effectivité des règles édictées par d'autres branches du droit, dont le droit européen des affaires. Le législateur européen ne s'est pas privé de recourir au droit pénal pour sanctionner le non-respect par les agents économiques des règles européennes établies dans les politiques de l'Union. Cette fonction accessoire du droit pénal a ouvert la voie à sa communautarisation, qui s'est traduite par la reconnaissance d'une compétence législative pénale de l'Union européenne, mise en œuvre dans la logique d'intégration. Ce mouvement a été initié par la Cour de justice des communautés européennes, à l'époque où le droit pénal relevait de la logique intergouvernementale du troisième pilier (Justice et affaires intérieures). Dans un premier arrêt du 13 septembre 2005²⁵ puis un autre en date du 23 octobre 2007²⁶, le juge européen a annulé deux décisions-cadres, adoptées respectivement dans le domaine de l'environnement et du transport, au motif que les dispositions qu'elles contenaient devaient être adoptées par voie de directive, selon la procédure législative du pilier communautaire. Ces

13. CJCE, 16 févr. 1978, n° 88/77, *Schonenberg*.

14. Crim., 14 mars 1996, n° 95-81.137, *Bull.* n° 115; Crim., 5 nov. 2019, n°s 18-82.989 et 18-80.554, *Bull.*

15. Crim., 22 oct. 1970, n° 69-90.850.

16. CJUE, 16 nov. 2021, n° C-821/19 *Commission c. Hongrie*; Crim., 14 mars 1996, préc.

17. Crim., 15 nov. 2023, n° 22-81.258.

18. CJUE, gr. ch., 18 mars 2014, n° C-628/11, *International Jet Management GmbH*.

19. CJCE, 25 févr. 1988, n° 299/86, *Procédure pénale contre Rainer Drexler*.

20. Crim., 9 nov. 2019, préc.

21. Crim., 31 mars 2020, n° 19-85.121.

22. CJUE, 12 sept. 2000, n° C-366/98, *Procédure pénale c. Geffroy et Casino France*.

23. Par exemple, Crim., 10 mai 2022, n° 21-83.522; Crim., 7 oct. 2025, n° 23-86.573.

24. R. Théry, *Le libéralisme pénal*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2022.

25. CJCE, 13 sept. 2005, n° C-176/03 *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*.

26. CJCE, gr. ch., 23 oct. 2007, n° C-440/05, *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*.

décisions, conduisant à déposséder les États d'une partie, certes infime, de leur pouvoir de punir, ont été justifiées par le fait que les dispositions pénales avaient pour principal objet des domaines qui relevaient de la compétence de l'Union européenne. Était ainsi découverte une compétence propre de l'Union européenne en matière pénale, relevant de la logique communautaire, et en dehors du troisième pilier.

Avec le traité de Lisbonne, cette compétence pénale de l'Union européenne a été confirmée. L'article 83, § 2, du TFUE consacre la compétence d'adopter des directives permettant « d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » dans le domaine concerné « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales ». En d'autres termes, l'Union européenne peut adopter, par voie de directive, des dispositions pénales qui viennent compléter et affermir les politiques qu'elle mène dans ses domaines de compétence. Plusieurs textes ont donc été adoptés par le législateur européen pour renforcer son action dans les domaines du droit européen des affaires, tels que le droit des marchés financiers²⁷, le droit de la consommation²⁸ ou encore le droit de l'environnement²⁹. De la sorte, ces règles de droit pénal européen font partie intégrante du droit européen des affaires, non en tant que branche de ce dernier, mais en tant que ramification de chacune de ses branches.

La compétence de l'Union pour légiférer dans les domaines du droit pénal accessoire a en outre ouvert la voie à la reconnaissance d'une même compétence en matière de droit pénal autonome. Le premier alinéa de l'article 83 reconnaît également la compétence de l'Union pour établir des règles minimales en matière d'eurocrimes, correspondant à des « domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »³⁰. Si ce champ constitue le noyau dur et l'objet principal du droit pénal européen³¹, il faut tout de même reconnaître que c'est le développement du droit pénal accessoire au droit européen des affaires, initié par le juge communautaire, qui a ouvert la voie à la reconnaissance d'une compétence pénale fondée sur une logique communautaire ou intégrative. Dans une certaine mesure, le droit européen des affaires a contribué à l'éclosion de la compétence législative de l'Union européenne en matière pénale. De cette complémentarité est né le droit pénal de l'Union européenne. Et l'émancipation de ce dernier semble dépendre d'une synergie entre les deux disciplines.

III. Synergie

Dans leurs développements les plus récents, le droit pénal européen et le droit européen des affaires ont noué des liens encore plus étroits et harmonieux, contribuant à leur renouvellement mutuel. Ce phénomène se traduit doublement.

27. Dir. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marchés. V. Ch. Clavier-Rousset, « L'influence du droit de l'Union européenne sur la répression des abus de marchés » in M. Bardet et T. Herran (dir.), *L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal spécial français*, IFJD, 2024, p. 105.

28. V. Weber, « L'influence du droit de l'Union européenne sur les infractions du droit de la consommation », in M. Bardet et T. Herran (dir.), *op. cit.*, p. 89.

29. Dir. 2024/1203 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal et remplaçant les directives 2008/99/CE et 2009/123/CE. V. H. Christodoulou, « L'Union européenne au secours de l'environnement au moyen du droit pénal », *Dr. pén.* 2024, ét. 17 ; J. Lagoutte, « Une saison riche mais sèche : politique(s) et technique(s) du droit pénal européen de l'environnement. À propos de la directive 2024/1203 du 11 avril 2024 (et quelques autres) », *Journal d'actualité du droit international et européen*, 2024, <https://revue-jadie.eu/article/view/8430>, consulté en ligne le 12 décembre 2025.

30. Les domaines sont énumérés par le texte : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. Par une décision du 28 nov. 2022, le Conseil a reconnu un nouvel eurocrime à savoir la violation des mesures restrictives de l'Union européenne (la décision (UE) 2022/2332 du Conseil du 28 nov. 2022 relative à l'identification de la violation des mesures restrictives de l'Union en tant que domaine de criminalité).

31. P. Simon, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2019, p. 120.

D'abord, le droit européen des affaires est un vecteur, voire un catalyseur de l'émancipation du droit pénal européen. Ce dernier est présenté comme incomplet, en ce qu'il est dépendant des États membres pour être effectif et mis en œuvre³². La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne, qui touche naturellement à la sphère économique et à certaines branches du droit européen des affaires – notamment la fiscalité en raison de la fraude à la TVA et l'évasion fiscale –, a permis l'instauration de la première autorité judiciaire européenne : le Parquet européen³³. Malgré un caractère hybride en raison de son fonctionnement décentralisé, cet organe est le symbole du processus d'intégration le plus abouti en matière pénale,³⁴ car il s'agit de la première entité supranationale dotée d'une compétence opérationnelle – pouvoir de contrainte immatérielle³⁵ – marquant un transfert de pouvoir des États à l'Union. À terme, ce sont d'autres champs du droit européen des affaires qui pourraient relever de la compétence du Parquet européen, à commencer par les atteintes à l'environnement³⁶.

Ensuite, certains domaines de préoccupations du droit européen des affaires, qui auraient pu faire l'objet d'une réglementation pénale sur le fondement de l'article 83, § 2, ont été intégrés à la liste des eurocrimes, au sens de l'article 83, § 1. Il faut en déduire qu'ils figurent parmi les « valeurs essentielles de la société européenne »³⁷ et sont dignes d'une protection pénale autonome. Tel est notamment le cas de la fraude et la contrefaçon de moyens de paiement. Ce domaine de criminalité concerne pourtant du

droit des instruments de paiement, relevant de la compétence de l'Union européenne en vertu des articles 63 et suivants du TFUE, et pouvait justifier une action législative de nature pénale de la part du législateur européen au motif que la fraude « entrave le développement du marché unique numérique »³⁸. Toutefois, il a été érigé en eurocrime suggérant que le marché unique est une « valeur essentielle » de l'Union. Plus récemment, par une décision du 28 novembre 2022³⁹, le Conseil a reconnu que la violation des mesures restrictives de l'Union constituait un domaine de criminalité au sens de l'article 83, § 1, pour permettre au législateur européen, dans le contexte de la guerre d'agression de la Russie en Ukraine, d'harmoniser les droits nationaux pour sanctionner pénalement les non-respects des mesures restrictives prononcées par l'Union européenne⁴⁰. Un nouveau domaine relatif au droit européen économique est érigé comme une valeur essentielle justifiant l'intégration du champ de la compétence pénale autonome de l'Union européenne.

En définitive, malgré l'apparente complexité des relations qu'entretiennent le droit européen des affaires et le droit pénal, on observe que le premier a constitué une chance pour l'essor du droit pénal dans l'Union européenne. Mais comment pouvait-il en être autrement ? L'Union étant fondée sur le développement économique, son droit pénal européen ne pouvait prospérer que par son intermédiaire. Ce constat indique une fois encore toute la singularité du droit pénal de l'Union européenne.

32. P. Beauvais, *Le principe de légalité dans le droit de l'Union européenne*, th. dactyl., Paris X, 2006, E. Fortis (dir.), p. 279 : « le droit de l'Union présente un caractère incomplet en ce sens qu'il doit faire appel aux États membres pour rendre effectifs les énoncés légaux qu'il contient » ; M.-E. Morin, *op. cit.*, p. 582 et s.

33. H. Christodoulou, *Le Parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Dalloz, 2021.

34. T. Herran, « Le Parquet européen », *Revue de l'Union européenne* 2023, n° 672, p. 537.

35. C. Chevallier-Govers, « La reconnaissance d'un pouvoir de contrainte au Parquet européen, premier pouvoir opérationnel européen ? », in C. Chevallier-Govers et A. Weyembergh (dir.), *La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace juridique européen ?*, Bruylant, 2021, p. 75 et s.

36. L. Seiler, « L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen », in C. Chevallier-Govers et A. Weyembergh (dir.), *op. cit.*, p. 428 ; F. Baab, « Création d'un Parquet "vert" européen, pourquoi attendre ? », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* 2022, ét. 1.

37. P. Simon, *op. cit.*, p. 154.

38. Dir. (UE) 2019/713 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, cons. 7 du préambule.

39. Décision (UE) 2022/2332 du Conseil du 28 nov. 2022 relative à l'identification de la violation des mesures restrictives de l'Union en tant que domaine de criminalité qui remplit les critères visés à l'article 83, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

40. Dir. (UE) 2024/1226 du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2024 relative à la définition des infractions pénales et des sanctions en cas de violation des mesures restrictives de l'Union.

Perspectives

Droit européen des affaires

Mesures restrictives de l'Union européenne et droit des affaires de l'Union européenne : interactions plurielles et frictions systémiques

Régis Bismuth

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

À première vue, le droit européen des affaires et les mesures restrictives de l'Union européenne relèvent de sphères juridiques distinctes et ne devraient interagir qu'à la marge. Les mesures restrictives (aussi plus généralement désignées « sanctions ») relèvent de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE. Il s'agit d'un instrument essentiel de l'action extérieure de l'Union qui vise à répondre, entre autres, à des violations graves du droit international. Juridiquement, les mesures restrictives sont clairement délimitées : décidées à l'unanimité par le Conseil sur le fondement de l'article 29 TUE et mises en œuvre par des règlements adoptés en vertu de l'article 215 TFUE, elles sont conçues pour influencer sur le comportement d'acteurs non-européens en recourant à des outils tels que le gel de ressources économiques, les restrictions à l'importation ou à l'ex-

portation, ou encore d'autres restrictions économiques sectorielles spécifiques.

Les frontières du droit européen des affaires ne sont pas aussi nettes. Elles sont avant tout doctrinales et s'articulent en ce sens autour d'un socle commun incluant les libertés de circulation, l'intégration du marché intérieur et le droit de la concurrence¹. Certains auteurs y incluent également des thématiques variées, telles que la gouvernance économique ou monétaire de l'Union², voire même aussi les procédures contentieuses³. La variété de la matière se reflète plus largement dans l'évolution des sujets traités dans des revues spécialisées comme l'*European Business Law Review* depuis sa création il y a plus de trois décennies. Fiscalité, numérique, climat, environnement, stabilité financière, droits de l'homme et autres domaines sont désormais des composantes reconnues des débats contemporains en droit européen des affaires.

1. V. par ex., L. Vogel, *Droit européen des affaires*, 2^e éd., Dalloz, 2019.

2. C. Gavalda, G. Parleani et B. Lecourt, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 9^e éd., LexisNexis, 2024.

3. C. Nourissat et B. de Clavière-Bonnamour, *Droit européen des affaires*, 7^e éd., Dalloz, 2023, p. 535 et s.

Dans cette acception plus large du droit européen des affaires, il est possible d'explorer les relations entre celui-ci et les mesures restrictives de l'UE. Droit européen des affaires et mesures restrictives se situent, à première vue, sur des espaces distincts. La politique étrangère et de sécurité commune est ancrée dans les relations extérieures de l'Union, avec le reste du monde. Le droit des affaires de l'UE quant à lui est orienté vers l'organisation interne du marché. Cette distinction, il faut l'avouer rudimentaire entre « intérieur » *versus* « extérieur », dissimule des réalités économiques, mais aussi juridiques, bien plus complexes.

C'est une banalité de constater que des mesures restrictives à vocation économique (gel des avoirs, restrictions commerciales, etc.) produisent des répercussions sur la conduite des affaires. Toutefois, il serait réducteur de s'en tenir à ces seules interactions. Depuis la crise ukrainienne, les mesures restrictives ont généré plusieurs frictions et un brouillage des frontières entre objectifs de politique étrangère et plusieurs domaines du droit européen des affaires.

Cette étude propose de dégager les grandes lignes de ces interactions autour de quatre axes : l'impact général des mesures restrictives sur la conduite des affaires dans l'UE (I), la mise à l'épreuve des libertés de circulation par les mesures restrictives (II), les distorsions économiques (notamment concurrentielles) dans le marché intérieur résultant des mesures restrictives (III), et enfin le mouvement plus récent consistant à utiliser des instruments de la politique économique de l'Union au soutien des mesures restrictives (IV).

I. L'incidence générale des mesures restrictives sur la conduite des affaires dans l'UE

Pour mesurer l'incidence des mesures restrictives sur le monde des affaires européen, il est d'abord nécessaire de clarifier la distinction entre les cibles des sanctions et leurs destinataires. Les cibles des sanctions sont généralement les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, dont le comportement est considéré comme indésirable, qu'il s'agisse par exemple de personnalités politiques ou d'entreprises impliquées dans des activités militaires ou dans le soutien d'actions contraires au droit international. Ces cibles sont souvent situées à l'étranger et font l'objet de mesures de gel de leurs avoirs ainsi que de sanctions sectorielles.

Cependant, sur le plan juridique, les destinataires des obligations découlant des mesures restrictives sont avant tout, en pratique, des opérateurs établis dans l'UE. En effet, les règlements adoptés en vertu de l'article 215 TFUE incluent entre autres, dans leur champ d'application *ratione personae* des mesures restrictives, les sociétés établies dans un État membre de l'UE⁴. Concrètement, c'est à une banque française qu'il revient de procéder au gel des avoirs d'une personne inscrite sur une liste de sanctions, ou encore à une entreprise européenne de s'abstenir de commercer avec un opérateur russe pour certains biens ou services interdits.

Loin d'être des contraintes périphériques, ces obligations juridiques sont internalisées par les acteurs économiques européens, qui doivent en permanence intégrer les restrictions pertinentes dans leur fonctionnement quotidien. La portée des mesures restrictives européennes contemporaines est sans précédent. Dans le cadre des sanctions adoptées contre la Russie, en particulier depuis le début de la guerre en Ukraine en 2022, le règlement 833/2014 a étendu le champ

4. La clause générale relative au champ d'application des règlements portant mesures restrictives dispose de manière habituelle : « Le présent règlement s'applique : a) sur le territoire de l'Union, y compris dans son espace aérien ; b) à bord de tout aéronef ou de tout navire relevant de la juridiction d'un État membre ; c) à toute personne, à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire de l'Union, qui est ressortissante d'un État membre ; d) à toute personne morale, toute entité ou tout organisme, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union, établi ou constitué selon le droit d'un État membre ; e) à toute personne morale, toute entité ou tout organisme pour toute activité économique exercée en totalité ou en partie dans l'Union ». Sur l'extension de la portée territoriale des mesures restrictives de l'UE, v. R. Bismuth et J. Dunin-Wasowicz, « Towards a New Extraterritoriality of EU Sanctions ? », in C. Zilioli, R. Bismuth et L. Thévenoz (dir.), *International Sanctions: Monetary and Financial Law Perspectives*, Brill, 2024, p. 123 et s.

des limitations économiques à une grande variété de secteurs clés.

L'influence des régimes de sanctions sur le fonctionnement des entreprises européennes se manifeste de manière concrète dans une multiplicité de catégories de restrictions qui touchent directement des opérations commerciales routinières. En matière de biens, les interdictions d'importer ou d'exporter certains produits obligent les opérateurs à opérer des vérifications supplémentaires pour toute transaction susceptible d'entrer dans le champ des mesures restrictives. Dans le domaine des services, des prestations traditionnellement intégrées aux activités d'entreprise (allant des services comptables, d'audit ou de conseil aux prestations informatiques) sont frappées d'interdiction, poussant les cabinets européens à adapter leurs offres ou à solliciter des autorisations spécifiques des autorités nationales pour continuer certaines missions. Sur le plan des flux de capitaux, les gels des avoirs ou l'interdiction de certaines opérations de financement imposent aux institutions financières de renforcer leurs systèmes de conformité et de filtrage pour éviter de se rendre coupables d'infractions aux mesures restrictives en vigueur. Notons d'ailleurs que le dispositif répressif pour les cas de violation des mesures restrictives de l'UE a été récemment harmonisé et renforcé par la directive 2024/1226⁵.

L'intégration de ces restrictions dans le quotidien des entreprises se traduit par des changements structurants dans les fonctions de conformité des entreprises européennes. Dans de nombreux secteurs, tout projet transfrontalier commence par un contrôle de conformité aux sanctions (à l'instar des vérifications en matière de concurrence ou de protection des données) et les comités de direction doivent désormais disposer d'une expertise spécifique sur ces régimes pour évaluer les risques juridiques et opérationnels potentiels.

La conséquence la plus marquante est peut-être l'émergence d'une compliance géo-économique sophistiquée, qui requiert non seulement des ressources techniques (logiciels de filtrage, due diligence accrue sur les clients) mais aussi

une veille réglementaire continue. L'évolution rapide des paquets de sanctions, avec leurs nombreuses modifications et ajouts successifs, impose aux entreprises de mettre à jour régulièrement leurs politiques internes et de former leurs équipes pour prévenir les violations involontaires et les risques de responsabilité pénale ou administrative pour les dirigeants et les *compliance officers*.

Les sanctions sont aussi susceptibles d'avoir une portée inattendue, affectant des aspects très routiniers de la vie des sociétés. L'illustration en est donnée par le renvoi préjudiciel actuellement pendant devant la CJUE dans l'affaire *SBK Art*⁶ qui interroge la Cour sur le point de savoir si le gel des fonds emporte ou non, pour celui qui en est la cible, une suspension de l'exercice des droits d'assemblée et de vote attachés à des certificats d'actions. Compte tenu de ces effets invasifs sur le fonctionnement des sociétés, il n'est pas surprenant que des frictions aient pu se manifester entre l'application des sanctions et d'autres principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier ceux relatifs aux libertés de circulation.

II. Les libertés de circulation face aux mesures restrictives

Les mesures restrictives de l'UE imposent divers types de restrictions qui affectent non seulement les activités de cibles situées à l'étranger (par exemple une entreprise russe visée qui n'a plus la possibilité de vendre certaines marchandises depuis la Russie vers l'UE), mais aussi les activités de cibles conduites dans l'espace des États membres de l'Union. Tel est notamment le cas des personnes et entités visées par des mesures de gel dans l'UE, qui impliquent des restrictions aux mouvements de capitaux aussi bien entre l'Union et les États tiers qu'au sein même de l'Union.

Ainsi, si l'article 215 TFUE, qui sert de fondement aux mesures restrictives de l'UE, vise « l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers », l'analyse de leurs effets

5. Dir. 2024/1226 du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2024 relative à la définition des infractions pénales et des sanctions en cas de violation des mesures restrictives de l'Union et modifiant la directive 2018/1673.

6. V. les conclusions de l'Avocat général Jean-Richard de La Tour dans cette affaire (CJUE, 25 sept. 2025, n° C-465/24, *SBK Art c/ Fortenova*).

concrets montre que ces mesures ne se limitent pas à des restrictions transfrontières avec des États tiers.

Elles peuvent également produire des effets juridiques directs à l'intérieur de l'espace de l'Union, y compris en affectant l'exercice de libertés fondamentales garanties par le droit primaire. La CJUE a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conformité des mesures restrictives au regard de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété⁷ ou du droit à la liberté d'expression dans le cadre d'une activité économique⁸.

Des restrictions aux libertés de circulation qui sont quant à elles au cœur du droit européen des affaires peuvent aussi résulter des mesures restrictives. La question s'est posée devant la CJUE de manière particulièrement significative, en matière de liberté de circulation des personnes, donnant à la Cour l'occasion de préciser sa manière d'appréhender les tensions entre libertés de circulation et mesures restrictives.

Certaines personnes ont été visées par des mesures restrictives comprenant des interdictions de voyager. Dans le cadre des régimes de sanctions, ces interdictions ont principalement concerné des ressortissants de pays tiers, sous la forme d'une interdiction d'entrée sur l'ensemble du territoire des États membres. Toutefois, des personnes disposant d'une double nationalité, dont celle d'un État membre, ont également été concernées. Dans ce cas, les mesures ont eu pour effet de leur interdire l'accès aux territoires des États membres dont elles n'étaient pas ressortissantes, tout en leur permettant de résider sur le territoire de l'État membre dont elles possédaient la nationalité.

La question s'est alors posée de la compatibilité de telles mesures avec les dispositions de l'article 21 TFUE ainsi que de l'article 45, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui consacrent le droit de tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Certaines personnes visées par des interdictions de voyager ont ainsi cherché à faire valoir leurs droits de citoyens européens au titre de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union de circuler et de

séjourner librement sur le territoire des États membres. Cette directive ne prévoit comme restrictions générales admissibles aux libertés de circulation et de séjour que les mesures prises par les États membres « pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». Son article 27, § 2, pose en outre une conception particulièrement restrictive de ces exceptions, en exigeant que les mesures d'ordre public ou de sécurité publique « soient fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné ».

Or, certaines personnes visées par des mesures restrictives d'interdiction de voyager ne le sont pas en raison de leur comportement personnel en lien avec la situation que ces mesures entendent faire cesser, mais en raison de leur statut, par exemple en tant qu'homme ou femme d'affaires influent ou en tant que conjoint d'une personne directement ciblée. Dans ce contexte, certains citoyens européens ont tenté d'invoquer la directive 2004/38/CE pour contester les interdictions de déplacement au sein de l'Union, en faisant valoir que rien, dans leur comportement personnel, ne permettait de caractériser un trouble à l'ordre public ou à la sécurité publique.

Les juridictions de l'Union ont toutefois rejeté cette lecture des relations entre liberté de circulation des citoyens européens, telle qu'organisée par la directive 2004/38/CE, et mesures restrictives. Elles ont considéré que, au titre de l'article 21, § 1, TFUE, les libertés de circulation et de séjour des citoyens européens s'exercent « sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». Cette formule inclut selon la Cour les décisions relevant de la politique étrangère et de sécurité commune adoptées sur le fondement des traités⁹, de sorte que la liberté de circulation peut « être restreinte pour des motifs autres que ceux prévus par la directive 2004/38 »¹⁰. Dans une affaire antérieure, les juridictions de l'Union avaient d'ailleurs précisé que les mesures restrictives affectant la liberté de circulation des citoyens de l'Union « doivent être considérées comme une *lex specialis* par rapport à ladite directive 2004/38, de sorte que ces dispositions

7. V. par ex., CJUE, 28 mars 2017, n° C-72/15, *Rosneft*, § 143 et s.

8. Trib. UE, 27 juill. 2022, n° T-125/22, *RT France c/ Conseil*, § 116 et s.

9. Trib. UE, 2 déc. 2025, n° T-285/24, *Timchenko c/ Conseil*, § 113.

10. *Ibid.*, § 114.

priment cette dernière dans les situations qu'elles visent spécifiquement à régler »¹¹.

Cette position jurisprudentielle peut légitimement susciter des critiques, notamment si l'on observe que l'article 29 TUE, sur le fondement duquel sont adoptées les mesures restrictives relatives aux interdictions de voyager, se borne à indiquer que « le Conseil adopte des décisions qui définissent la position de l'Union sur une question particulière de nature géographique ou thématique ». Cette disposition n'avait pas vocation, *prima facie*, à fonder des mesures susceptibles d'affecter directement l'exercice des libertés de circulation au sein de l'Union.

Il ressort néanmoins de la jurisprudence que ces mesures ne sont pas appréciées à l'aune du droit commun des libertés de circulation, mais uniquement au regard des principes applicables au contrôle juridictionnel des mesures restrictives, domaine dans lequel les juridictions de l'Union reconnaissent une marge de manœuvre particulièrement large au Conseil. Autrement dit, les mesures restrictives affectant les libertés de circulation au sein de l'Union sont évaluées exclusivement à l'aune de la logique de la politique étrangère et de sécurité commune, et non au regard du régime général des libertés de circulation.

III. Distorsions économiques et asymétries concurrentielles résultant des mesures restrictives

Les mesures restrictives de l'UE sont conçues pour produire des effets économiques significatifs sur les pays et entités visés. Elles peuvent toutefois engendrer des répercussions économiques non intentionnelles au sein même de l'UE. Ainsi, les sanctions adoptées en 2022 contre la Banque centrale de Russie et certaines institutions financières russes n'ont pas seulement affecté la stabilité du système bancaire russe, mais ont également provoqué des effets de contagion dans l'espace européen.

L'exemple des filiales européennes de la banque russe *Sberbank* en Autriche, en Slovaquie et en Croatie est à cet égard révélateur. Ces éta-

blissements ont connu une perte rapide de confiance, accompagnée de retraits massifs de dépôts, avant même l'entrée en vigueur complète des mesures restrictives.

Cette situation a conduit à l'intervention des autorités européennes afin de préserver la stabilité financière et, pour deux de ces filiales, à l'ouverture de procédures de résolution¹².

De manière peut-être plus inattendue, les mesures restrictives sont également susceptibles, en raison de la spécificité de leurs mécanismes de mise en œuvre, de générer des asymétries concurrentielles entre opérateurs économiques au sein de l'UE. Pour le comprendre, il convient de rappeler que la mise en œuvre des sanctions européennes repose principalement sur les autorités nationales des États membres. Si les sanctions sont adoptées au niveau de l'Union par des règlements directement applicables, leur application concrète relève des administrations nationales compétentes. Celles-ci assurent le respect effectif des interdictions, exercent des contrôles, infligent des sanctions en cas de violation et traitent les demandes émanant des opérateurs économiques.

Parmi les décisions prises par les autorités nationales compétentes figurent celles relatives aux demandes de dérogation. Une dérogation correspond à la situation dans laquelle une activité ou une opération est, en principe, interdite par le règlement de base, mais peut faire l'objet d'une autorisation préalable délivrée par l'autorité nationale compétente. Les possibilités de dérogation sont nombreuses. À titre d'exemple, les règlements 269/2014 et 833/2014 relatifs aux sanctions contre la Russie comptent, dans leur version en vigueur en décembre 2025, environ 120 dérogations. Celles-ci poursuivent des objectifs variés, allant de la protection des intérêts stratégiques et économiques de l'Union, notamment en matière d'approvisionnement énergétique ou de stabilité financière, à des considérations de sécurité juridique, à des exigences de respect des droits fondamentaux ou encore à des motifs humanitaires.

L'interprétation et l'octroi de ces dérogations relèvent de l'appréciation des autorités natio-

11. Trib. UE, 5 nov. 2014, n°s T-307/12 et T-408/13, *Mayeleh c/ Conseil*, § 198.

12. Sur ces événements, v. C. Gortsos, « The EU's Restrictive Measures on the Russian Central Bank: Some Financial Stability Perspectives in Light of the Sberbank Cases », in C. Zilioli, R. Bismuth et L. Thévenoz (dir.), *International Sanctions: Monetary and Financial Law Perspectives*, Brill, 2024, p. 275 et s.

nales, ce qui est susceptible d'engendrer des distorsions entre opérateurs économiques au sein de l'Union. Une même opération peut ainsi être autorisée dans un État membre et refusée dans un autre. L'autorisation générale n° 42 délivrée par l'Office fédéral allemand des affaires économiques et du contrôle des exportations (BAFA) illustre cette problématique. Elle permet à certaines entreprises allemandes de continuer à fournir des services professionnels et des logiciels à leurs filiales russes, malgré l'interdiction élargie prévue par les sanctions européennes¹³.

Les entreprises établies dans d'autres États membres ne peuvent toutefois pas bénéficier automatiquement d'une autorisation équivalente, leurs autorités nationales n'ayant pas adopté de mesure comparable. Une entreprise européenne pourrait dès lors être incitée à structurer la fourniture de ses services *via* sa filiale allemande afin de s'appuyer sur cette autorisation. Il en résulte une dynamique concurrentielle asymétrique entre acteurs opérant dans l'Union. Cette illustration met en lumière le risque de divergences dans l'application des régimes nationaux de sanctions et souligne l'importance d'une coordination renforcée afin de limiter de telles distorsions et d'assurer l'efficacité globale des mesures restrictives européennes.

Au-delà des distorsions liées à l'application des dérogations, la mise en œuvre des sanctions a également contribué à des distorsions concurrentielles mettant à l'épreuve le droit des aides d'État. Face au choc économique induit par les mesures restrictives (notamment la crise énergétique), la Commission a assoupli le contrôle des aides *via* l'adoption d'un « Encadrement temporaire de crise » fondé sur l'article 107, § 3 (b), TFUE¹⁴. Si ce dispositif a permis d'amortir l'impact des conséquences économiques des sanctions pour les entreprises européennes, il a également produit des effets asymétriques au sein du marché intérieur. Les États membres disposant de marges budgétaires plus importantes (notamment l'Allemagne) ont pu accorder à leurs industries des volumes d'aides nettement supérieurs,

créant un désavantage compétitif pour les opérateurs situés dans des États membres aux capacités financières plus limitées. Ainsi, la réponse économique aux conséquences des mesures restrictives a, par ricochet, fragilisé l'égalité des conditions de concurrence au sein du marché intérieur¹⁵.

IV. La politique économique de l'UE au soutien des mesures restrictives

Après avoir mis en évidence que des distorsions entre opérateurs économiques de l'UE peuvent résulter de la mise en œuvre des mesures restrictives, il est aussi possible de mettre en lumière une autre interaction, à savoir la mobilisation des instruments de la gouvernance économique de l'Union au soutien des mesures restrictives. Autrement dit, il s'agit de recourir à des bases juridiques relevant du droit économique de l'Union pour atteindre des objectifs poursuivis par la politique étrangère et de sécurité commune, tout en s'affranchissant du cadre procédural contraignant de celle-ci, qui repose sur l'unanimité du Conseil pour l'adoption et le renouvellement des sanctions.

Un exemple particulièrement éclairant de cette dynamique est fourni par les mesures récemment adoptées en matière d'immobilisation des avoirs de la Banque centrale de Russie (BCR). À l'été 2025, il est envisagé d'utiliser les actifs immobilisés de la BCR comme garantie d'un prêt de réparations consenti à l'Ukraine. Sans entrer dans les détails techniques de ce dispositif, une telle opération supposait de pouvoir stabiliser juridiquement ces actifs sur une période suffisamment longue afin de sécuriser le prêt¹⁶.

Or, dans le cadre juridique classique des mesures restrictives, l'immobilisation des avoirs repose sur des règlements adoptés sur le fondement de l'article 215 TFUE, lesquels doivent être renouvelés à l'unanimité à intervalles réguliers, en pratique tous les six mois. Cette temporalité implique qu'à chaque échéance, un blocage poli-

13. BAFA, *Bekanntgabe der Allgemeine Genehmigung*, n° 42, 2 févr. 2024.

14. Communication de la Commission – Encadrement temporaire de crise pour les mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie à la suite de l'agression de la Russie contre l'Ukraine (2022/C 131 I/01).

15. Cour des comptes européenne, *Rapport spécial – Aides d'État en temps de crise*, 2024.

16. R. Bismuth, « L'Union européenne face au défi d'un "prêt de réparations" à l'Ukraine adossé aux avoirs russes », *Le Club des Juristes*, 3 oct. 2025.

tique puisse remettre en cause la base juridique de l'immobilisation. Ce risque n'était nullement théorique car certains États membres plus réticents à l'égard des sanctions contre la Russie, tels que la Hongrie ou la Slovaquie, étaient susceptibles de peser sur la perspective d'un renouvellement. À défaut de reconduction, les avoirs de la Banque centrale de Russie auraient cessé d'être immobilisés et auraient dû être restitués, privant ainsi le prêt de sa garantie et exposant les États membres au déclenchement de leurs engagements financiers.

Les États membres favorables à cette opération ont rapidement constaté qu'il serait difficile d'obtenir, à l'unanimité, l'activation de la procédure passerelle prévue à l'article 31, § 3, TUE qui aurait permis subséquemment de déroger durablement à la règle de l'unanimité dans le cadre du renouvellement des mesures restrictives.

C'est dans ce contexte qu'une solution alternative a finalement été trouvée en mobilisant l'article 122 TFUE, sur le fondement duquel a été adopté le règlement 2025/2600.

Cette disposition permet au Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, d'adopter des mesures exceptionnelles et temporaires lorsqu'un ou plusieurs États membres sont confrontés à de graves difficultés économiques ou à des circonstances extraordinaires échappant à leur contrôle.

À la différence des instruments de la politique étrangère et de sécurité commune, l'article 122 TFUE relève du champ de la gouvernance économique de l'Union, ce qui autorise une réponse rapide et coordonnée sans recourir à l'unanimité¹⁷.

Le recours à cette base juridique ne constitue pas une rupture totale. L'article 122 TFUE a déjà été mobilisé à plusieurs reprises pour faire face à des crises systémiques affectant l'économie de l'Union. Il a servi, dès 2010, de fondement au Mécanisme européen de stabilité financière (MESF) lors de la crise des dettes souveraines. Il a ensuite été utilisé en 2016 pour financer des

mesures d'urgence liées à la crise migratoire, puis en 2020 pendant la pandémie de COVID-19, notamment pour des mécanismes de soutien exceptionnels. Plus récemment, il a été activé pour répondre aux conséquences économiques de la guerre en Ukraine, en particulier dans le domaine de l'énergie, avec des mesures coordonnées visant la réduction de la demande de gaz et la stabilisation des marchés énergétiques.

Dans le cas spécifique des avoirs de la Banque centrale de Russie, le règlement 2025/2600 vise à compléter les mesures restrictives adoptées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune en instaurant un dispositif durable d'immobilisation de ces actifs¹⁸.

Pour justifier le recours à l'article 122 TFUE, le Conseil a avancé des arguments économiques substantiels. Selon le Conseil, la guerre d'agression menée par la Russie a engendré des chocs macroéconomiques significatifs au sein de l'Union, affectant la croissance, la stabilité financière, les marchés de l'énergie et les finances publiques des États membres. À ces effets s'ajoutent des coûts budgétaires considérables liés au soutien à l'Ukraine, à l'accueil des réfugiés et à l'augmentation des dépenses de défense. Le maintien de l'immobilisation des avoirs russes a ainsi été présenté comme une mesure nécessaire pour préserver la stabilité économique de l'Union et limiter les risques systémiques¹⁹.

Cette innovation juridique apparaît toutefois ambivalente. Si elle témoigne de la capacité de l'Union à adapter ses instruments face à des crises hybrides mêlant enjeux économiques et géopolitiques, elle soulève également des questions institutionnelles sensibles quant à la délimitation entre gouvernance économique et politique étrangère. Elle illustre, en définitive, la manière dont ce qui était conçu comme une discipline distincte, dotée de procédures propres, s'interpénètre de plus en plus avec le champ large du droit des affaires de l'Union européenne, une dynamique appelée à s'accroître.

17. S. Delaude, « Article 122 », in M. Kellerbauer, M. Klamert et J. Tomkin (dir.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2^e éd., Oxford University Press, vol. 2, p. 1803 et s.

18. V. J. Dunin-Wasowicz, « Leveraging Article 122 TFEU to Block Russian Central Bank Assets », 15 déc. 2025, <https://eusanctions.substack.com/>

19. *Ibid.*

Perspectives

Droit européen des affaires

Les grands mouvements du droit de la concurrence en France et en Europe Histoire d'un droit en perpétuelle mutation

Emmanuelle Claudel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Au moment d'aborder les grands mouvements qui traversent le droit européen des affaires, il est particulièrement intéressant de prendre pour objet le droit de la concurrence, qui, malgré sa jeunesse, a déjà compté plusieurs révolutions. La première eut lieu en 2002, lorsque le règlement d'application des articles 85 et 86 CEE, le règlement 17/62, a été remplacé par le règlement 1/2003. Ce fut le temps de la décentralisation et de la coopération, avec l'édification du formidable creuset d'entraide et de réflexion que fut le réseau européen de la concurrence. En 2008 eut lieu une révolution d'ordre plus substantiel qu'institutionnel et au temps de diffusion plus lent : celle du développement de l'analyse économique, qui continue d'irriguer la matière, avec des mouvements de flux et de reflux sur lesquels nous reviendrons.

Depuis quelques années, c'est une autre révolution qu'affronte le droit de la concurrence, comme tous les autres droits : la révolution numérique, et aujourd'hui l'IA et les méta-

données (I). Mais là n'est pas le seul mouvement qui traverse la matière. Car autant que les autres, le droit de la concurrence est le reflet de la société et de ses mutations, auxquelles il doit continuellement s'adapter : crise économique et industrielle, crise écologique, affrontement des blocs régionaux. Ce foisonnement d'éléments exogènes a des résonances profondes dans ce droit aujourd'hui en quête de nouveaux repères. Non sans réticences quelquefois, il s'ouvre à de nouveaux paramètres : la durabilité, la protection des données personnelles, la mobilité des salariés... (II).

I. La révolution numérique : appréhender l'ogre¹

La montée en puissance des grands acteurs du numérique est un phénomène connu et largement étudié. Le droit de la concurrence n'y a évidemment pas échappé, au point que la pratique décisionnelle, les organisations telles que

1. L'auteure de ces lignes a fait un choix évidemment critiquable, dans cette partie consacrée au numérique : celui de ne quasiment s'appuyer que sur la pratique décisionnelle et la jurisprudence. La doctrine abonde cependant. Elle abonde même à ce point que choisir entre les références relève de la gageure. La difficulté à choisir l'a donc conduite... à ne pas choisir. Que les auteurs concernés veuillent bien l'en excuser.

l'OCDE, la littérature et la doctrine concurrentielles ont semblé totalement capturées par l'analyse du phénomène et les défis qu'il représentait. Cela se comprend : il a fallu se doter des moyens pour appréhender le phénomène et lutter contre les rentes accumulées en acquérant une expertise (A) et moderniser les outils d'intervention (B).

A. L'acquisition d'une expertise décisionnelle, juridictionnelle et consultative

Avant de générer une économie tout à la fois source de bienfaits et de problèmes concurrentiels, le numérique est une technologie qu'il a fallu *a minima* appréhender pour prétendre développer l'expertise qui est aujourd'hui reconnue aux autorités de concurrence et à leur juridiction de contrôle. Des phénomènes connus du monde physique (marchés multifaces, effets de réseau, etc.) ont pris une tout autre dimension dans l'univers numérique, au point de bouleverser les cadres analytiques. Ce bouleversement a été renforcé par l'émergence et la multiplication des plateformes, la massification des données, la naissance « d'écosystèmes numériques »² et l'évidente complexification des marchés.

Il en est résulté un temps et un coût d'apprentissage pour les autorités de concurrence qu'il illustre l'emblématique affaire *Google*, fréquemment mise en exergue pour dénoncer, avec quelque exagération, l'inadéquation des outils traditionnels. Sept ans, c'est le temps qu'il a en effet fallu à la Commission européenne pour sanctionner l'entreprise dans le premier volet du triptyque qui allait conduire à des condamnations cumulées de près de huit milliards d'euros en deux ans³. Sept ans pendant lesquels l'entreprise a largement œuvré à consolider son éco-

système, au point de poser la question de son démantèlement comme seul remède efficace⁴.

Ce temps passé n'a cependant pas été du temps perdu. Il a permis l'édification d'une pratique décisionnelle très riche, au gré d'affaires rendues dans des temps davantage compatibles avec le temps numérique. Les exemples abondent en France et en Europe. Google, Amazon, Meta, Microsoft, Apple : tous ces géants du numérique ont fait l'objet de décisions multiples, tantôt sanctionnatrices, tantôt recourant à des remèdes négociés. Leurs pratiques sont passées au crible : favoritisme, ventes liées, usage abusif des données des utilisateurs, clauses restrictives imposées à leurs partenaires constitutives d'autant d'abus d'exploitation... De cette mobilisation a découlé un déplacement du champ du contentieux en Europe : hier tout entière mobilisée par les cartels, l'activité de la Commission européenne se recentre aujourd'hui sur les abus commis par ces géants, comme si la dangerosité avait changé d'incarnation.

B. La modernisation des outils

Devenues expertes et souvent dotées de services dédiés à l'économie numérique⁵, les autorités de concurrence s'osent à une activité consultative remarquable et remarquée. L'Autorité française est particulièrement active : le *cloud*⁶ et l'IA générative⁷ ont par exemple donné lieu à des avis structurants. La qualité et la technicité des analyses déployées dans les décisions précitées sont la preuve de la malléabilité du droit de la concurrence et de la capacité des autorités, ainsi que de leur juridiction de contrôle, à appréhender les marchés numériques.

Il a pourtant été affirmé, avec quelque exagération on l'aura compris, que les outils du droit de la concurrence étaient dépassés, inadaptes

2. Dans son arrêt du 14 septembre 2022, T-604/18, EU:T:2022:541, *Google et Alphabet c/ Commission*, le Tribunal mentionne ces écosystèmes : « en présence d'un "écosystème" numérique [...] les produits ou services qui font partie des marchés pertinents qui composent cet écosystème peuvent s'imbriquer ou être connectés les uns aux autres en considération de leur complémentarité horizontale ou verticale » (§ 16).

3. Commission : 27 juin 2017, AT.39740, *Google shopping*, amende de 2,42 milliards d'euros ; 18 juill. 2018, AT.40099, *Google Android* : amende de 4,34 milliards, confirmée ; 20 mars 2019, AT.40.411, *Google adsense* : amende de 1,49 milliard € annulée par le tribunal le 18 sept. 2024 (aff. T-334/19).

4. Une décision rendue le 2 septembre 2025 par un juge fédéral américain a fait échapper de peu Google à l'obligation de céder son navigateur Chrome ou de désinvestir son système Android, au prix de lourdes obligations de faire.

5. L'Autorité française s'est dotée en 2020 d'un service de l'économie numérique, composé d'ingénieurs, de juristes, d'économistes et de spécialistes en science de la donnée.

6. Avis n° 23-A-08 du 23 juin 2023, portant sur le fonctionnement concurrentiel de l'informatique en nuage (*cloud*).

7. Avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024, relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative.

face à l'ogre numérique, sa capacité à se nourrir de jeunes proies innovantes, sa progression rapide sur des marchés connexes. Le reproche devait être entendu. Les instruments existants ont donc été modernisés (1), mais une solution plus disruptive a été trouvée avec l'adoption d'une législation *ad hoc* : le *Digital Markets Act* (DMA) (2).

1. « Du neuf avec de l'ancien »... parfois très ancien !

La *soft law* offrant de larges capacités d'adaptation, de nombreuses communications et lignes directrices ont été remplacées ou sont en passe de l'être, donnant ainsi à l'ancien la séduction de la nouveauté. La désuétude de certains textes, adaptés dans « l'ancien monde », celui où régnait le papier, est en effet apparue flagrante. On donnera pour seul exemple celui de la communication sur le marché pertinent, qui datait de 1997. Une nouvelle communication, profondément remaniée et enrichie, lui a donc succédé⁸, qui fait une large place aux notions de « marchés à prix nul », de « plateformes multifaces », ou « d'écosystèmes numériques ». Le SNIPP test, pierre angulaire de l'analyse du marché en droit des concentrations notamment, cède la place, en tant que de besoin, au SSNDQ test⁹, plus adapté aux marchés à prix nuls. Les parts de marché, autrefois appréciées exclusivement à l'aune des chiffres d'affaires réalisés, pourront désormais être appréciées à l'aune de « mesures d'utilisation comme le nombre d'utilisateurs (actifs), le nombre de visites sur le site Internet ou le volume de flux, le temps passé ou les chiffres d'audience, le nombre de téléchargements et de mises à jour, le nombre d'interactions ou le volume ou la valeur des transactions conclues sur une plateforme (en particulier lorsque l'accès aux produits est fourni principalement pour un prix monétaire nul) »¹⁰.

Mais la *soft law* n'a pas été le seul instrument mobilisé. De façon inattendue, ce qui est inscrit dans le marbre des traités constitutifs l'a également été.

Là débute une petite histoire : celle de la quête d'un *instrumentum* permettant de contrôler les acquisitions en dessous des seuils de contrôlabilité, celles-là mêmes qui nourrissent l'ogre et permettent d'alimenter les écosystèmes numériques.

On sait le droit des concentrations européen ou français subordonné dans son application au franchissement de certains seuils exprimés en chiffres d'affaires, les seuils en question concernant tout à la fois le chasseur (les GAFAMS) et la proie (des *start-ups* innovantes). Les chiffres d'affaires du premier, qui se chiffrent en centaines de milliards d'euros, ne posent évidemment pas question. Il en est autrement de celui de la proie, souvent quasi-inexistant. C'est pourquoi les géants du numérique ont pu réaliser de multiples acquisitions, parfois (rarement) tueuses¹¹, souvent consolidantes, sans être soumis à un contrôle. À cette situation problématique, il a fallu trouver une parade. Ayant invalidé¹² la tentative consistant à mobiliser l'article 22 du règlement concentrations 139/2004 pour renvoyer à la Commission des opérations en dessous de tous les seuils de contrôlabilité, la Cour de Justice décida de redonner vie à une jurisprudence qui semblait être tombée en désuétude. Dans un arrêt daté du 16 mars 2023, l'arrêt *Towercast*¹³, elle proposa de remobiliser l'article 102 du TFUE, qui interdit les abus de position dominante, en tant qu'instrument susceptible de contrôler des concentrations posant un problème concurrentiel ! De fait, il existait un précédent célèbre à cet usage, illustré par l'arrêt *Continental Can*. Celui-ci datait cependant du 21 février 1997¹⁴, date à laquelle il n'existait aucun contrôle des

8. Communication publiée le 22 février 2024 (C/2024/1645).

9. La Commission dit en effet « envisager d'autres solutions que la SSNIP, comme l'appréciation du comportement en matière de changement de fournisseur des clients du produit à prix nul en réponse à une diminution légère mais significative et non transitoire de la qualité ("SSNDQ") » (point 98).

10. Communication préc., point 108.

11. D'où le terme souvent mobilisé de « *killer acquisitions* ».

12. CJUE, 3 sept. 2024, aff. jtes n^{os} C-611/22 P et C-625/22 P, EU:C:2024:677, *Illumina Grail*.

13. Aff. C-449/21, EU:C:2023:207.

14. Aff. 6-72, ECLI:EU:C:1973:22.

concentrations en Europe¹⁵. Cette mobilisation du droit primaire provoqua un effet de sidération en doctrine, et donna lieu à des appréciations contrastées.

Là ne fut cependant pas la seule solution (paradoxalement) disruptive.

2. Du disruptif : le *Digital Markets Act* (DMA) du 14 septembre 2022¹⁶

Malgré la refonte des textes et l'ampleur de la mobilisation des autorités de concurrence, mobilisation dont ces lignes ne donnent qu'un pâle reflet, le droit de la concurrence a des limites qu'on ne peut occulter. Ont été dénoncées pêle-mêle sa lenteur, la complexité des analyses requises – et qui plus est parfois censurées par les juridictions de contrôle –, l'ampleur des ressources mobilisées, les limites de l'intervention *ex post* et au cas par cas, ainsi que l'incapacité des sanctions prononcées à produire des effets dissuasifs. De fait, les milliards d'euros d'amendes déjà prononcées sont une goutte d'eau dans l'océan de profits réalisés par les géants. Le principe de légalité des délits et des peines qui gouverne la sanction en matière pénale, ainsi que le respect du principe de proportionnalité de cette sanction, rendent de fait illusoire l'impératif de capter les gains illicites préconisé par les économistes¹⁷.

Une solution disruptive a donc été trouvée : une régulation asymétrique applicable *ex ante*. C'est le *Digital markets Act*, ou règlement sur les marchés numériques, adopté le 14 septembre 2022. Attardons-nous un instant sur les termes utilisés.

La régulation est asymétrique au sens où son application ne concerne que le secteur numérique et les entreprises identifiées comme des contrôleurs d'accès (*Gatekeepers*). Pour être considérées comme telles, les entreprises du

numérique doivent notamment assurer un des dix services de plateforme essentiels listés par le texte (services d'intermédiation en ligne, moteurs de recherche en ligne, etc.) et analysés comme une passerelle importante au sens où ce service permet aux utilisateurs professionnels (au moins 10 000 entreprises actives dans l'EEE) d'atteindre un grand nombre d'utilisateurs finaux (au moins 45 millions par mois en Europe). Il existe aujourd'hui une liste de sept contrôleurs d'accès : Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta, et Booking.com.

Cette régulation est en outre applicable *ex ante* au sens où les entreprises concernées doivent, de manière proactive, se soumettre à une série d'obligations¹⁸ et d'interdictions¹⁹, largement inspirées des contentieux concurrentiels, et dont l'irrespect est évidemment sanctionné. Il n'est évidemment pas possible dans le cadre de cette étude de présenter le texte en détail. On renverra donc au site très pédagogique de la Commission européenne pour le connaître²⁰.

Cette législation, toute perfectible qu'elle soit, est une des grandes fiertés de la Commission européenne, qui se réjouit d'être à la proue d'un mouvement qui fait des émules. Des législations comparables ont été adoptées (Royaume-Uni, Japon...) et d'autres sont en passe de l'être (Brésil, Inde...). La mobilisation pour encadrer les pratiques des géants du numérique est donc mondiale. Mais là n'est évidemment pas le seul mouvement observable.

II. L'ouverture à de nouveaux paramètres de concurrence

Qu'est-ce qu'un paramètre de concurrence ? La notion, fréquemment mobilisée dans les décisions et arrêts, vit sans définition officielle²¹. Elle renvoie cependant aux principaux critères

15. L'arrêt *Continental Can* entendait précisément suppléer à ce manque.

16. Rég. (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique.

17. V. notamment A. Tokić, « Optimal fines in EU competition law—an economic analysis », *Journal of European Competition Law & Practice*, avr. 2025, p. 196.

18. Par exemple permettre aux utilisateurs finaux de désinstaller facilement les applications préinstallées ; permettre aux tiers d'interopérer avec les propres services du contrôleur d'accès dans certaines situations spécifiques.

19. Par exemple classer les produits ou services du *Gatekeeper* de manière plus favorable que ceux de tiers ; suivre les utilisateurs finaux en dehors de leur service de plateforme essentiel à des fins de publicité ciblée sans leur consentement effectif.

20. https://digital-markets-act.ec.europa.eu/index_en.

21. V. cependant la présentation de la notion par la Commission européenne dans sa *Competition Policy Brief, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice*, avr. 2024.

influençant le choix des consommateurs²² (au sens large du terme²³) et, partant, aux principaux éléments sur lesquels les entreprises sont invitées à rivaliser. La notion est donc essentielle lorsqu'il s'agit de déterminer un marché de référence²⁴, ou d'apprécier si une entente est susceptible d'être analysée comme une infraction par objet.

Il est des paramètres de concurrence traditionnels, sur lesquels repose une majeure partie des analyses concurrentielles, à savoir le prix, la production, la diversité, la qualité ou l'innovation. L'importance relative de ces paramètres pour les consommateurs peut évoluer au fil du temps, de même que les paramètres eux-mêmes. En effet, ceux-ci renvoyant aux éléments influençant le choix des consommateurs, ils ne peuvent qu'évoluer avec l'évolution même de la société. Ainsi que l'énonce le Président de l'Autorité de la concurrence, Benoît Coeuré, « le droit de la concurrence sait s'adapter à l'évolution des priorités collectives »²⁵.

On comprend dès lors l'émergence de nouveaux paramètres, ce que reflète parfaitement la nouvelle communication de la Commission européenne sur les marchés pertinents de 2024, déjà citée.

On peut ainsi y lire que « ces paramètres peuvent inclure le prix du produit, mais aussi son degré d'innovation et sa qualité sous différents aspects – tels que sa durabilité, son utilisation efficace des ressources, sa durée de vie, la valeur et la diversité des utilisations offertes par le produit, la possibilité d'intégrer le produit à d'autres produits, l'image véhiculée ou la sécurité et la protection de la vie privée offertes, ainsi que sa

disponibilité, y compris son délai de mise en route, la résilience des chaînes d'approvisionnement, la fiabilité de l'approvisionnement et les coûts de transport ».

La notion de qualité, autrefois conçue de manière étroite, est ainsi étendue pour accueillir de nouveaux critères de choix des utilisateurs²⁶.

Parmi ces nouveaux critères, certains apparaissent essentiels, et pourrait-on dire transcendants. Ainsi en est-il de la durabilité (A), ou, dans une moindre mesure, de la protection de la vie privée, que nous examinerons sous l'angle de la protection des données personnelles (B). D'autres, qui ne sont pas cités par la communication car d'apparition encore plus récente, apparaissent plus sectoriels, au sens où potentiellement limités à certains marchés ou professions. Tel est le cas des ressources humaines (C).

A. La durabilité, paramètre transcendantal

Après le numérique, la durabilité²⁷ est probablement l'occurrence que l'on trouve le plus souvent dans les textes récents intéressant la concurrence²⁸. La référence est devenue systématique depuis que l'ancienne commissaire à la concurrence, Margarethe Vestager, a fait le choix de décliner le Pacte vert pour l'Europe dans toutes les composantes du droit de l'Union, dont le droit de la concurrence. Toutes les dimensions de la matière sont concernées : aides d'État, droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations.

Les textes les plus récents en portent de nombreuses traces, les plus importantes se trouvant dans les nouvelles lignes directrices sur les restric-

22. V. B. Coeuré : « Si la préférence du consommateur vient à inclure de nouveaux paramètres relatifs à la qualité des produits et services, alors ceux-ci deviennent *ipso facto* des paramètres de concurrence », in *Les entretiens du contentieux*, Colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études du Conseil d'État, 28 nov. 2023, Table ronde : Les différentes formes de l'intérêt général.

23. En droit de la concurrence, le consommateur englobe tous les utilisateurs directs ou indirects des produits ou services concernés par l'analyse.

24. V. la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union, C/2024/1645, 8 févr. 2024, JOUE C 22 févr. Il est ainsi écrit : « lorsqu'elle définit le marché en cause, la Commission tient compte des différents paramètres de la concurrence que les clients considèrent comme pertinents sur le territoire et la période évalués » (§ 15).

25. B. Coeuré, préc.

26. Le projet de lignes directrices de 2024 sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes le dit clairement : « Dans les présentes lignes directrices, le terme "qualité" doit s'entendre comme incluant la qualité d'un produit sous différents aspects – tels que sa durabilité, son utilisation efficace des ressources, sa durée de vie, [...] », note 4.

27. Il s'agit là en effet de deux préoccupations majeures. Les textes mentionnent ainsi « la double transition écologique et numérique ».

28. Parmi quelques références essentielles, v. OCDE, *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence – Évaluation juridique*, note de référence du Secrétariat, déc. 2021.

tions horizontales publiées le 21 juillet 2023²⁹, qui consacrent un chapitre entier aux accords de durabilité et précisent les conditions de leur exemption. La nouvelle communication sur la délimitation du marché en date du 22 février 2024³⁰ dit pour sa part vouloir « [tenir] compte des facteurs de durabilité dans la mesure nécessaire à l'appréciation concurrentielle ». En droit des concentrations, une révision des lignes directrices est en cours, qui consacre une part non négligeable à la durabilité³¹. Les exemples pourraient être multipliés en Europe. En France, l'engagement de l'Autorité de la concurrence en faveur de « l'impératif de durabilité »³² est tout aussi marqué.

La pratique décisionnelle est également riche. Certes, nous sommes toujours en attente d'une décision validant une entente anticoncurrentielle au motif de sa contribution à l'objectif de développement durable. En revanche, plusieurs décisions illustrent déjà le fait que les autorités sont prêtes à sanctionner sévèrement les ententes portant atteinte à l'environnement, ou les accords qui limitent la sensibilisation des consommateurs aux qualités environnementales des produits³³. De même, des considérations de durabilité ont plusieurs fois joué un rôle dans l'appréciation de concentrations horizontales, en tant que paramètre de concurrence non lié au prix³⁴.

Quoi qu'il en soit, c'est bien parce que l'empreinte environnementale est devenue un critère de choix des consommateurs et un possible élé-

ment de différenciation et de compétitivité entre les entreprises³⁵, et donc un paramètre de concurrence, que le droit de la concurrence intègre cet aspect de la durabilité à son cadre d'analyse.

B. La protection des données personnelles, paramètre significatif de concurrence dans l'économie numérique

Dans un arrêt *Asnef c/ Equifax* rendu en 2006, la Cour de Justice écrivait « les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère personnel ne [relèvent] pas, en tant que telles, du droit de la concurrence » et doivent être traitées « sur le fondement des dispositions pertinentes en matière de protection de telles données »³⁶. À peine vingt ans plus tard³⁷, l'appréciation a radicalement changé. Dans son célèbre arrêt *Meta Platforms* en date du 4 juillet 2023³⁸, la Cour affirme que « l'accès aux données à caractère personnel et la possibilité de traitement de ces données sont devenus un paramètre significatif de la concurrence entre entreprises de l'économie numérique ».

Pourquoi cette évolution ?

Il est aujourd'hui difficile de nier que l'accès aux données, en particulier aux données massives (*big data*), la faculté de les traiter efficacement et la constitution de communautés d'utilisateurs confèrent un avantage concurrentiel indéniable³⁹ et peuvent être à l'origine d'un pouvoir de marché potentiellement considérable. Conjuguées aux effets de réseau et aux écono-

29. 2023/C 259/01.

30. C/2024/1645.

31. En parallèle du document objet d'une consultation publique initiée, la Commission a publié sept documents thématiques, dont l'un est intitulé « Sustainability & clean technologies ».

32. V. la feuille de route publiée par l'Autorité pour 2025-2026, qui dit vouloir « poursuivre l'intégration de l'impératif de durabilité à la politique de concurrence ».

33. Pour exemples en France, v. les décisions n° 17-D-20 en date du 18 octobre 2017 (sols résiliants). Au niveau européen, la Commission a sanctionné lourdement deux ententes ayant un impact environnemental : le 8 juillet 2021, elle a infligé une amende de 875 millions à des constructeurs automobiles pour avoir restreint la concurrence concernant l'épuration des gaz d'échappement émis par les nouvelles voitures à moteur diesel ; le 1^{er} avril 2025, elle a infligé des amendes de 458 millions d'euros à l'encontre de quinze constructeurs automobiles en raison d'une entente illégale de plus de quinze ans concernant le recyclage des véhicules hors d'usage (VHU).

34. V. les exemples cités dans le « Topic D: Sustainability & clean technologies » qui accompagne le document de consultation publique initiée en mai 2025 en vue de la révision des lignes directrices concentrations, accessible sur le site de la Commission.

35. On parle à ce propos de « *green branding* ».

36. CJCE, 23 nov. 2006, n° C-238/05, § 63.

37. V. cependant déjà Commission Européenne, 6 déc. 2016, COMP/M.8124, *Microsoft c/ LinkedIn* : « [...] la protection de la vie privée constitu[e] un paramètre important de la concurrence entre les réseaux sociaux professionnels existant sur le marché, et que l'opération aurait pu y porter atteinte ».

38. Aff. n° C-252/21.

39. ADLC, 19 févr. 2020, *Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*.

mies d'échelle, ces données peuvent ainsi constituer une barrière à l'entrée importante.

La protection de la vie privée peut, quant à elle, être une mesure de la qualité d'une plateforme⁴⁰, et devient donc un facteur de différenciation entre les entreprises⁴¹. Elle est donc bien devenue un paramètre essentiel de concurrence⁴². On comprend dès lors les liens pouvant exister entre respect du RGPD et droit de la concurrence.

Ces liens ont été doublement mis en lumière.

Ils l'ont d'abord été dans l'affaire *Meta Platforms*⁴³. Saisie par voie préjudicielle, la Cour de Justice a jugé qu'il peut s'avérer nécessaire, pour une autorité nationale de concurrence appelée à apprécier un abus de position dominante, d'examiner également la conformité du comportement de cette entreprise à des normes autres que celles relevant du droit de la concurrence, telles que les règles prévues par le RGPD, sans qu'elle se substitue aux autorités de contrôle mises en place par ce règlement. La Cour invitait par ailleurs à une coopération loyale entre les différentes autorités.

Là est précisément la seconde illustration, institutionnelle cette fois, des liens entre droit de la concurrence et RGPD. En France, une coopération s'est en effet instaurée entre la CNIL et l'Autorité de la concurrence. Dans une déclaration conjointe en date du 12 décembre 2023⁴⁴, les deux autorités ont prôné une meilleure intégration des dimensions « vie privée » et « concurrence » dans leurs actions respectives.

C. Les ressources humaines, paramètre de concurrence sectoriel

Depuis quelques années, le marché du travail, qui semblait peu concerné par l'analyse concurrentielle⁴⁵, fait l'objet d'une vigilance particulière de la part des autorités de concurrence⁴⁶. La vague est, comme souvent, venue d'outre-Atlantique⁴⁷, a fait l'objet d'une analyse fouillée de l'OCDE⁴⁸, s'est répandue dans certains États membres (Espagne, Finlande, Portugal, Hongrie, Lituanie) avant de toucher la France⁴⁹ et l'Union européenne⁵⁰.

Il est désormais considéré que le personnel, en particulier le personnel hautement qualifié, est un paramètre de concurrence⁵¹ entre les

40. Moteurs de recherche mettant en avant l'absence de traçage, navigateurs bloquant les cookies par défaut, etc.

41. Au risque de devenir un simple argument marketing. On parle alors de « *privacy washing* ».

42. Parmi les très nombreuses références, on peut citer l'avis de l'autorité de la concurrence n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet, § 71.

43. Aff. n° C-252/21.

44. Déclaration intitulée « Concurrence et données personnelles : une ambition commune ». V. aussi les conclusions de la mission de réflexion confiée à Bruno Lasserre sur l'articulation entre protection des données et concurrence, 19 déc. 2024.

45. Sur l'(in)applicabilité du droit de la concurrence à une convention collective, v. CJCE, 21 sept. 1999, n° C-67/96, *Albany International BV*.

46. V. not. D.J. Polden, « No-poach agreements: An overview of US, EU, and national case law », *e-Competitions* 1^{er} févr. 2024, Art. n° 116824; G. Bernard et V. Coursière-Pluntz, « Que faut-il attendre de l'application du droit de la concurrence aux marchés du travail ? », *Concurrences* 2024, n° 4, Pratique.

47. En 2010, une action a été engagée par le ministère de la justice américain à l'encontre des entreprises Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit et Pixar pour s'être interdit réciproquement de solliciter les salariés les plus qualifiés. V. aussi la publication conjointe du *Department of Justice Antitrust Division* (DoJ) et de la *Federal Trade Commission* (FTC) d'oct. 2016, *Antitrust Guidance for human resource professionals*.

48. *Problématique de la concurrence sur les marchés du travail* – Note de référence du secrétariat en date du 5 juin 2019, DAF/COMP(2019)2.

49. V. déc. 25-D-03 du 11 juin 2025, Secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies, ainsi que des services informatiques (amende de près de 30 millions d'euros).

50. V. le *Policy Brief* consacré au thème « Antitrust in Labour Markets » publié par la Commission en mai 2024. V. aussi Commission UE, 2 juin 2025, *Delivery Hero et Glovo*, AT.40795, Communiqué de presse : IP/25/1356.

Les arrêts de la Cour rendus dans le secteur sportif, cités *infra*. V. aussi le *Topic G* de la consultation sur la révision des lignes directrices concentrations : *Public policy, security and labour market considerations*.

51. Résumé proposé par l'Autorité de sa décision 25-D-03 du 11 juin 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies, ainsi que des services informatiques : « Par ces pratiques, les parties ont renoncé à recruter leur personnel respectif, lequel constitue un paramètre de concurrence essentiel entre elles, compte tenu du caractère stratégique des ressources humaines dans les secteurs concernés ».

entreprises dans certains secteurs : le sport, concernant le recrutement de joueurs de talents⁵², l'IA générative concernant par exemple le recrutement de développeurs de modèles⁵³, le secteur de l'ingénierie, du conseil en technologie ou des services informatiques, concernant les ingénieurs et les *business managers*, etc. Dans tous ces cas, les secteurs se caractérisent par l'importance stratégique et la rareté des ressources humaines.

Trois pratiques sont essentiellement concernées : les accords de non-débauchage (*no-poach agreements*), accords par lesquels plusieurs entreprises s'engagent à s'abstenir de solliciter, d'embaucher ou de recruter le personnel, les accords de fixation de salaire (*wage-fixing*) et les échanges d'informations sensibles entre employeurs portant sur les conditions de travail. Ces accords sont généralement analysés comme restrictifs de concurrence par objet⁵⁴.

L'analyse des accords de non-débauchage en particulier implique de sortir des chemins les plus souvent balisés. S'ils sont analysés comme des accords de répartition de marchés – pratique anticoncurrentielle classique –, ils portent ici sur des salariés, là où l'analyse porte généralement sur des marchandises⁵⁵.

Cette ouverture à de nouveaux paramètres de concurrence inquiète parfois. « Jusqu'où ? », telle est la question lancinante⁵⁶. Certains auteurs y voient un dévoiement du droit de la concurrence, un risque de dilution de l'analyse concur-

rentielle et de surrégulation, en particulier des marchés numériques⁵⁷. Nous ne partageons pas ce point de vue. Le droit de la concurrence ne saurait être auto-référent. Ancré dans la société, il doit adapter sa lecture aux nouveaux enjeux qui le traversent.

Conclusion. On le voit, les mouvements qui animent le droit de la concurrence sont multiples et profonds, et nous n'en avons cité que les principaux. La sensibilité croissante aux enjeux mondiaux⁵⁸ et à l'équité du commerce sur la scène internationale⁵⁹ en est un autre, qui aurait mérité d'être développé.

Contrepoint à ces turbulences, peut-être, la matière semble aujourd'hui renouer avec certains fondamentaux en remettant en avant ce qu'on appelle l'analyse par la forme, ramenant à une plus juste mesure l'analyse économique.

On se souvient qu'intégrer une analyse plus fine des comportements des entreprises dominantes fut une des grandes préconisations de la Commission à la fin des années 2000, nous y avons fait allusion en introduction. Jusqu'alors, les principales pratiques d'éviction des entreprises dominantes (ventes liées, prix prédateurs, rabais de fidélité, etc.) étaient systématiquement interdites, sans plus d'analyse concurrentielle. Souhaitant rompre avec cette lecture, qualifiée d'approche par la forme, la Commission préconisa une analyse par les effets dans un document amplement commenté, les « Orientations sur les

52. CJUE, gr. ch., 21 déc. 2023, n° C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, § 107 et CJUE 2^e ch, 4 oct. 2024, n° C-650/22, *Fédération internationale de football association (FIFA)*.

53. § 265 et s. Selon l'Aut. conc., « [p]our l'IA générative, comme pour le reste du secteur du numérique, les ressources humaines constituent en effet un bien particulièrement rare et disputé par les entreprises, en recherche perpétuelle de talents et de moyens pour les fidéliser ».

54. Cette qualification est généralement retenue. Pour un soutien très ferme à celle-ci, v. les conclusions de l'avocat général Nicholas Emiliou en date du 15 mai 2025 dans l'affaire C-133/24, § 49 et s.

55. CJUE 2^e ch, 4 oct. 2024, n° C-650/22, *Fédération internationale de football association (FIFA)* : « Ainsi qu'il ressort de l'article 101, paragraphe 1, sous a) et c), TFUE, qui se réfère notamment [...] à la répartition des « marchés ou [des] sources d'approvisionnement », de tels cartels, de tels accords horizontaux et de telles décisions d'associations d'entreprises peuvent porter non seulement sur les produits ou les services commercialisés par les entreprises concernées, donc sur l'offre, mais également sur les ressources de toute nature dont ces entreprises ont besoin pour réaliser ces produits ou ces services, donc sur la demande. Le comportement collusif desdites entreprises peut ainsi consister [...] à utiliser leur pouvoir de marché collectif [...] pour limiter ou (contrôler) le paramètre essentiel de concurrence que peut constituer, dans certains secteurs ou sur certains marchés, le recrutement de travailleurs de haut niveau, tels que les joueurs déjà formés s'agissant du secteur du football professionnel » (§ 129).

56. V. H. Bourguignon, V. Levy et L. Pech, « Paramètre de concurrence et approche par objet : où s'arrêter ? », *RLC*, nov. (1^{re} partie) et déc. (2^e partie) 2024. Philippe Aghion et alii, in *How far should the scope of antitrust be extended : innovation, environment, privacy ? Concurrences* 13 sept. 2023, conf. Paris.

57. V. not. N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy, The Moligopoly Scenario*, OUP (Oxford University Press), 2020.

58. Sur cette question, v. par ex. le Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation, n° 2451, déposé le mercredi 27 novembre 2019.

59. V. le règlement 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes ». Elle y proposait de subordonner l'interdiction à la démonstration d'un effet d'éviction au préjudice des consommateurs⁶⁰ et donnait aux entreprises dominantes, sans grand succès jusqu'à présent, la possibilité d'invoquer des gains d'efficacité au soutien de leurs pratiques. La proposition reçut un accueil mitigé, puis infusa lentement en jurisprudence, au prix d'une sophistication accrue des arrêts rendus. La Cour de Justice intégra par exemple, en lui conférant un caractère facultatif, le test *as efficient competitor* (AEC), figure emblématique des Orientations.

Étrangement, on assiste aujourd'hui à un retour de l'approche par la forme, *via* l'énoncé de présomptions d'abus. La Cour de justice considère ainsi que *certaines* pratiques d'entre-

prises dominantes apparaissent tellement susceptibles de produire des effets d'éviction qu'elles sont présumées abusives⁶¹. Les entreprises ont cependant la possibilité d'invoquer en défense, analyse économique à l'appui, que leurs pratiques n'ont pas la capacité de produire des effets d'éviction⁶². L'analyse par la forme se déploie d'abord (côté Commission), et l'analyse économique lui répond (côté entreprises). Il est intéressant de noter que le projet de lignes directrices sur les abus d'éviction, récemment publié par la Commission européenne⁶³, s'inscrit pleinement dans cette approche hybride.

Est-ce la consécration d'une forme d'abus par objet⁶⁴, à l'instar des ententes restrictives de concurrence par objet ? Un nouveau mouvement du droit de la concurrence, vers un alignement du régime des ententes et des abus de position dominante⁶⁵, se dessinerait alors...

60. Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45 du 24 février 2009.

61. Le premier acte de l'introduction d'une telle présomption est le célèbre arrêt *Intel* rendu par la CJUE le 6 septembre 2017, n° C-413/14 P, à propos de rabais d'exclusivité.

62. *Ibid.*

63. Projet de lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publié le 1^{er} août 2024.

64. V. V. Dobre, « Article 102 TFEU: Part III. Red card to abuse of dominance – Article 102 TFEU and the “Super League” saga », *Concurrences* 2025, n° 3. Le terme a en effet été utilisé par la Cour de Justice dans un arrêt *Superleague* rendu en grande chambre le 21 décembre 2023, n° C-333/21, § 131.

65. Pour un regard précurseur sur cette question, V. L. Idot, « Brèves réflexions sur l'alignement des articles 101 et 102. À propos de l'unité des infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert Parleani*, IRJS Éditions, 2021, p. 219.

Perspectives

Droit européen des affaires

La notion juridique de monnaie à l'ère numérique, illustration d'un droit européen des affaires transcendant la distinction public-privé¹

Francesco Martucci

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dans les *Mélanges Hauriou* de 1929, Gény avait consacré une étude « de droit public et de morale sociale » au rôle de l'État en matière de monnaie et de papier-monnaie². Loin d'être l'apanage du droit privé, écrivait-il, la monnaie est intrinsèquement liée à l'État et, pour cette raison, à la puissance publique, sans néanmoins nier la place accordée à l'autonomie des volontés privées dans l'usage qui en est fait. Près d'un siècle plus tard, le propos demeure d'une remarquable modernité, dans un contexte marqué par deux évolutions fondamentales. D'une part, en tant qu'unité de compte, l'euro est la monnaie unique des États membres de l'Union appartenant à la zone euro. D'autre part, en tant que moyens de paiement, les euros ne prennent plus seulement la forme de monnaie-papier, mais également de monnaie-écran.

Quelques chiffres de l'année 2023 illustrent le phénomène de dématérialisation monétaire.

Selon la Banque de France³, il y a eu 19,6 milliards de paiements par carte bancaire, pour une valeur de 806 milliards d'euros (d'un montant moyen de 42 euros), 10,3 milliards de paiements par virement ou prélèvement, pour une valeur de 32 700 milliards d'euros (d'un montant moyen pour les virements de 5 400 euros et pour les prélèvements de 460 euros), 890 millions de paiements par chèque, pour une valeur de 470 milliards d'euros (d'un montant moyen de 524 euros) et 97 millions de paiements en monnaie électronique, pour une valeur de 1 milliard d'euros (d'un montant moyen de 13 euros). Pièces et billets ne disparaissent pas pour autant puisqu'ils représentent 43 % des paiements dans un point de vente. Avec l'émergence des crypto-actifs, du moins des *stablecoins*, faut-il craindre que « les moyens de paiement numériques privés » marginalisent encore davantage les espèces, comme le constate la Commission

-
1. Ce texte est tiré d'une conférence prononcée à l'IRDA le 2 décembre 2025 à l'invitation des Professeurs M.-L. Coquelet et F. Drummond.
 2. F. Gény, « Quelques observations sur le rôle et le pouvoir de l'État en matière de monnaie et de papier-monnaie (Étude de droit public et de morale sociale) », in *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 389-433.
 3. Banque de France, « Les Français continuent d'apprécier les espèces, même si leur usage se réduit au profit des paiements par carte et mobile », *Bulletin de la Banque de France*, janv.-févr. 2025, n° 256/1.

européenne dans sa proposition de règlement sur l'euro numérique ?⁴ L'entrée dans l'ère numérique, accélérée par la « tokenisation », ne signifie pas nécessairement le remplacement du papier-monnaie par l'écran-monnaie. Aussi longtemps qu'il ne sera pas révisé, l'article 128 du TFUE garantit l'émission des pièces et des billets en euros de sorte qu'une permanence des espèces est garantie quand bien même l'euro serait émis sous une forme numérique ; au demeurant, concomitamment à sa proposition de règlement sur l'euro numérique, la Commission européenne a présenté une proposition de règlement relatif au cours légal des billets de banque et des pièces en euros⁵.

L'effervescence des paiements dématérialisés aiguisée par la numérisation relance le débat sur la notion juridique de monnaie, d'autant que le décalage se creuse entre le corpus normatif et la terminologie couramment utilisée. La sémantique monétaire ne cesse de s'enrichir : pièces et billets, monnaie légale, monnaie électronique, monnaie virtuelle, actifs numériques, crypto-actifs, *stablecoins*, jetons, jetons de monnaie électronique, monnaie numérique de banque centrale, moyens d'échange numérique, etc., les termes prolifèrent et s'enchevêtrent à mesure que textes juridiques et doctrine institutionnelle se succèdent⁶. Ils ont en commun de désigner une représentation de valeur, ce qui contribue à la perméabilité des notions, mais n'en permet pas moins d'identifier un fondement axiologique : la monnaie est consubstantiellement confiance tant sur le plan économique, politique et social. C'est au droit qu'il revient de fonder et de garantir cette confiance ; dès lors que la monnaie est unique dans la zone euro, la tâche revient plus précisément au droit de l'Union européenne tel qu'il interagit avec les droits nationaux dans l'ordre juridique intégré. L'entrée dans l'ère numérique conduit à revisiter le droit monétaire et le droit des paiements en les ancrant

dans un droit européen des affaires transcendant la *summa divisio* public-privé⁷. Si la puissance publique constitue le fondement de la confiance (I), la concurrence privée ne doit pas conduire à la défiance (II).

I. La confiance insufflée par la puissance publique

Qu'elle soit unité de compte ou moyen de paiement, la monnaie est fondée sur la confiance que produit la puissance publique selon une échelle graduée. Alors que l'euro, en tant que monnaie unique, relève de la compétence exclusive de la politique monétaire (A), l'émission des euros en tant que monnaie scripturale est assurée par les établissements dans un cadre institutionnel (B).

A. La compétence exclusive de politique monétaire

L'Union européenne a pour objectif d'établir une union économique et monétaire (UEM) dont la monnaie est l'euro⁸. Parce que la France participe à la troisième phase de l'UEM, sa monnaie est l'euro, comme l'affirme l'article L. 111-1 du code monétaire et financier. État membre, la France a donc fait le choix souverain de participer à l'Union et, conformément à l'article 88-1 de la Constitution, d'exercer en commun la compétence de politique monétaire.

L'unité de compte monétaire est l'euro : aucun État membre l'ayant adopté ne saurait retenir une autre monnaie sans une révision des traités, eu égard au caractère unique de l'euro. Faut-il en déduire, avec le Gouverneur Villeroy de Galhau, que l'euro, « monnaie sans État » pourrait être l'amorce d'une souveraineté européenne⁹ ? Sans franchir le Rubicon fédéral, on peut s'en tenir au cadre constitutionnel du traité : en adoptant l'euro, les États membres ont attribué à l'Union une compétence exclusive de

4. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant l'euro numérique, 28 juin 2023, COM (2023), n° 369.

5. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au cours légal des billets de banque et des pièces en euros, 28 juin 2023, COM (2023), n° 364.

6. On renvoie sur ce point au rapport du HCJP, *Rapport sur l'évolution de la notion juridique de monnaie*, juin 2025, groupe de travail présidé par F. Martucci.

7. Sur ce dépassement, v. M.-A. Frison-Roche, « Argent privé, argent public », *Arch. phil. droit* 1997, t. 42, p. 197-211.

8. TUE, art. 3.

9. F. Villeroy de Galhau, « La souveraineté monétaire au XXI^e siècle », discours prononcé lors d'une conférence au Conseil d'État, Paris, 14 nov. 2023.

sorte que tant la monnaie unique, la politique et celle de change sont uniques¹⁰.

En matière de change, les incidences sont moindres puisque, *de jure*, en l'absence d'accords conclus par l'Union et de décisions adoptées par le Conseil de l'Union, le choix a été de laisser le marché fixer *de facto* la valeur de l'euro dans son rapport aux autres devises, d'autant que la BCE privilégie une posture de neutralité dans le rôle international de l'euro. En dehors du territoire des États membres de l'Union, l'euro peut donc être utilisé comme moyen de paiement, monnaie d'épargne et de réserve dans un rapport de concurrence avec les autres monnaies, tout particulièrement le dollar¹¹.

Dans la zone euro, « la notion de “politique monétaire” ne se limite pas à sa mise en œuvre opérationnelle, qui constitue, en vertu de l'article 127, paragraphe 2, premier tiret, TFUE, une des missions fondamentales du SEBC, mais implique également une dimension normative visant à garantir le statut de l'euro en tant que monnaie unique »¹². La mise en œuvre opérationnelle correspond aux instruments de politique monétaire que l'Eurosystème – la BCE et les banques centrales nationales de la zone euro – déploie en vue d'atteindre l'objectif principal de stabilité des prix : en situation normale, taux directeurs et opérations d'*open market*; en situation anormale, opérations non conventionnelles, comme le refinancement à long terme ou les achats de titres. La dimension normative visant à garantir le statut de l'euro en tant que monnaie unique désigne quant à elle l'émission de la monnaie en tant que moyen de paiement ayant cours légal lequel, en droit positif, est réservé aux pièces et billets en euros, lesquels ne peuvent généralement être refusés en règlement d'une dette libellée dans la même unité monétaire, à sa valeur nominale, avec effet libératoire¹³. Il est cependant réducteur de réduire les euros

aux seuls pièces et billets émis sous le contrôle de la BCE, en somme, à la monnaie fiduciaire.

B. Le cadre institutionnel de l'action des établissements

La monnaie ne s'épuise pas dans une forme publique : elle s'avère privée, en ce qu'elle est aussi scripturale. L'affirmation de Mann selon laquelle « *[b]ank account... are debts, not money* » et que « *[m]oney is not the same as credit* »¹⁴ s'avère aussi péremptoire que surannée.

Dans une acception « institutionnelle », loin de se cantonner aux pièces et billets, la monnaie est également celle émise par les établissements bancaires. La confiance, celle de la société et du marché, est catalysée par le cadre institutionnel garanti à la fois par l'action de la banque centrale et par la supervision de ces établissements¹⁵. D'un côté, la création monétaire privée par le crédit bancaire fait l'objet d'un encadrement par les mesures de politique monétaire adoptées par la BCE et exécutées par les BCN. L'Eurosystème garantit l'objectif de stabilité des prix, autrement dit la valeur de la monnaie, condition existentielle de l'unité de compte. De l'autre côté, l'émission de monnaie scripturale par les établissements bancaires repose sur un cadre institutionnel et normatif renouvelé par l'instauration de l'Union bancaire. Dans la zone euro, la BCE et les autorités nationales compétentes ont la charge de surveiller le respect par les établissements des exigences prudentielles dans le cadre du mécanisme de surveillance unique, permettant de se prémunir d'une résolution organisée dans le cadre du mécanisme de résolution unique.

Par extension, quand bien même ne reposerait-elle pas sur une inscription en compte, la monnaie électronique s'inscrit dans une logique analogue. Dans l'esprit de la directive, elle ne peut être émise que par des établissements

10. Aussi les États membres ne peuvent-ils agir que sur habilitation ou pour exécution du droit de l'Union, comme le montre la fonction exercée par les BCN dans l'Eurosystème.

11. BCE, *The international role of the euro*, juin 2025.

12. CJUE, gr. ch., 26 janv. 2021, n^{os} C-422/19 et C-423/19, *Dietrich*.

13. *Ibid.*

14. F.-A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 4^e éd., Clarendon Press, 1982, p. 5-6. Dans les éditions successives de l'ouvrage, cette lecture a été tempérée.

15. A. Sáinz de Vicuña, « The concept of money in the xxist century », réunion du MOCOMILA, Tokyo, 2004; A. Sáinz de Vicuña, « Institutional theory of money », in M. Giovanoli et D. Devos (dir.), *International monetary and financial law: the global crisis*, Oxford University Press 2010, p. 517-532.

devant respecter des exigences prudentielles, certes limitées, et faisant à ce titre l'objet d'une surveillance¹⁶. De façon plus large encore, on pourrait inclure dans cette lecture institutionnelle les établissements de paiements, la frontière entre monnaie et paiements s'avérant toujours plus poreuse.

Lato sensu, la notion juridique de monnaie pourrait s'étendre aux moyens de paiement qui sont émis par des établissements, à la fois agréés et surveillés par les autorités de régulation de sorte que la confiance dans l'établissement privé s'ancre fondamentalement dans la puissance publique¹⁷. Dans une ère de concurrence numérique, les frontières public-privé s'estompent avec le risque d'une défiance instillée par cette même concurrence.

II. La défiance instillée par la concurrence numérique

Plus de quinze ans après le livre blanc de Satoshi Nakamoto, le bitcoin a-t-il révolutionné le système monétaire ? La tokenisation – entendue comme le recours aux technologies de registre distribué (*Distributed Ledger Technologies* – DLT), en somme, les *blockchains* – devient le maître mot d'une numérisation privée encadrée juridiquement (A), alors que la numérisation publique demeure hésitante (B).

A. L'encadrement juridique de la numérisation privée

Longtemps atone, le débat sur la monnaie a été revivifié par ce qui a été désigné avec bien trop d'empressement comme crypto-monnaies. En 2012 et 2015, la BCE avait fustigé ces projets, incarnés par le bitcoin, comme ne constituant pas de la monnaie, ni d'un point de vue économique – du fait de leur volatilité, ils ne sauraient

être des instruments de mesure, d'échange et de réserve – ni d'un point de vue juridique – du fait de leur décentralisation, ils sont totalement détachés de toute autorité publique ou banque centrale¹⁸. C'est tout au plus dans une conception sociologique de la monnaie que les crypto-actifs peuvent revêtir une nature monétaire, du moins pour le seul groupe social les reconnaissant comme unité de valeur et moyen d'échange.

L'argument de la volatilité s'est estompé à mesure que les *stablecoins* ont émergé, suscitant une vive réaction du Conseil et de la Commission en 2019, la BCE s'opposant véhément à Libra¹⁹, l'éphémère projet monétaire de Facebook, devenu Diem. Ce que la loi Pacte avait originellement désigné comme actifs numériques²⁰ n'a cessé de proliférer, expliquant que le règlement MiCA consacre un statut juridique aux crypto-actifs définis comme une représentation numérique d'une valeur ou d'un droit pouvant être transférée et stockée de manière électronique, au moyen de la technologie des registres distribués ou d'une technologie similaire²¹.

Au sein de cette catégorie se dégagent deux types d'actifs présentant une stabilité, les rapprochant des caractéristiques de la monnaie²². D'une part, « le jeton se référant à un ou des actifs » vise à conserver une valeur stable en se référant à une autre valeur ou un autre droit ou à une combinaison de ceux-ci, y compris une ou plusieurs monnaies officielles. D'autre part, le « jeton de monnaie électronique » vise à conserver une valeur stable en se référant à la valeur d'une monnaie officielle. Aussi le droit de l'Union consacre-t-il un régime pour les *stablecoins* qui se fonde sur une logique d'agrément et de surveillance, produisant une confiance. Aussi peut-on se demander s'il faut inclure ces deux catégories de crypto-actifs, ou du moins le jeton

16. Dir. 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 sept. 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *JOUE* L267 1^{er} sept. 2009, p. 7.

17. Dir. 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil, du 25 nov. 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *JOUE* L337 23 déc. 2015, p. 35. Ce texte et la directive « monnaie électronique » étaient en cours de révision au moment de l'écriture de ce texte.

18. BCE, *Virtual Currency Schemes*, oct. 2012 ; BCE, *Virtual Currency Schemes. A further Analysis*, févr. 2015.

19. Y. Mersch, membre du directoire de la BCE, « Money and private currencies: reflections on Libra », discours prononcé lors de la *ECB Legal Conference*, Francfort-sur-le-Main, 2 sept. 2019.

20. Loi n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

21. Règ. (UE) 2023/1114 du Parlement européen et du Conseil, 31 mai 2023, sur les marchés de crypto-actifs, *JOUE* L150 9 juin 2023, p. 40.

22. *Ibid.*, art. 3.

de monnaie électronique, dans la notion institutionnelle de la monnaie.

Parallèlement, aux États-Unis, la loi GENIUS fixe le cadre juridique unifié pour les *stablecoins*²³. Seuls certains établissements peuvent être émetteurs de *stablecoins* de paiement à condition d'être agréés notamment par l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC). Ils doivent respecter des exigences strictes de réserves et de transparence : tout *stablecoin* émis doit être adossé à des réserves d'actifs liquides libellés en dollar dont la loi fixe la liste limitative²⁴. Selon Agnès Bénassy-Quéré, alors qu'il n'y a quasiment aucun *stablecoin* en 2020, la demande indirecte en bons du Trésor afin d'y adosser des *stablecoins* a dépassé les 150 milliards de dollars en 2025²⁵. Se dessine la ruse de la raison monétaire des États-Unis qui consiste à prendre appui sur la tokenisation pour soutenir le dollar et, par là même, diminuer le coût de l'endettement public américain, révélant les relations incestueuses entre monnaie unité de compte et *stablecoins*. La stratégie américaine n'étant pas sans risque, en raison du caractère spéculatif des *stablecoins*, pour le dollar affaibli par l'insoutenable de la politique budgétaire américaine.

B. Les hésitations politiques de la numérisation publique

Face à la concurrence croissante des *stablecoins*, les banques centrales ont réagi par des projets de monnaie numérique de banque (MNBC), définie de façon générique comme l'émission d'une monnaie sous la forme numérique par la banque centrale dont les formes s'avèrent fort variables. Dans une étude de 2020, le FMI décline autour de quatre alternatives les projets de MNBC²⁶. Premièrement, la MNBC prend la forme soit d'un

compte ouvert auprès de la banque centrale (*account-based*), soit d'un jeton émis par la banque centrale (*token-based*). Deuxièmement, elle peut être émise pour les opérations soit de gros à destination des contreparties des banques centrales ou des participants aux systèmes de paiements (*wholesale*), soit de détail pour tous les agents (*retail*). Troisièmement, elle est émise soit directement par la banque centrale qui en administre la circulation (*direct/1-tier*), soit indirectement au moyen d'une dette de banque commerciale garantie par la banque centrale (*indirect/2-tier*). Quatrièmement, son transfert est réglé soit par la banque centrale (*centralised*), soit au moyen d'un DLT avec ou sans autorisation de la banque centrale (*decentralized*).

Après une euphorie notamment animée par la Banque des règlements internationaux qui y voit l'ébauche d'un « futur système monétaire numérique »²⁷, les projets de MNBC peinent à dépasser le stade de projet. Pionnière, la Chine est avancée dans le projet de yuan numérique de détail (e-CNY) dont la vocation, outre de remplacer les espèces, est de permettre un contrôle économique et social du fait du caractère programmable de cette MNBC²⁸. La Chine peine en revanche à donner le statut de monnaie internationale au e-CNY dans le dessein de forger un système monétaire multipolaire afin de concurrencer le dollar et, ce faisant, de faire échec à l'extraterritorialité américaine et de contourner les sanctions²⁹. Loin d'être neutre, la monnaie présente ainsi un enjeu géopolitique qui explique qu'un *executive order* du Président des États-Unis ait interdit les MNBC sur le territoire américain, en vue de « protéger la souveraineté du dollar américain, notamment par des mesures visant à favoriser le développement et la croissance, à l'échelle mondiale, de *stablecoins*

23. Loi publique américaine n° 119-27, 18 juill. 2025, *Guiding and Establishing National Innovation for US Stablecoins*.

24. Espèces, dépôts bancaires, bons du Trésor à court terme *T-bills*, parts de fonds monétaires en *T-bills* et dépôts auprès de la FED.

25. A. Bénassy-Quéré, « La tokenisation change-t-elle la donne pour le système monétaire international ? », Tribune du 15 sept. 2025, Banque de France, <https://www.banque-france.fr/fr/interventions-gouverneur/la-tokenisation-change-t-elle-la-donne-pour-le-systeme-monetaire-international>.

26. Document de travail du FMI, *Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations*, Département juridique, 2020.

27. BRI, *Rapport économique annuel*, 2022, chapitre spécial.

28. Y.-J. Fanusie et E. Jin, « The Programmable State: The e-CNY and China's Quest for Smarter Surveillance », *Lawfare Research Report* 25-2 avr. 2025.

29. P. Gongsheng, Gouverneur de la PBOC, « A Few Observations on Global Financial Governance », discours d'ouverture prononcé au *Lujiazui Forum*, Shanghai, 18 juin 2025.

légal et légitime adossées au dollar »³⁰, lesquelles jouent « comme des succédanés de la monnaie étatsunienne »³¹, en vue de promouvoir le dollar en tant que monnaie internationale.

Alors qu'il a été lancé en octobre 2020 par la BCE, le projet d'euro numérique prend désormais deux formes. D'un côté, l'euro numérique *wholesale* est bien avancé ; avant fin 2026, pour les règlements de gros, le projet Pontes fournira « une solution fondée sur la DLT de l'Eurosystème, reliant les plateformes DLT et les services TARGET pour le règlement des transactions en monnaie de banque centrale »³² alors que le projet Appia prévoit à plus long terme que l'Eurosystème propose un registre partagé permettant d'échanger sur la même plateforme, dès lors qu'ils sont tokenisés, monnaies de banque centrale, dépôts bancaires et actifs. De l'autre côté, l'euro numérique de détail serait établi « en tant que forme numérique de la monnaie unique » par un règlement adopté sur le fondement de l'article 133 du TFUE. Le législateur habiliterait la BCE à autoriser l'émission des euros numériques lesquels auraient cours légal. La proposition de règlement n'a toujours pas été adoptée. Outre l'inconnue technologique, puisque l'Eurosystème

devra disposer d'une infrastructure suffisamment solide pour les paiements, ces derniers s'effectuent d'ores et déjà par moyens numérisés, de sorte que les solutions de marché pourraient suffire à satisfaire les besoins en paiements, précision étant faite que ce marché est largement dominé par des sociétés américaines comme Visa ou Mastercard et, plus récemment, Paypal et Apple Pay. L'enjeu est dès lors celui de préserver la souveraineté monétaire, d'autant que le paiement en dollar s'avère toujours un vecteur d'extraterritorialité du droit américain.

* * *

Le temps n'est plus celui où l'État se cantonne à frapper de la monnaie métallique et à imprimer de la monnaie papier. L'émergence de l'écran-monnaie n'a pas pour autant rendu obsolète la puissance publique ; au contraire, celle-ci demeure plus que jamais nécessaire pour éviter les abus qui, sous des formes nouvelles, n'en reviennent pas moins à poser la question de l'émission monétaire et des risques que sa décentralisation et sa privatisation font peser sur la stabilité, « qualité primordiale de toute monnaie », et donc sur la confiance³³.

30. Décret présidentiel, *Strengthening american leadership in digital financial technology*, 23 janv., 2025. Sect. 1: « (ii) promoting and protecting the sovereignty of the United States dollar, including through actions to promote the development and growth of lawful and legitimate dollar-backed stablecoins worldwide; [...] (v) taking measures to protect Americans from the risks of Central Bank Digital Currencies (CBDCs), which threaten the stability of the financial system, individual privacy, and the sovereignty of the United States, including by prohibiting the establishment, issuance, circulation, and use of a CBDC within the jurisdiction of the United States ».

31. A. Bénassy-Quéré, « La tokenisation change-t-elle la donne pour le système monétaire international ? », préc.

32. BCE, *La BCE adopte une feuille de route concernant le règlement fondé sur la technologie des registres distribués avec une approche en deux volets*, Communiqué de presse, 1^{er} juill. 2025.

33. V. M. Aglietta et A. Orléan, *La Violence de la monnaie*, PUF, coll. « Économie en liberté », 1982 ; M. Aglietta et A. Orléan, *La monnaie souveraine*, Odile Jacob, coll. « Économie », 1988 ; M. Aglietta, *La monnaie, entre dettes et souveraineté*, Odile Jacob, coll. « Économie », 2016.

Perspectives

Droit européen des affaires

Bilan et perspectives du droit européen des sociétés

Michel Menjucq

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Dresser les perspectives en matière de droit européen des sociétés suppose au préalable de mesurer le chemin parcouru afin de déterminer celui restant à parcourir dans le cadre que s'est fixé lui-même le droit européen. Ainsi, dès le traité de Rome du 8 mars 1957, il n'a jamais été question que le droit européen des sociétés remplace les droits des sociétés des États membres. Et l'objectif poursuivi n'a jamais varié : il consiste à favoriser les échanges économiques entre les États membres par la réduction des obstacles propres à la technique juridique. Pour ce faire, deux moyens sont utilisés depuis l'origine : rapprocher les législations des États membres en droit des sociétés et prévoir des régimes permettant la réalisation d'opérations sociétaires transfrontalières. C'est à l'aune de ces deux moyens qu'il faut juger du passé et de l'avenir de la construction européenne en droit des sociétés. En revanche, il ne faut pas juger le droit européen au regard d'un objectif qu'il ne s'est jamais assigné, celui de se substituer aux droits nationaux des sociétés dans une sorte d'unification générale du droit des sociétés à l'échelle européenne. En effet, l'unification des droits nationaux n'a jamais été à l'ordre du jour européen et au contraire, le droit européen souffrirait plutôt « de son manque d'autonomie à l'égard des droits nationaux : il y a, de manière quasi-permanente, renvoi mutuel entre les ordres juridiques en présence »¹.

Au regard de l'objectif que s'est assigné le droit européen en matière de droit des sociétés, on constate l'existence de plusieurs périodes : le temps de l'harmonisation initiale des droits nationaux des sociétés (I), puis le trou noir législatif européen compensé par le militantisme de la Cour de justice (II), enfin, le temps des opérations transfrontalières et de la protection de l'innovation (III).

I. Le temps de l'harmonisation initiale des droits nationaux des sociétés

Une vague de directives dans les années 1970-1980 a harmonisé des pans entiers des droits des sociétés des États membres.

Cette période débute avec la première directive n° 68/151 du 9 mars 1968 relative à la publicité, à la validité des engagements nationaux et à la nullité des sociétés commerciales pour s'achever avec la douzième directive du 21 décembre 1989, concernant d'une part, la publicité des succursales et d'autre part, les sociétés à associé unique.

Huit directives de droit des sociétés fondées sur l'article 54, 3, g du traité de Rome (actuel article 50 TFUE) qui permet de coordonner « dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, alinéa 2 (actuel article 54,

1. B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 331.

alinéa 2 TFUE) pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers » ont ainsi été adoptées. En ce domaine, le droit communautaire a avancé à visage masqué en s'incorporant dans les législations nationales et « a ainsi été, en quelque sorte, victime de son succès, puisque dans la majeure partie des hypothèses, il a perdu son identité »².

Le bilan de cette première période a été dressé au début des années 1990 et a été jugé « nuancé »³. La doctrine a relevé dans son ensemble que le droit des sociétés constituait probablement le champ d'intervention le plus favorable pour le droit communautaire. Effectivement, sa technicité et sa relative autonomie facilitaient son harmonisation.

Le résultat n'était pas négligeable et l'on ne saurait contester l'amélioration de la sécurité des tiers qui sont assurés en vertu de la première directive n° 68/151 de contracter avec une société valable, par l'intermédiaire d'un représentant légal régulièrement nommé ayant les pouvoirs nécessaires pour engager la société. Dans le même sens, l'intégrité du capital social est préservée par la deuxième directive n° 77/97/CEE du 13 décembre 1976. Les associés dans leur ensemble ont aussi profité de l'harmonisation car même si les directives européennes ne visaient que les sociétés de capitaux et parfois, seulement les sociétés anonymes, elles ont été transposées de manière extensive par les États membres et comme l'a relevé un auteur⁴, on peut ainsi « constater dans le Code civil l'existence de règles communes à toutes les sociétés civiles et commerciales dont l'origine communautaire ne fait pas de doute ».

Cependant, cette harmonisation du droit des sociétés a provoqué des critiques importantes concernant sa méthode. On lui a reproché simultanément son excessive complexité en raison d'un alignement fréquent sur la législation nationale la plus compliquée et son manque de précision venant de la nécessité d'obtenir un compromis.

En réalité, le reproche majeur fait à l'harmonisation européenne sur le fondement de l'article 54, 3, g du traité de Rome était d'être insuf-

fisamment européenne et trop liée aux droits nationaux. Ainsi, il a été considéré que l'intégration des directives dans les droits nationaux avait conduit à une appréhension purement nationale du droit communautaire, voire à la conclusion que « le droit européen n'existait pas encore »⁵.

On touche, en l'occurrence, à l'essentiel : la coordination des droits nationaux des sociétés n'a pas abouti à la constitution d'un droit européen des sociétés mais à leur rapprochement suivant des modalités propres dans la perspective d'objectifs communs. La raison de cette « faiblesse de la méthode communautaire » est qu'elle n'a jamais clairement proposé un modèle sociétaire.

Subissant les influences nationales plutôt que suscitant une perspective originale, le droit communautaire (dans sa dénomination de l'époque) des sociétés s'est référé dans les années 1970 au modèle rhénan de l'entreprise alors dominant, caractérisé par la stabilité du pouvoir et la pérennité de l'entreprise au détriment de la transparence et de sa mobilité, puis, à partir des années 1990, a tourné avec le vent de la mondialisation pour verser dans le modèle anglo-saxon de transparence, de mobilité et d'ouverture totale des sociétés au marché.

Il ne s'agit pas d'exprimer une nostalgie par rapport à tel ou tel modèle national de société, viendrait-il d'outre-Rhin ou d'outre-Manche, mais de déplorer l'absence de réflexion sur un modèle original de société. En effet, à défaut d'une telle réflexion de fond, le droit européen s'est condamné dans le domaine du droit des sociétés à être réduit à des textes, soit purement techniques, soit simplement optionnels à l'image de l'emblématique directive OPA du 21 avril 2004.

II. Le temps du trou noir législatif européen compensé par le militantisme de la Cour de justice

À cette première période succéda, à partir de 1990, ce que l'on peut qualifier de décennie noire de la construction européenne en droit des sociétés. C'est ainsi qu'échoua la proposition de dixième directive sur les fusions transfrontalières

2. Y. Guyon, « La coordination communautaire en droit français des sociétés », *RTD eur.* 1990, p. 241.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

de 1985, l'Allemagne redoutant pour son modèle social de cogestion les multiples propositions (qui se sont succédé de 1989 à 1997) de règlement et de directive associés sur la société européenne (SE), le Royaume-Uni puis l'Espagne étant hostiles à l'exportation du modèle social allemand à travers la SE, enfin la proposition de treizième directive sur les OPA, l'Allemagne s'opposant au principe de neutralisation des mesures anti-OPA pour préserver son modèle rhénan d'entreprise.

À l'issue de cette décennie, devant l'inefficacité du législateur européen, la Cour de justice décida de prendre le relais et de pallier l'absence de texte européen sur le transfert transfrontalier de siège par les très remarquables arrêts *Centros*⁶, *Überseering*⁷ et *Inspire art*⁸.

Par cette jurisprudence, la CJCE décide de pallier l'inaction du législateur communautaire. Ainsi, elle supplée le défaut de texte communautaire dérivé sur la circulation des sièges sociaux, par la référence directe aux articles 43 (ex-article 52 du traité de Rome) et 48 (ex-article 58) du traité CE pour conférer aux sociétés le libre choix de l'État membre de constitution, et ce indépendamment de l'État où est exercée toute l'activité sociale qui est *de facto* l'État de leur siège réel. Sur le fondement du principe d'établissement communautaire, la Cour de justice des communautés européennes désarme juridiquement l'État membre du siège réel en considérant que, sous réserve d'une fraude aux contours hypothétiques, il ne peut refuser ni d'immatriculer la succursale où est exercée l'activité, ni contester la capacité juridique de la société immatriculée dans un autre État membre, enfin, il ne peut lui appliquer aucune règle locale de droit des sociétés, même à titre de loi de police.

Une même action volontariste de la Cour de justice des Communautés européennes s'est aussi exercée en matière de fusions transfrontalières par l'arrêt *Sevic AG* du 13 décembre 2005⁹. Par cet arrêt, la Cour de justice affirme que « les

opérations de fusions transfrontalières constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement ».

Ainsi, dépassant son rôle d'aiguillon, la Cour de justice s'est faite législateur européen et a exercé une action militante en faveur d'une plus grande mobilité européenne des sociétés.

En réalité, la Cour de justice visait à provoquer, par son action militante, la convergence des droits nationaux par leur concurrence, l'alignement se faisant, dans ce cas, sur le droit national le plus attractif, c'est-à-dire généralement le moins contraignant. Ce qui est un changement de paradigme par rapport à l'harmonisation par le haut envisagé, dans les années soixante-dix, par le législateur européen qui avait pour modèle l'exigeant modèle du droit allemand des sociétés dans le cadre du capitalisme rhénan.

III. Le temps des opérations transfrontalières et de la protection de l'innovation en Europe

Avec l'an 2000, l'harmonisation européenne du droit des sociétés a repris à marche forcée avec les structures sociétaires européennes telles que la société européenne (règlement n° 2157/2001 et directive n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001) ou la société coopérative européenne (règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003) et les fusions transfrontalières (directive n° 2005/56 du 26 octobre 2005), et enfin, le droit des marchés financiers (par exemple les directives abus de marché n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 et OPA n° 2004/25/CE du 21 avril 2004).

L'harmonisation s'est effectuée *a minima* en laissant une part importante aux droits nationaux abrogeant en pratique la distinction entre règlement et directive, ces deux instruments laissant de manière identique de larges options aux États membres. Ainsi, alors que la société euro-

6. CJCE, 9 mars 1999, n° C-212/97, concl. A. la Pergola; *BJS* 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom; *D.* 1999, Cahier droit des affaires, juris., p. 550, note M. Menjucq; *JCP E* 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard.

7. CJCE, 5 nov. 2002, n° C-208/00, *JCP E* 2003, n° 448, note M. Menjucq; *Rev. soc.* 2003, p. 315, note J.-Ph. Dom; *BJS* 2003, p. 452, note M. Luby; *Europe* 2003, comm. 19, L. Idot; P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508 et s.; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. Niboyet.

8. CJCE, 30 sept. 2003, n° C-167/01, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. Luby; *D.* 2004, jur. p. 491, note E. Pataut; *JCP E* 2004, 252, note V. Magnier; *JDI* 2/2004, note M. Menjucq; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. Muir Watt; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note J.-Ph. Dom.

9. CJCE, 13 déc. 2005, n° C-411/03, *Sevic Systems AG*, *D.* 2006, p. 451, note M. Luby; *JCP G* 2006, II, 10077, note R. Dammann.

péenne (SE), après le résiduel groupement européen d'intérêt économique (GEIE) (règlement du 25 juillet 1985), devait être l'exemple d'une structure sociétaire purement communautaire, elle participe en définitive à la concurrence des droits nationaux par le fait qu'il n'existe pas une forme de SE mais 27 variantes possibles en raison de l'application massive du droit de l'État membre du siège statutaire. En effet, la SE n'a pu voir le jour qu'après avoir renoncé à son ambition de structure sociétaire rattachée uniquement à la Communauté européenne. Née vieille, à l'issue d'une gestation de 40 ans, et encombrée d'un lourd processus de négociation d'un régime d'implication des salariés, la SE porte en elle un *corpus* suranné de règles communautaires de droit des sociétés. Elle n'est en réalité vivifiée que par ses facultés de mobilité intra-européenne.

Mais, il ne faut pas être trop critique non plus car la société européenne a eu l'immense avantage de créer une brèche juridique en matière de mobilité des sociétés tant sur les aspects juridiques que sur la question éminemment sensible de la participation des travailleurs dans les organes de la société.

Concernant les aspects juridiques, le règlement n° 2157/2001 portant statut de la SE dégage le principe de la réalisation des fusions transfrontalières aux conditions des fusions internes moyennant quelques règles matérielles supplémentaires. Et à l'égard de la participation du travailleur, c'est l'invention dans le cadre de la SE par la directive associée n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001 du principe avant-après, selon lequel les droits des salariés avant l'opération sont à la base de leurs droits après, qui a débloqué la situation.

Ces deux principes ont été repris ensuite dans tous les textes ultérieurs. Tout d'abord, dans la directive (CE) n° 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières qui a pu aboutir rapi-

dement après la société européenne en se plaçant dans le sillage des textes sur la SE.

Puis, surtout, dans la directive (UE) n° 2019/2121 du 27 novembre 2019 sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières qui marque l'aboutissement de la construction européenne en matière de droit des sociétés en instituant un régime pour les trois principales opérations sociétaires transfrontalières. Et ce d'autant plus que cette directive réalise une sorte d'unification des régimes de la mobilité transfrontalière en rapprochant les modalités et la procédure de chacune des opérations précitées. Un aboutissement qui laisse, cependant, un goût un peu amer en raison de l'état d'esprit ayant présidé à l'adoption de cette directive. En effet, la fraude et l'abus sont désormais si redoutés, alors que la pratique n'a pas révélé l'existence de tels risques, que les délais et les modalités de contrôle de ces opérations transfrontalières institués dans ladite directive sont susceptibles d'entraver leur mise en œuvre. Ainsi, pour les fusions transfrontalières, il est plus difficile et plus long de les réaliser après la directive de 2019 qu'avant, ce qui est tout de même un comble.

Parallèlement, la Cour de justice de l'Union européenne a poursuivi sa jurisprudence militante en libéralisant, sur le fondement de la liberté d'établissement des articles 49 et 54 TFUE, successivement par les arrêts *Cartesio*¹⁰ et *Vale Epitesi*¹¹ mais surtout *Polbud*¹² et *Edil Work II*¹³, le transfert de siège qu'elle a renommé transformation transfrontalière (dans l'arrêt *Vale Epitesi*), expression que la directive du 27 novembre 2019 lui a empruntée.

Est-ce la fin de l'histoire en matière de construction européenne des sociétés ou existe-t-il encore des perspectives ?

Une nouvelle perspective est effectivement apparue récemment, celle dite du « 28^e régime ». Ainsi, à la suite du rapport Draghi sur « L'avenir de la compétitivité européenne » qui a proposé

10. CJCE, 16 déc. 2008, n° C-210/06; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12 et s., note Th. Mastrullo; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. Menjuq; *JCP E* 2009, 1208, note F. Mélin; *D.* 2009, p. 574 et s., point de vue, R. Dammann, L. Wynaendts et R. Nader; *D.* 2009, p. 465 et s., note R. Kovar; *Europe* 2009, comm. 82, obs. L. Idot; *RIDA* 2009, n° 218.

11. CJUE, 12 juill. 2012, n° C-378/10, *JCP E* 2012, 1547, note Th. Mastrullo; *Rev. soc.* 2012, p. 645, note G. Parléani; *JCP G* 2012, 1089, note M. Menjuq; *Bull. Joly* 2012, p. 735, note R. Dammann, L. Wynaendts et L. Marion.

12. CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16; *Bull. Joly* 2018, p. 19, note Th. Mastrullo; *D.* 2017, p. 2512, note L. d'Avout; *JCP E* 2018, 1014, note M. Menjuq; *JCP G* 2017, 1352, note M. Combet; *Rev. soc. janv.* 2018, p. 47 et s., note G. Parléani.

13. CJUE, 25 avril 2024, n° C-276-22.

la création d'un nouveau statut juridique européen pour les entreprises innovantes¹⁴, la Commission européenne a présenté le 28 mai 2025 sa stratégie « *start up and scale up* »¹⁵ comportant différentes mesures visant à soutenir le développement des entreprises innovantes, dont la mise en place d'un 28^e régime. En suivant, la Commission a lancé le 8 juillet 2025 une consultation publique¹⁶ qui s'est clôturée le 30 septembre 2025 afin de cerner les axes de réflexion de ce nouveau projet. Enfin, le 30 juin 2025, c'est le Parlement européen qui a publié son projet de rapport d'initiative sur le 28^e régime¹⁷, puis, le 17 décembre 2025 (PE773.199v02-00), une proposition de résolution contenant des recommandations concernant le 28^e régime.

Ce projet de 28^e régime consiste en une entité dotée d'une capacité juridique dont la dénomination serait « *start-up et scale-up Europe* » ou « *ESSU* », que seules les personnes physiques ou morales résidant ou établies dans l'Union devraient avoir la possibilité de créer et à laquelle seules les sociétés à responsabilité limitée non cotées en bourse devraient pouvoir participer. Une ESSU devrait être immatriculée dans un délai de 48 heures, la création d'un registre numérique des sociétés uniforme au plan européen servant de point d'entrée direct pour l'immatriculation des ESSU, complétant ainsi le système d'interconnexion des registres du commerce (BRIS) qui existe déjà. Un identifiant d'entreprise de l'UE serait mis en place pour faciliter la vérification de l'identité des sociétés et lutter contre la

fraude et l'évasion fiscale. Une ESSU pourrait exercer ses activités soit en tant qu'entreprise individuelle autonome ou comme filiale d'une société mère de l'ESSU. Elle devrait avoir son siège social dans l'un des 27 États membres mais son siège réel et son siège statuaire pourraient être situés dans des États membres différents conformément à la jurisprudence européenne en matière de liberté d'établissement et contrairement à la société européenne (SE). Ce qui concerne la cogestion des travailleurs devrait être déterminé en vertu du principe du siège social réel de la société, à savoir le lieu de l'administration centrale de la société.

Dans le cadre de cette ESSU, des formes facultatives de *steward ownership* (entrepreneuriat à projet d'utilité sociale), différentes catégories d'actions, y compris des actions avec droit de veto devraient, enfin, pouvoir exister pour protéger les entreprises européennes innovantes contre les acquisitions prédatrices et empêcher la délocalisation de l'innovation.

Ainsi, ce projet de 28^e régime porte en lui un nouvel objectif différent de celui qui a guidé la construction du droit européen des sociétés jusque-là.

En effet, il est moins tourné vers les échanges économiques entre les États membres de l'Union européenne que vers l'extérieur de l'Union, et plus particulièrement, il est conçu comme un outil juridique permettant la promotion et la défense de l'innovation européenne face à la concurrence mondiale.

14. Commission européenne, *The future of European competitiveness*, 9 sept. 2024.

15. Commission européenne, « EU Startup and Scaleup Strategy » : https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-research-and-innovation/jobs-and-economy/eu-startup-and-scaleup-strategy_en (consulté le 3 févr. 2026).

16. Commission européenne, « 28th regime – a single harmonized set of rules for innovative companies throughout the EU » : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14674-28th-regime-a-single-harmonized-set-of-rules-for-innovative-companies-throughout-the-EU_fr (consulté le 3 févr. 2026).

17. Parlement européen, « Le 28^e régime : un nouveau cadre juridique pour les entreprises innovantes », 2025/2079(INL), [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/fr/procedure-file?reference=2025/2079\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/fr/procedure-file?reference=2025/2079(INL)) (consulté le 3 févr. 2026).

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil et, le cas échéant, un autre centre de recherche de l'Université Paris Panthéon-Assas, et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

« Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », Jean Rivero¹

Benoît PLESSIX

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Je tiens naturellement à remercier avant tout très chaleureusement mon amie et collègue Cécile Chainais de m'avoir convié à cette conférence dans le cadre du cycle sur « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil de notre Université². Je suis évidemment heureux de constater que ce cycle de conférences s'ouvre au droit public, en général, et au droit administratif en particulier, donnant ainsi tout son sens au terme « droit » dans l'expression « grands textes du droit ».

Je dois confesser au préalable qu'il n'a pas été si évident de choisir immédiatement et spontanément un texte. Non parce qu'il n'y aurait pas de grands écrits doctrinaux en droit administratif : tout au contraire évidemment ! Comme tout droit « fondamentalement jurisprudentiel »³, le droit administratif est une discipline fondamentalement doctrinale, et Jean Rivero a notamment écrit des phrases fameuses sur ce « chœur à deux voix » de la jurisprudence du Conseil d'État et de la doctrine universitaire⁴. En droit administratif donc, les grands auteurs et les grands textes ne

1. J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 813 ; republié in A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero et G. Vedel, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 563.

2. Comme d'autres de mes prédécesseurs, le style oral de l'intervention a été conservé. Je tiens également à remercier Coline Mayaudon pour avoir assuré l'organisation de cette conférence et sa publication dans les colonnes de la *Revue de droit d'Assas*.

3. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, coll. « Domat », 15^e éd., 2001, p. 6.

4. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955, p. 27.

manquent pas et, de surcroît, l'exercice de les commenter est assez habituel chez les juristes administrativistes. C'est pourquoi je n'ai pas souhaité choisir parmi des articles ultra-classiques de Maurice Hauriou, de Léon Duguit, de Gaston Jèze, d'André de Laubadère, de Charles Eisenmann ou de Georges Vedel. De nombreux dossiers ont été publiés à l'occasion de leur décès ou de l'anniversaire de leur décès, et plusieurs collègues se sont déjà essayés à la présentation de leurs écrits les plus remarquables ou les plus significatifs⁵.

C'est pourquoi j'ai choisi de proposer la relecture d'un texte moins connu, que j'ai découvert il y a longtemps, au temps de la préparation de ma thèse, qui m'a toujours séduit sur le fond comme sur la forme, auquel il m'arrive dès lors de revenir régulièrement, et qui, partant, me paraît mériter pleinement la qualification de « grand texte du droit ». Ce texte, c'est un article de Jean Rivero, paru en 1963 dans les *Mélanges* réalisés en l'honneur de Jean Dabin, doyen et professeur de droit civil à l'Université de Louvain. L'article s'intitule : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits ». À mes yeux, c'est un grand texte pour trois raisons : d'abord parce que son auteur est Jean Rivero ; ensuite parce que celui-ci fait montre d'une connaissance, rare à son époque, du passé du droit administratif ; enfin et surtout parce qu'il anticipe sur l'avenir du droit administratif.

C'est d'abord un grand texte parce qu'il a pour rédacteur un grand auteur. On s'accorde en général pour reconnaître que Jean Rivero est l'un des plus grands publicistes français de la seconde moitié du ^{xx}e siècle, membre éminent de cette génération au premier rang desquels figurait Georges Vedel, son ami d'enfance, son compagnon de stalag pendant la Seconde guerre mondiale, son collègue à la Faculté de droit de Paris. Depuis longtemps, dès qu'il m'a été donné de découvrir ses écrits – dès ma deuxième année d'études de droit, mon chargé de travaux dirigés nous avait fait lire l'inoubliable « Le Huron au

Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir »⁶ –, je partage pleinement cette opinion : pour moi, Jean Rivero est l'un des meilleurs administrativistes de sa génération ; il en est assurément sa plus belle plume. Né à Alès en 1910, décédé en 2001, Jean Rivero écrivait en effet, du moins chez les juristes, comme personne. Sa langue était à la fois claire et dense, rigoureuse et poétique, lumineuse et riche, limpide et subtile. Certains de ses écrits comptent parmi les plus belles pages littéraires du droit administratif, et probablement du droit dans son ensemble : outre ce Huron talentueusement inspiré des contes voltairiens, on peut citer – puisqu'il s'agit ici d'une conférence prononcée dans le cadre d'un cycle remettant à l'honneur les grands écrits de la doctrine – sa vigoureuse défense du travail intellectuel des professeurs dans sa chronique parue au *Recueil Dalloz* de 1951, son « Apologie pour les faiseurs de système »⁷ prononcée en réaction à la vision existentialiste du droit prônée par un membre du Conseil d'État⁸.

Il est évidemment impossible de proposer ici un florilège des meilleures pages de Rivero. Je n'en choisirais arbitrairement qu'une seule, à titre d'exemple, extraite d'une chronique publiée au *Recueil Dalloz* en 1951 à propos du projet de réforme du contentieux administratif, qui prévoyait la fin du Conseil d'État comme seul juge du contentieux administratif et la création de tribunaux administratifs, c'est-à-dire de juridictions démultipliées de première instance et de droit commun. Voici comment il s'exprime quand il s'inquiète de la multiplication de juges dans une matière éminemment jurisprudentielle : « dans les questions qui leur seraient désormais soumises [...], le juge n'a pas seulement à dire le droit, il a à le faire ; on accordera que ce sont là deux tâches distinctes, et que la seconde requiert des qualités différentes. [...] Ces formules singulièrement élastiques ne prennent leur sens qu'en vertu d'une sorte de tradition orale, qui en précise les contours, et dans un contexte idéologique déterminé ; d'autre part, elles impliquent,

5. Je me permets de renvoyer à la bibliographie de mon manuel : B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 5^e éd., 2024, p. XIX à XXVI. Pour un exemple récent, et concernant du reste Jean Rivero, B. Seiller, « Jean Rivero : Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968 », *RDP* 2024, n° 2, p. 44.

6. J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., p. 37.

7. J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron., p. 99.

8. B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, n° 4, p. 77.

de la part de celui qui les manie, une indépendance de grand seigneur à l'égard du pouvoir, plus facile à cultiver sous les lambris du Palais-Royal que dans les modestes prétoires de nos conseils de préfecture, qui font humble figure auprès des splendeurs préfectorales. Bien des théories de notre droit administratif donnent ainsi le sentiment que le juge qui les a élaborées se croyait seul appelé à en faire application ; eût-il osé autant, s'il n'avait pas pensé conserver l'entier contrôle de ses audaces ? Elles semblent avoir, à leur principe, un acte de foi, conscient ou non, du Conseil d'État dans la pérennité de sa tradition et de sa sagesse. Les confier à d'autres présente évidemment un risque »⁹.

Voilà ce que c'était la manière d'écrire de Jean Rivero : un style littéraire au service des idées juridiques ; la forme au service du fond. Sans doute un talent inné et un goût personnel pour les belles lettres l'avaient prédisposé à écrire de la sorte, à l'image des poèmes qu'il écrivait¹⁰ ; sans doute aussi le milieu académique des juristes de la première moitié du ^{xx}e siècle, génération éduquée aux humanités, universitaires dédiés à la lecture des textes de loi et à l'écriture d'ouvrages et d'articles, lui a permis d'épanouir ses goûts et de joindre à l'étude austère du droit le désir de bien le raconter. Jean Rivero avait soutenu sa thèse de doctorat en 1934 à la Faculté de droit de Paris : elle portait sur *Les mesures d'ordre intérieur administratives*¹¹. Il fut agrégé en 1938 et choisit son affectation à la Faculté de droit de Poitiers où il fut en poste jusqu'en 1954, pendant cet âge d'or de la faculté poitevine où se côtoyaient les Savatier et les Carbonnier. Il en résulta même des collaborations intellectuelles : on songe à ce *Droit du travail* co-écrit avec Jean Savatier¹², témoignage de toute l'importance que Rivero accordait à l'avènement, à partir de la Libération, d'un droit social transcendant la distinction entre le droit privé et le droit public, comme en attestent également ses nombreux écrits sur le droit de grève ou les conventions collectives de travail publiés à la revue *Droit*

social. Élu à la Faculté de droit de Paris en 1954, il y exerça toute la suite de sa carrière, jusqu'à son départ à la retraite en 1979, ce qui ne l'empêcha pas de continuer à beaucoup parler et écrire, comme tous les juristes de cette génération 1910 qui ont atteint l'an 2000 et pour qui l'étude du droit semble avoir été un gage de longévité physique et de jeunesse intellectuelle. Comme si le travail savant avait le pouvoir mystérieux de repousser l'avènement des marques de la vieillesse, le déclin physique, un esprit plus ralenti, une mémoire moins assurée. Rien de tout cela chez un Jean Rivero, comme chez un Georges Vedel ou un Jean Carbonnier, qui ont atteint les 90 ans et l'an 2000 avec une énergie et une lucidité que chacun est en droit de leur jalouser. Pendant toutes ces décennies, Jean Rivero aura beaucoup écrit, beaucoup donné cours, dirigé la conférence d'agrégation de droit public et formé des générations de publicistes à la rigueur de la forme et à l'audace du contenu ; mais il aura aussi présidé le jury d'agrégation de droit public ou celui de l'ENA et exercé ainsi toutes les facettes du métier d'universitaire, dont les charges commençaient déjà à s'alourdir en cette seconde moitié du ^{xx}e siècle¹³.

Les premières pages de l'article ici présenté illustrent à merveille le style Rivero : « La vertu du système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif est un dogme qui ne compte guère d'hérétiques, tout au moins déclarés. Ce serait péché de l'ébranler pour le plaisir ; en pareille matière, d'ailleurs, on peut faire confiance à l'opinion : si les Français étaient livrés sans défense à une tyrannie bureaucratique, leurs réactions ne se limiteraient pas à cette mauvaise humeur latente, mais finalement acceptante, qui est l'état d'esprit normal de tout administré à l'égard de toute administration. Pourtant, les principes et les techniques par lesquels législateur et juge ont tenté d'écarter de la vie administrative le bon plaisir, tout en y conservant la nécessaire autorité, appellent la réflexion ; car voici plus d'un demi-siècle déjà qu'ils ont

9. J. Rivero, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., p. 165.

10. J. Rivero, *Écrits et poèmes*, Verdier, 1985.

11. J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934.

12. J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, coll. « Thémis », 1^{re} éd., 1973.

13. Sur l'homme, et pour la liste de ses écrits, se reporter à F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray (dir.), *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012.

trouvé leur équilibre, au terme d'une lente construction ; et quel demi-siècle ! Si vraiment le système, parvenu à son point de perfection avant 1914, conserve son efficacité en 1962 vis-à-vis d'un pouvoir transformé dans sa structure et son étendue, la louange qu'on lui accorde en général n'est pas suffisante : il faut en exalter davantage la singulière vertu »¹⁴.

Il existe une deuxième raison de regarder cet article de Jean Rivero comme un grand texte : il témoigne de la nécessité de la vision historique pour l'étude du droit administratif.

Aujourd'hui, la doctrine administrativiste contemporaine a pris entièrement conscience de l'utilité pour le juriste positiviste, non de se transformer en historien du droit administratif – les spécialistes le font bien mieux que lui –, mais de toujours prendre en compte, pour chaque règle étudiée, pour chaque jurisprudence analysée, pour chaque institution envisagée, l'épaisseur historique du droit. Les administrativistes d'aujourd'hui sont convaincus de l'utilité de comprendre d'où viennent ses règles, par quelles étapes, par quelles déformations ou par quels progrès ses normes et ses institutions sont passées pour être devenues celles qu'elles sont. J'appartiens à une génération qui, instruite des travaux de Pierre Legendre, de Jean-Louis Mestre, de François Burdeau ou de Grégoire Bigot, a pu, encouragée par des juristes iconoclastes comme mon maître Jean-Jacques Bienvenu, développer une approche historique, non pour raconter une histoire et faire le récit du passé, mais pour acquérir une meilleure intelligibilité du droit positif, comme d'autres utilisent la philosophie ou la sociologie pour mieux comprendre leur présent, pour pénétrer l'arrière-plan, pour dévoiler les coulisses en levant un peu le rideau du droit positif pour voir ce qui s'y cache derrière.

Mais à l'époque où Jean Rivero s'exprime, l'histoire n'est pas ou plus à la mode en droit administratif. On estime que le présent est trop riche et trop évolutif pour que l'administrativiste aille perdre son temps à jeter des coups d'œil en arrière. La Libération, les Trente glorieuses, la crise des années 1970 : autant d'événements qui invitent l'administrativiste à étudier comment

l'Administration a pris une importance institutionnelle considérable et s'immisce dorénavant dans tous les secteurs de la vie sociale et économique, portée par les idéaux de l'État-providence. À l'époque où Rivero rédigeait l'article ici présenté, c'était le temps des services publics monopolistiques, des grandes entreprises publiques, de l'économie administrée, et même des planifications et autres nationalisations. Que de changements inédits et inattendus, si éloignés de la société libérale de 1804 et du Code civil que le droit administratif classique avait entendu refléter à sa manière ; bouleversements dont le juriste administrativiste est tenu de rendre compte plutôt que de perdre son temps à revenir en arrière et ressasser un passé qui n'est plus. À la limite, s'il souhaite faire un pas de côté, ce serait plutôt du côté de la science administrative, de la sociologie de l'Administration, mais certainement plus du côté de l'histoire.

Au moment où Rivero rédige son article, le regard rétrospectif n'est donc plus en vogue chez les juristes administrativistes. L'étude de la doctrine ancienne est tout particulièrement passée de mode. Les grandes figures de la III^e République, les grands maîtres de l'âge d'or du droit administratif, de ce « temps des cathédrales »¹⁵, au sommet desquels trônent Léon Duguit, Maurice Hauriou ou Gaston Jèze, demeurent naturellement des références admirées et citées. Mais ce sont en réalité des exceptions, et nul notamment ne s'intéresse plus du tout aux auteurs dépassés du XIX^e siècle, et encore moins aux pères fondateurs du droit administratif, à ces auteurs lointains du temps vieilli de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, Gérando, Macarel et Cormenin.

De ce point de vue, l'article que Rivero fait paraître en 1963 aux *Mélanges* en l'honneur de Jean Dabin détonne.

Pour en comprendre l'originalité, rappelons d'abord le contexte du droit administratif français relatif à ce qu'il est courant d'appeler la « procédure administrative non contentieuse ». Cette expression désigne chez nous ce qu'à l'étranger on appelle plus sobrement la « procédure administrative ». Il s'agit de toutes les règles relatives au processus décisionnel de l'Adminis-

14. Texte commenté, J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », republié in A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero et G. Vedel, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 563.

15. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 1995, p. 323.

tration, toutes les règles non juridictionnelles, non contentieuses, relatives aux garanties entourant l'opération d'élaboration d'un acte administratif unilatéral qui, par définition, est adopté seul par l'Administration, sans le consentement de l'administré (sinon ce serait un contrat); exercice solitaire d'une compétence qui justifie que, en contrepartie, la loi prévoit au moins au profit des administrés des garanties tout au long de ce processus d'élaboration, à l'image des garanties de transparence, d'information, de participation, de contradiction ou de motivation, pour que l'administré sache au moins pourquoi et comment l'Administration a pris telle décision plutôt que telle autre à son égard ou à son encontre. Or c'est un lieu commun d'affirmer que la France a beaucoup tardé à adopter un tel régime juridique. Ce n'est en effet que dans les années 1960 que l'on voit apparaître des premières études doctrinales sur le sujet. Ce n'est qu'à la toute fin des années 1970, dans la France giscardienne puis mitterrandienne en voie de modernisation sur les modèles américain ou nordique, que la République va enfin se doter de toute une série de textes législatifs : loi du 17 juillet 1978 consacrant un droit d'accès aux documents administratifs; loi du 11 juillet 1979 imposant une obligation de motivation pour les décisions administratives individuelles défavorables; loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques; décret du 28 novembre 1983 imposant une procédure contradictoire pour les décisions défavorables et rendant plus transparent le traitement des demandes adressées à l'Administration. Pour mesurer le retard de la France, il suffit de se rappeler que ce n'est qu'en 2015 qu'est adoptée chez nous, sur habilitation du législateur par la loi du 12 novembre 2013, l'ordonnance du 23 octobre 2015 établissant un *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA), entrée en vigueur en 2016, et codifiant enfin tout cet amas de textes antérieurs fragmentaires et épars.

Or la doctrine contemporaine, davantage armée historiquement, s'est aperçue que ce récit n'était pas tout à fait exact; mais elle s'en est rendu compte que tout récemment. On a en effet réalisé qu'il y avait déjà des linéaments de

procédure administrative non contentieuse dans l'œuvre du premier professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, le baron Joseph de Gérando. Dans son traité de 1829, intitulé *Institutes de droit administratif*, prenant acte des progrès des législations napoléoniennes sur l'expropriation et les mines, avec leurs enquêtes préalables et leur sollicitude pour les propriétés privées, Gérando s'était même cru autorisé, au sein de son traité, à jeter les bases d'un « Code d'instruction et de procédure administrative », imposant à l'administrateur, à l'occasion des enquêtes, rapports, expertises, auditions et autres consultations, le goût de la prudence, le sens de l'équité et la nécessité de concilier les intérêts publics et privés. C'est ce que démontra de manière totalement inédite, car totalement oubliée, Bertrand Seiller dans un article paru en 2013 à la *Revue d'histoire des facultés de droit*¹⁶.

Or l'article de Jean Rivero, oublié aussi sur ce point, avait en réalité déjà exhumé ce lointain passé. Dans un passage au style inimitable, notre auteur révélait toute sa connaissance intime du passé du droit administratif, d'un passé alors négligé par tous. Il s'avérait surtout en mesure de renverser la légende noire d'un droit administratif du *xix^e* siècle hostile aux garanties établies au bénéfice des administrés.

Voici comment Rivero nous l'explique. Il commence d'abord par exposer les deux manières de concevoir l'élaboration des actes administratifs unilatéraux. Une fois encore, son sens de la synthèse et de la métaphore fait mouche : « La procédure d'élaboration de la décision administrative, tant règlementaire qu'individuelle, peut s'inspirer de deux schémas opposés : la décision juridictionnelle, ou la décision militaire. On peut la concevoir comme le terme d'un processus d'élaboration contradictoire, au cours duquel le ou les intéressés ont été appelés à faire entendre leurs voix, à présenter leurs vœux et leurs doléances, à défendre leur dossier. On peut aussi la concevoir comme le résultat d'une conférence d'état-major, où les divers bureaux ont soumis au grand chef, dans le secret, leurs besoins et leurs possibilités, les assujettis n'ayant d'autre rôle que l'obéissance à l'ordre, avec le recours, si cette obéissance les laisse encore de ce monde, de la

16. B. Seiller, « L'administrateur éclairé. La procédure administrative non contentieuse selon Gérando », *Rev. hist. fac. dr.* 2013, n° 33, p. 425.

réclamation après coup »¹⁷. On n'a jamais mieux expliqué avec des mots simples et des analogies efficaces des procédures complexes, là où tant d'autres administrativistes, à commencer par moi, peinent laborieusement sur plusieurs pages pour tenter d'expliquer comment réglementer le processus d'élaboration d'une décision administrative.

Rivero peut alors faire part de son sens historique : « Dire de l'administration française qu'elle ne pouvait pas, de par sa tradition napoléonienne, ne pas adopter ce grand schéma, serait peut-être conclure hâtivement, et créditer l'Empereur d'une dose d'esprit militaire sans doute excessive ; car les vieilles procédures dont il a doté l'administration répondent beaucoup plus au schéma juridictionnel qu'au schéma militaire : elles donnent sans cesse la parole à l'administré ; le style Empire, en matière administrative, c'est la multiplication des enquêtes préalables, la publicité des diverses phases de l'élaboration, les délais, qui alourdissent les lignes de l'action administrative comme les cuivres ciselés celles des meubles, mais multiplient les garanties préalables au profit des intéressés ; que l'on reprenne les trois grandes réglementations de la seule année 1810, celle de l'expropriation, celle des mines, celle des établissements dangereux, incommodes, ou insalubres : elles portent la même marque et relèvent de la même inspiration ; s'il y a eu, en France, un âge d'or de la garantie préalable à la décision pour le particulier, c'est bien celui-là »¹⁸.

Et Rivero de citer Gérando en note de bas de page ! C'est dire la science historique et la connaissance exacte dont fait montre ce passage. Il nous rappelle surtout à quel point l'enquête historique est porteuse du sens de la nuance, permettant de relativiser les inévitables caricatures du passé. Rivero savait l'utiliser à bon escient, comme nous le prouve un autre de ses articles : je veux parler de sa contribution aux *Mélanges* et hommage à Achille Mestre, parue en 1956, dans laquelle il démontre que, là aussi contrairement à la légende, c'est Hauriou qui, dès 1899, a été le premier à utiliser le concept de service public pour bâtir sa théorie de la gestion

administrative, bien avant que Duguit ne s'en empare ultérieurement pour en faire une doctrine philosophique et sociologique de l'État et du droit¹⁹. Comme quoi il faut toujours se méfier de ces étiquettes, « Hauriou et la puissance publique », « Duguit et le service public ». L'histoire apprend l'humilité au juriste, car le passé du droit est toujours plus chaotique et subtil qu'il ne le croit.

Il existe une troisième raison d'attribuer à l'article ici commenté la qualité de « grand texte du droit », sans doute la plus déterminante : c'est un écrit en avance sur son temps, qui anticipe un avenir que Rivero souhaitait se voir réaliser et qui s'est réalisé. C'est ainsi un texte précurseur et visionnaire. Et il l'est à deux points de vue : d'un point de vue général, sur la conception même du droit administratif ; et d'un point de vue plus particulier, sur l'office du juge administratif de l'excès de pouvoir.

Ce texte préfigure en effet d'abord le droit administratif contemporain, celui d'aujourd'hui, celui des démocraties libérales, notamment européennes. Pour en mesurer toute la portée, je voudrais rappeler en quelque mot la conception traditionnelle dont est porteur notre droit administratif.

Comme bien d'autres avant moi, je ne crois pas déformer le passé en disant que la France est un vieux pays de droit administratif. À cet égard, il est toujours amer de recevoir des leçons d'autres pays qui, certes, adoptent aujourd'hui un droit administratif moderne, centré sur l'administré et la garantie de ses droits, mais omettent de préciser qu'ils ne le font que depuis une époque toute récente. Au temps où la France développait un droit administratif moderne, notamment sous la III^e République, ces pays vivaient sous des régimes autoritaires, voire totalitaires. C'est salvateur de railler un droit administratif français vieillissant et stagnant, pour mieux nous réveiller, à la condition de rappeler que le droit administratif allemand n'est libéral que depuis 1949, celui de l'Espagne que depuis 1978, celui du Portugal ou de la Grèce que depuis le milieu des années 1970, et ceux

17. Texte commenté, p. 567.

18. *Ibid.*, p. 567-568.

19. J. Rivero, « Hauriou et l'avènement du service public », in. *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 461.

des anciens satellites de l'URSS que depuis les années 1990.

Ceci dit, il est vrai que le droit administratif français s'est construit sur une conception légaliste et objectiviste que Rivero rappelle très bien dans son article. Selon cette conception, la règle de droit part du point de vue objectif de l'Administration et non de celui subjectif de l'administré. Dans un pays qui a élevé au plus haut point l'État-nation souverain et unitaire, il n'y a pas « d'État en action », « d'État au quotidien », « d'État au concret », sans appareil gouvernemental et administratif à même de mettre en œuvre les volontés de la nation souveraine une et indivisible. Le droit administratif est ainsi là avant tout pour doter l'appareil d'État des moyens d'agir : favoriser son action est sa raison d'être puisque l'Administration est chargée d'exécuter les volontés du législateur pour assurer, dans l'intérêt général, la satisfaction des besoins de tous, fût-ce au détriment des intérêts de chacun, afin de dispenser sur tout le territoire des prestations de service public dans les conditions d'égalité et de continuité qu'imposent les valeurs de la République. Pas de raison alors de craindre une omnipotence de l'appareil bureaucratique, puisque grâce à l'avènement au ^{xx}e siècle d'un État de solidarité sociale fondée sur le service public, l'Administration est tout entière à la disposition d'un État qui n'est plus une autorité qui commande mais une institution qui rend des services. En contrepartie, le droit administratif se doit de protéger l'administré ; mais il le fait de manière objective. Telle est d'abord la fonction du principe de légalité : la loi étant l'expression de la volonté générale, et donc par nature facteur de liberté et d'égalité, la soumission objective de l'Administration à la loi est nécessairement gage d'action régulière, équilibrée, respectueuse de la liberté des administrés et de l'égalité entre les usagers. L'article ici commenté contient d'ailleurs l'une des pépites de Rivero, l'une de ces formules dont il a le secret et grâce à laquelle il résume l'esprit du principe de légalité comme nul autre juriste ne l'a jamais mieux fait : « même si la règle est par elle-même sévère, elle est protectrice, parce qu'elle permet à l'individu de connaître d'avance les consé-

quences de son acte ; à la limite, la règle selon laquelle « tout condamné à mort aura la tête tranchée » offre, aux citoyens, sécurité et protection : elle les garantit contre la fantaisie individuelle du bourreau »²⁰. Au principe de légalité s'ajoute ensuite le contrôle de légalité. Sur ce plan aussi, le droit français manifeste une entière confiance dans le contrôle du juge, ce tiers extérieur, indépendant et impartial, qui garantira donc nécessairement les droits des administrés en censurant l'action illégale ou préjudiciable de l'Administration. La confiance est telle que c'est bien pour cela que, en France, on est obligé de préciser procédure administrative « non contentieuse » : car la première et seule vraie garantie, c'est celle apportée par la justice ; les autres garanties en amont du processus décisionnel ne sont pas sans intérêt, mais elles ne sauraient venir qu'en second, en renfort.

C'est cette conception classique que Rivero vient remettre en cause dans cet article de 1963. Pour l'époque, il bouscule les dogmes établis et les éléments d'autosatisfaction. Rivero nous dit ainsi que cette conception n'est plus suffisante car, dans nos systèmes politiques contemporains, la production normative ne s'opère plus de la même manière. La loi est devenue l'œuvre de la majorité politique qui a remporté les élections ; mieux, ou pire, la loi est l'œuvre du gouvernement, des ministres, des bureaux. Rivero ne s'en émeut pas plus que cela : il considère que la gestion de l'État et la fabrique de la loi sont désormais ainsi, parce qu'ils sont le reflet du monde moderne et complexe auquel les démocraties occidentales ont dû adapter leur fonctionnement interne. Pas la peine de s'épuiser à lutter contre la marche inexorable de l'histoire, car, écrit-il, pendant ce temps, de toute façon, « le monde a continué sa route, et les relations de l'homme avec le pouvoir ont pris un cours nouveau »²¹. En revanche, nous dit-il, le juriste serait coupable de ne pas chercher à adapter le droit applicable à l'appareil gouvernemental et administratif d'un État dont le fonctionnement est en voie de mutation : « ce serait trahir l'inspiration profonde du principe de la soumission de l'administration au droit et au juge que d'enregistrer passivement les déficiences qu'on vient de

20. Texte commenté, p. 564.

21. *Ibid.*, p. 579.

signaler ; d'autant plus que le redressement est, tout à la fois, possible, et plus nécessaire que jamais »²².

S'il en va ainsi, c'est parce que Rivero souligne à quel point le principe de légalité et le mythe de l'intérêt général ne sont plus suffisants pour assurer à eux seuls la préservation des droits des gouvernés. Fin sociologue du fonctionnement normatif et bureaucratique de l'État, il écrit en ce sens : « Le péril est que, élaborée par l'administration, la règle fasse bon marché des intérêts des particuliers, et s'inspire exclusivement des commodités de l'action administrative, ou, au mieux, de la représentation qu'elle se fait de l'intérêt public ; le péril est aussi que, si la règle, à l'usage, se révèle trop favorable aux particuliers, elle change, afin d'épouser toujours au plus près les idéaux de l'administration. [...] Maniée par des fonctionnaires dont la conscience, le sens du bien public, et la valeur technique devraient être un sujet de fierté nationale, une telle méthode, on l'a dit, ne sacrifie pas nécessairement le particulier ; malgré tout, il est humainement impossible que des hommes, sûrs de la valeur de leurs solutions techniques, ne considèrent pas avec quelque impatience les résistances auxquelles elles risquent de se heurter ; leur hâte de réaliser "le bonheur commun" peut servir de masque à une inconsciente volonté de puissance ; à tout le moins, il est inévitable que, dans l'aménagement des procédures, ils prêtent plus d'attention à ce qu'ils vivent quotidiennement – les exigences de l'action administrative – qu'à ce qu'ils voient, en quelque sorte, de l'extérieur – les incidences de cette action sur la vie des particuliers »²³.

Puisque l'élaboration parlementaire des lois ne suffit plus à garantir l'existence d'une légalité administrative soucieuse de la protection des administrés, Rivero en déduit que celle-ci doit donc passer par d'autres voies, par d'autres garanties. Il suggère alors que ce soient celles de la procédure administrative non contentieuse, c'est-à-dire toutes ces garanties qui pourraient fort bien accompagner en amont le processus d'élaboration de la décision administrative :

information, participation, motivation, etc. En 1960, en France, cette proposition est rare. Ces garanties non contentieuses retiennent peu l'attention des administrativistes, obsédés par les questions de répartition des compétences avec le juge judiciaire (contentieux de la voie de fait, de l'emprise irrégulière, des atteintes à la liberté individuelle, il est vrai dans un contexte qui s'y prêtait : épuration et réquisitions d'après-guerre) et tout accaparés à théoriser le régime général des services publics. Rivero est donc précurseur quand il écrit que « il n'en reste pas moins qu'en France, la technique d'élaboration de la décision administrative obéit à des principes et à des traditions peu favorables, *a priori*, à la prise en considération du point de vue de l'administré »²⁴. Le titre même choisi par Rivero pour intituler son article est inédit et significatif : il ne parle pas de la protection des administrés, ou des usagers, mais des *citoyens*. Quand on songe que le thème de la citoyenneté administrative date de la fin du ^{xx}^e siècle, qu'en France seule la loi du 12 avril 2000 a employé ce terme (loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'Administration), et que même l'ordonnance de 2015 a rétropédalé pour revenir à une expression neutre et floue (code des relations entre le *public* et l'Administration), on mesure à quel point Rivero était ici en avance sur son temps.

Cela ne doit toutefois pas étonner. En réalité, dès les années 1950, Jean Rivero avait adopté ce qu'on pourrait appeler un « point de vue allemand » du droit administratif : il s'intéresse très tôt aux droits fondamentaux des citoyens, et notamment des citoyens administratifs. Il le fait dans son cours de « Libertés publiques », qu'il est l'un des premiers à enseigner et qui deviendra un manuel publié aux PUF à compter de 1973. Avec Léo Hamon et Louis Favoreu, il est l'un des premiers à percevoir l'intérêt de la jurisprudence constitutionnelle naissante. Il s'intéresse ainsi depuis longtemps aux droits fondamentaux et dorénavant à ceux constitutionnellement protégés, comme en témoignent son commentaire de la décision historique du 16 juillet 1971²⁵ et celui

22. *Ibid.*, p. 578.

23. *Ibid.*, p. 570.

24. *Ibid.*, p. 567.

25. J. Rivero, note sous Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, AJDA 1971, p. 537.

de la décision du 20 janvier 1981²⁶ dans laquelle il avait stigmatisé, avec son sens inimitable de la formule, la portée réelle des décisions d'un Conseil constitutionnel encore trop jeune pour devenir une vraie cour constitutionnelle : « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ». Sans doute sa foi chrétienne et son humanisme philosophique l'ont très vite tourné vers la question de la protection des individus face à l'arbitraire du pouvoir, comme il le confesse d'ailleurs lui-même à la fin de l'article ici commenté : « Tout système juridique, et chacune des pièces qui le composent, est ordonné à une fin ; celle qu'ont assignée, à l'ordre juridique occidental, les héritages dont il est issu, et au premier chef l'enseignement chrétien, c'est le service de l'homme. [...] Il faut mettre à l'échelle du pouvoir d'aujourd'hui le système de garanties qui s'est développé dans le monde d'hier : c'est la seule façon de demeurer fidèle aux idéaux de l'humanisme occidental, qui ne se sauveront qu'en suivant avec plus de rigueur et plus d'invention l'exigence inépuisable qu'ils portent en eux »²⁷.

Pour Rivero, s'il convient de promouvoir et réglementer les garanties accompagnant en amont l'Administration tout au long du processus d'élaboration de ses décisions, en d'autres termes, s'il faut créer une procédure administrative non contentieuse digne de ce nom, c'est aussi parce que la garantie juridictionnelle a ses faillies. En allant sur ce terrain, Rivero confère à l'article ici commenté une qualité supplémentaire : celle d'être en réalité la préfiguration de la fameuse chronique de 1962 sur le « Huron au Palais-Royal ». Du reste, à la toute fin de son article, en note de bas de page, Rivero mentionne que, depuis la rédaction de son article aux *Mélanges Dabin*, il est revenu sur ce sujet, notamment dans un article qu'il vient de faire paraître au Recueil *Dalloz*²⁸.

Nul besoin de s'étendre trop longuement sur cet aspect visionnaire bien connu des travaux de Jean Rivero, puisqu'il faudra attendre la fin des années 1990 (la loi du 8 février 1995 relative au

pouvoir d'injonction et celle du 30 juin 2000 relative aux référés) pour que le juge administratif français se voit enfin doter des pouvoirs de donner des ordres à l'Administration et d'en suspendre provisoirement ses décisions en référé ; autant de réformes que Rivero appelait de ses vœux depuis longtemps, et tout particulièrement dans l'article ici commenté. Il y décrit en effet les talons d'Achille d'une justice administrative que personne ne veut voir, à une époque où tout le monde loue aveuglement l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État, sa contribution à la protection platonique des administrés au moyen de l'iconique recours pour excès de pouvoir. Mais pour la première fois, un juriste administrativiste ne se place pas du point de vue du juge, mais de celui de l'administré-justiciable. À l'époque, c'était être très iconoclaste, voire irrévérencieux vis-à-vis de la prestigieuse institution du Conseil d'État qui « est, comme tout corps, peu enclin à l'autocritique »²⁹. Rappelons-nous ce que Rivero a lui-même raconté lorsqu'il fut associé en 1963 à un groupe de travail du Conseil d'État chargé de réfléchir à des pistes d'amélioration en vue d'une meilleure exécution des décisions de la justice administrative³⁰. Voilà ce que lui répondit le conseiller d'État Claude Lasry, lorsque Rivero se permit d'attirer son attention sur l'absence de prise en compte des intérêts de l'administré-justiciable : « Mais, Monsieur le Professeur, pourquoi vous intéressez-vous au requérant ? Le requérant c'est le jeton qu'on introduit dans l'appareil et qui déclenche le mécanisme contentieux. Après quoi il tombe au fond de l'appareil, et pourquoi s'occuper de lui ? Vous voulez que nous entrions en contact avec ces gens ? Et pourquoi n'offriraient-ils pas, alors, des fleurs et des bonbons à nos femmes pour le 1^{er} janvier ? »³¹.

Rivero, lui, ne voit pas les choses ainsi. Dans l'article commenté, il explicite déjà clairement son sentiment : « Tout cela est bien connu ; mais on n'aime guère, parmi les juristes, à s'attarder sur cet aspect des choses ; on analyse avec une

26. J. Rivero, note sous Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, AJDA 1981, p. 275.

27. Texte commenté, p. 578 et 580.

28. *Ibid.*, p. 580.

29. Texte commenté, p. 571.

30. Sur cette participation, O. Carton, « Un universitaire au Palais-Royal : réflexions naïves sur le travail de Jean Rivero lors de la réforme du Conseil d'État de 1963 », *Conseil d'État, Histoire et mémoire*, Doc. fr., vol. 4, 2015, p. 183.

31. Cité in J. Massot (dir.), *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, Adam Biro, 1999, p. 36.

scrupuleuse attention les conditions de recevabilité du recours, l'évolution des cas d'annulation, l'issue du litige intéresse moins que les chemins qui y mènent; lorsqu'on en vient au problème des effets du recours, on se borne à l'exposer, sans s'appesantir outre mesure sur les difficultés pratiques auxquelles se heurte le requérant, comme s'il s'agissait d'un phénomène secondaire, et d'ailleurs inévitable »³². Et Rivero de poursuivre, comme s'il répondait par anticipation au conseiller d'État Lasry, sur le même terrain de la métaphore du mécanisme ludique : « L'analyse se maintient dans l'abstrait; le recours intéresse plus que le requérant, il en a été l'occasion, il a déclenché les savants mécanismes du contentieux; ce service une fois rendu au jeu juridique, il est implicitement prié de ne point venir perturber l'harmonie des constructions, la subtilité des exégèses, avec sa petite et souvent misérable histoire personnelle; quel commentateur s'intéresse à l'humble question de savoir comment s'est traduite, dans la vie du requérant, l'annulation ? qui donc voit en lui, non seulement l'occasion du recours, mais la fin ? qui soupçonne, derrière le nom, qui passant à la postérité avec l'arrêt qu'il désigne, se verra estropié par des générations d'étudiants, un être de chair et de sang qui, victime d'une injustice concrète, attend de son recours le rétablissement d'une situation conforme au droit ? »³³.

En se plaçant du point de vue du justiciable, Rivero se donne les moyens de rompre avec la *doxa*. Il lui permet de voir ce que les autres ne voient pas : les infirmités du recours pour excès de pouvoir. Une première défaillance est relative à l'incapacité du juge administratif à imposer l'exécution des décisions de justice qu'il rend, d'autant plus criante qu'il prend des décisions à l'encontre d'une Administration qui peut vouloir tirer prétexte de son autorité juridique et son ascendance symbolique pour échapper ou retarder l'exécution des décisions de justice qui lui sont défavorables. Une deuxième infirmité est relative à l'incapacité du juge administratif à intervenir promptement et préventivement, là où les prérogatives de puissance publique que

détient l'Administration – et notamment sa prérogative de prendre des décisions exécutoires présumées légales à effet immédiat – peuvent faire craindre que l'exercice d'un recours devant le juge administratif, avec le temps incompressible dont tout juge a besoin pour statuer au fond, ne permette pas de préserver dans l'immédiat, ne serait-ce que provisoirement, les droits des administrés. Dans son article, Rivero consacre de nombreuses lignes à bien identifier de telles limites et à réfuter les arguments de ceux qui pensent qu'elles sont inhérentes à la justice administrative : « Cette autolimitation ne procède évidemment pas d'une nécessité logique : lorsqu'on la justifie par la distinction de la fonction juridictionnelle et de la fonction administrative, on s'abuse; car la fonction juridictionnelle, prise en elle-même, ne saurait évidemment se limiter à un pouvoir d'annulation ni même à un pouvoir d'indemnisation; l'injonction adressée à celui dont le droit condamne la prétention fait partie des pouvoirs normaux du juge »³⁴. Ou encore : « Trop de sagesse peut cesser d'être sage; car il est évident que, bien souvent, refuser au recours l'effet suspensif, c'est lui ôter toute efficacité pratique »³⁵. Et enfin : « Si l'on veut que le recours pour excès de pouvoir mérite pleinement les éloges qui lui sont traditionnellement décernés, c'est sous cet angle qu'il convient de l'envisager, c'est dans cette voie qu'il faut engager son évolution; à défaut, il risquerait de n'être plus, à la longue, qu'un mécanisme destiné à dire le droit pour l'agrément du juriste, non à réaliser le droit pour la sécurité de l'administré »³⁶.

Dans son article, Rivero propose donc, avec quarante ans d'avance, de réformer l'office du juge administratif de l'excès de pouvoir. À ses yeux, celui-ci doit pouvoir suspendre provisoirement les décisions administratives suspectes d'illégalité qui risquent d'avoir des effets irréversibles sur la situation des administrés, faute de pouvoir revenir en arrière : ce sera l'objet de la loi du 30 juin 2000 introduisant devant le juge administratif une procédure de référé-suspension. Il doit aussi se préoccuper des suites de son

32. Texte commenté, p. 577.

33. *Ibid.*, p. 577.

34. Texte commenté, p. 574.

35. *Ibid.*, p. 572.

36. *Ibid.*, p. 577-578.

jugement d'annulation, de sa bonne exécution concrète et pratique, ce qui peut supposer d'indiquer, dans le jugement même d'annulation, les conséquences qu'implique l'annulation d'un acte administratif : ce sera l'objet de la loi du 8 février 1995 donnant au juge administratif le pouvoir de prononcer à l'égard de l'Administration des injonctions éventuellement accompagnées d'astreintes. Plus globalement, de façon visionnaire, Rivero plaide pour une justice administrative plus rapide et plus efficace, soucieuse de la portée concrète de ses jugements, dans l'intérêt même des requérants, pour que l'exécution de la chose jugée soit toujours faite à leur avantage direct.

L'article ici commenté de Rivero offre alors l'occasion de méditer sur les canaux de communication qu'un juriste universitaire peut utiliser pour diffuser ses idées. Publier dans des mélanges universitaires – ouvrages pour initiés avant tout à destination des membres de l'*Alma Mater* –, qui plus est édités ici en hommage à un juriste étranger, fût-il belge, ne permettait pas à cet article d'avoir l'audience et la portée méritée. Sans doute conscient de ce support trop académique et confidentiel, Rivero dut ressentir le besoin de reprendre ses idées et ses propositions dans un format plus accessible, avec une diffusion plus large. Comment lui vint l'idée de le faire sous une forme originale destinée à frapper les esprits ? Nul ne le sait, mais le fait est que, pour frapper fort, face à un Conseil d'État aveugle

persuadé que, comme l'avait écrit Gaston Jèze avec emphase, le recours pour excès de pouvoir était alors « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »³⁷, Jean Rivero eût l'idée géniale, bien avant d'autres³⁸, de rédiger en ce début des années 1960 le premier conte de la littérature juridique. Il a ainsi donné naissance à une pépite de la littérature juridique, dont le seul défaut est d'avoir éclipsé l'article précurseur et programmatique qu'on a choisi ici de mettre en avant. Mais il faut reconnaître que cette contribution académique ne pouvait pas rivaliser avec la manière inédite, inoubliable et inégalée que Rivero choisit dans les pages du Recueil *Dalloz* pour parler des failles du droit administratif français et de son juge : « C'était un Huron, mais un Huron juriste ; assis au pied d'un hêtre pourpre, dont une feuille, parfois, détachée par le vent, venait poser sur son épaule comme l'amorce d'une épitoge rouge, il enseignait le droit public aux futurs guerriers de sa tribu. [...] Nous autres, bons sauvages, nous sommes des esprits simples : nous pensons que la justice est faite pour le justiciable, et que sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne. Ce n'est pas le développement du droit qui nous intéresse, c'est la protection efficace qu'en tire le particulier. Je pensais que votre grand recours lui assurait cette protection. Ai-je fait un si long voyage pour apprendre qu'il n'en est rien ? »³⁹

37. G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, PUF, 1929, p. 162.

38. F. Ost, *Contes de la rue Soufflot*, Dalloz, 2024.

39. J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *préc.*, p. 37 et 40.

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 :
rda@assas-universite.fr*

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, ADD Associés –
Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen
ainsi que la Direction de la communication de
l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La *Revue* est disponible en ligne sur le site
www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas.



ADD
ASSOCIÉS

Étude Généalogique

Parce qu'hériter est un droit

ADD ASSOCIÉS, PARTENAIRE DES NOTAIRES DEPUIS 35 ANS



**36 BUREAUX
EN FRANCE**



**10 BUREAUX
À L'ÉTRANGER**



**+ 250 EXPERTS
PASSIONNÉS**



**UNE ÉQUIPE
INTERNATIONALE
INTÉGRÉE**
17 langues parlées



**DES GARANTIES
FORTES**



ADD DATA
+ 500 millions de
données indexées



TGD
Tableau généalogique
dématérialisé



VOS DOSSIERS 24/7
Votre espace sécurisé



DEPUIS 2008



**Généalogistes
de France**

Tout savoir sur le groupe ADD,
nos bureaux et nos services
www.add-associes.com



Siège social – Paris
4 avenue du Coq – 75009 PARIS
Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91
paris@add-associes.com