

PERSPECTIVES NOUVELLES DU DROIT

THÈMES, MÉTHODES ET HISTORIOGRAPHIE

EN FRANCE ET EN ITALIE



a cura di
Giuseppe Grisi e Federica Rassu

27

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press
2020

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Quaderni del Dottorato

PERSPECTIVES NOUVELLES DU DROIT
THÈMES, MÉTHODES ET HISTORIOGRAPHIE
EN FRANCE ET EN ITALIE

a cura di

Giuseppe Grisi e Federica Rassu

27

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press

2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Turchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, giugno 2020

ISBN: 979-12-80060-31-0

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

| | |
|--|----|
| <i>Présentation</i> di GIUSEPPE GRISI e FEDERICA RASSU | 7 |
| <i>Préface</i> di ERIC GOJOSSE | 9 |
| <i>Prefazione</i> di GIUSEPPE GRISI | 11 |

PREMIÈRE SESSION

| | |
|--|----|
| LUIGI TRISOLINO, <i>Perspectives historiques sur la “justice politique” : la responsabilité pénale des ministres en Italie</i> | 15 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| CLÉMENT CHEVEREAU, <i>Apport d’une recherche doctorale à la controverse historiographique contemporaine sur les origines de la justice administrative</i> | 25 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| KOSTANCA JORGJI, <i>L’Italie face aux coutumes des Arbëreshë</i> | 47 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| ALBERTO CINQUE, <i>Les “survenances contractuelles” en France et en Italie</i> | 57 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| FRANÇOIS-XAVIER RADUCANOU, <i>Pour l’introduction dans le droit des contrats réformé d’un régime général du dépassement de sa mission par le prestataire de service</i> | 75 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| CLAUDIO CORSETTI, <i>Le principe du consentement translatif : origines en droit romain et nouvelles perspectives d’harmonisation des systèmes juridiques européens</i> | 85 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| FLORIAN VILLALONGA, <i>Le manquement à une diligence : fondement possible de la prescription</i> | 101 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| ANDREA PONTECORVI, <i>Contractual freedom and majority rule: comparing Italian and French private companies</i> | 113 |
|---|-----|

DEUXIÈME SESSION

| | |
|--|-----|
| MARTINA CAVALIERE, <i>Inventions “académiques” du salarié et régimes d’appartenance des droits</i> | 131 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| ROMANE MONDONNET, <i>La lutte anti-terrorisme, illustration de la mutation de la police administrative</i> | 151 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| EMANUELA MULEO, <i>Légalité pénale «européenne» à l'heure du pluralisme juridique actuel</i> | 175 |
| HODALO PRENAM BEGUEDOU, <i>La justice française sous l'emprise de la révolution numérique</i> | 195 |
| CÉCILE CHASSAGNE, <i>La consécration constitutionnelle d'un droit à la différenciation pour les collectivités territoriales : vers une nouvelle ère pour la décentralisation ?</i> | 207 |
| TOMMASO PELLEGRINI, <i>Le principe de la réparation intégrale du préjudice dans le projet français de réforme de la responsabilité civile</i> | 223 |
| <i>Elenco degli autori</i> | 233 |

Présentation

Le séminaire doctoral franco-italien réunissant des doctorants de l'Università degli Studi Roma Tre et des doctorants des Universités de Poitiers et de Limoges, au moyen de l'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat, est une belle occasion pour de jeunes chercheurs d'origines différentes de partager les résultats de leur travail de recherche dans un cadre s'ouvrant à toutes les disciplines du droit, avec trois langues de travail et permettant aux doctorants de créer des liens autour de sujets de réflexion partagés.

Cette expérience, née en lien avec le succès des Journées "Jean Beauchard-Paolo Vecchi" qui rassemblent depuis 17 éditions les universitaires de Roma Tre et de Poitiers, est arrivée à la deuxième édition et se consacre aujourd'hui sur le plan scientifique par la publication des travaux présentés par les doctorants à Poitiers en septembre 2019 au sein des "Quaderni del Dottorato", dans la collection "L'unità del diritto" du Dipartimento di Giurisprudenza de l'Università degli Studi Roma Tre, ce qui constitue un événement particulièrement réjouissant. Cette collection, en effet, étant pour sa propre vocation destinée à accueillir les travaux de chercheurs de formation et d'horizon différents réunis par la volonté de respecter avec rigueur la méthodologie juridique nécessaire à l'étude du phénomène juridique, paraît particulièrement appropriée car très évocatrice du fil conducteur de ce séminaire.

Tout d'abord cela offre aux doctorants la chance de voir réunies dans un ouvrage spécifique qui leur est dédié les présentations proposées lors de la deuxième édition du séminaire doctoral franco-italien consacré aux "Perspectives nouvelles du droit : thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie". D'ailleurs, cette publication italienne sera suivie par une publication du côté français, au sein des Presses universitaires juridiques de Poitiers, réunissant ces travaux ainsi que ceux présentés lors de la première édition du séminaire, concernant "La réparation du dommage".

Au moment où se prépare la troisième édition de ce séminaire doctoral, ces publications témoignent de la volonté du Dipartimento di Giurisprudenza et de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de soutenir et valoriser la jeune recherche, avec un investissement qui permet d'enrichir la formation des doctorants et de souligner leurs efforts. Ce qui n'apparaît pas dans ces publications, et il ne pourrait en être autrement, c'est le grand travail de préparation et d'organisation qui a été nécessaire

au bon déroulement de ce projet et pour lequel il faut saluer les efforts des professeurs italiens et français, ainsi que leur investissement afin que les doctorants mette à profit dans les meilleurs conditions l'expérience de ce séminaire. N'apparaît pas non plus l'enthousiasme avec lequel les doctorants italiens et français se sont investis dans cette expérience, en réservant à leurs homologues de l'autre côté des Alpes un accueil amical et en relevant, pour la plupart des doctorants italiens, aussi le défi de faire une présentation en français. Alors, longue vie au séminaire doctoral franco-italien Poitiers-Roma Tre.

Poitiers-Roma, 27 janvier 2020

Giuseppe Grisi
Professore ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi Roma Tre

Federica Rassu
Maître de conférences en Droit Public, Université de Poitiers

Préface

Il faut se féliciter, et en rendre grâce au professeur Giuseppe Grisi, de voir publier en Italie les travaux présentés en septembre dernier, à Poitiers, par les doctorants de l'Università degli Studi Roma Tre et de l'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (Universités de Poitiers et de Limoges). Il n'est pas si fréquent que des jeunes chercheurs d'origines différentes puissent partager leurs conclusions dans un ouvrage spécifique, qui plus est, édité à l'étranger.

Certes, les pages qui suivent ne témoigneront pas tout à fait de la richesse et de l'intensité des échanges qui ont accompagné la plupart des communications, en séance et même au-delà, tant l'apparente proximité des deux sœurs latines dissimule mal, pour peu qu'on dépasse la surface des choses, de sérieuses divergences à même d'alimenter le débat. Elles n'en apportent pas moins la preuve de la vigueur de la recherche doctorale des deux côtés des Alpes et des défis de tous ordres que sont prêts à relever ceux qui la conduisent, et aussi, ne les oublions pas, ceux qui les encadrent.

A la faveur des Journées "Jean Beauchard-Paolo Vecchi" qui réunissent des universitaires romains et poitevins depuis une vingtaine d'années, des séquences d'échanges entre doctorants des deux pays avaient parfois été ménagées. Elles n'eurent hélas! qu'une dimension épisodique dont il ne m'appartient pas de rechercher les causes. En revanche, la création de l'Université Confédérale Léonard de Vinci (ComUE) et le choix fait par celle-ci d'apporter un soutien significatif à la formation doctorale ont non seulement permis de renouer avec cette expérience bénéfique, mais aussi et surtout de la pérenniser, la troisième édition étant en préparation à l'heure où ces lignes sont écrites.

Il est heureux que cette initiative, encouragée par les professeurs Marianne Faure-Abbad et Michel Boudot ainsi que par le doyen Didier Veillon qu'il l'a relayée avec conviction lors d'un séjour romain, ait immédiatement trouvé un accueil chaleureux auprès de nos collègues italiens, les professeurs Giuseppe Grisi, Vincenzo Mannino et Paolo Alvazzi del Frate. Elle a été concrétisée, grâce à l'aide de Mme Federica Rasso, maître de conférences à l'Université de Poitiers, qui a bien voulu assurer, côté français, la coordination scientifique de l'entreprise. Nul n'était mieux indiqué qu'elle pour faire la liaison entre les deux pays, son pays natal et son pays d'adoption. Les doctorants français et, avec eux, le directeur de l'École doctorale n'ignorent rien de ce qu'ils lui doivent.

Ma gratitude s'étend également aux deux vice-présidents en charge des études doctorales de l'Université Confédérale Léonard de Vinci qui ont convaincu leurs instances d'apporter un concours décisif à ce séminaire international, concours financier sans lequel il n'aurait pu ni ne pourrait exister : les professeurs Gérard Mauco et Rose-Noëlle Schütz. L'illustre patronage sous lequel est placé cette structure qui fédère, pour ce qui nous intéresse, les Universités de Limoges et de Poitiers, les y prédisposait sans doute... Leurs mérites n'en sont pas moins grands.

Par souci de symétrie et pour assurer aussi en France la diffusion des travaux de jeunes chercheurs, qui ne manqueront pas d'intéresser un lectorat curieux de découvrir les nouvelles thématiques doctorales, les communications qui figurent dans ce volume seront publiées prochainement aux Presses universitaires juridiques de Poitiers. Gageons que ces deux ouvrages, l'italien et le français, ne sont que les premiers d'une longue série.

Poitiers, 31 janvier 2020

Eric Gojosso
Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université de Poitiers
Directeur de l'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat

Prefazione

Il 27 settembre 2018, un folto gruppo di Dottorandi francesi della *Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers* – erano precisamente 15, se non ricordo male – giungeva a Roma, accompagnato dalla Prof.ssa Federica Rassa, per svolgere un seminario nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre su “La réparation du dommage”. Non c'erano precedenti e fu un successo, cui, ancorché in minima parte, hanno contribuito anche alcuni giovani studiosi italiani, per lo più iscritti ai corsi del Dottorato in Discipline giuridiche da me coordinato, con pregevoli interventi, certamente in linea con la qualità – veramente eccellente – delle relazioni presentate dai colleghi d'oltralpe. Fui colpito non solo dall'elevato livello scientifico dell'incontro, ma dal clima che, spontaneamente, si venne a determinare: si coglieva chiara, nei Dottorandi dei due Paesi, la consapevolezza di trovarsi coinvolti, da protagonisti e non da comprimari, in un'esperienza, non solo formativa per la loro maturazione, ma feconda sul piano umano. Tutti, io compreso, siamo usciti, non solo soddisfatti, ma anche arricchiti dal seminario, pronti, nei due giorni successivi, a dar luogo alle classiche – e ormai tradizionali – *Journées* “Jean Beauchard-Paolo Vecchi”, giunte allora alla XVI edizione e dedicate alla riflessione su “La gratuità negli atti negoziali”, che mai avevano visto, quando svolte a Roma Tre, una partecipazione così numerosa di giovani studiosi francesi. L'organizzazione, a stretto ridosso, delle due iniziative si era rivelata una scelta azzeccata anche da questo punto di vista.

Sta di fatto che quel 27 settembre, alla fine di lavori, abbiamo fatto una promessa: ci impegnammo a dare continuità all'incontro dottorale franco-italiano, a farne un'occasione di incontro e di studio abituale, a Roma Tre ed a Poitiers ad anni alterni e in data vicina a quella programmata per lo svolgimento delle *journées d'études* suddette. Nel 2019, dunque, avremmo dovuto organizzare l'iniziativa a Poitiers: un seminario, che vedesse la partecipazione attiva dei dottorandi italiani – lì giunti per l'occasione – e di quelli francesi.

Abbiamo mantenuto la promessa e questo volume – il quarto della serie “Quaderni del Dottorato” nella collana “L'unità del diritto” – ne dà testimonianza, recando anche prova dell'intento comune del Dipartimento di Giurisprudenza e della *Faculté de Droit et des Sciences sociales* di valorizzare, con i fatti, gli studiosi meritevoli della nuova generazione per l'apporto che essi sono in grado di offrire

all'avanzamento delle conoscenze in campo giuridico; desidero segnalarne uno, il Dott. Tommaso Pellegrini, ora ricercatore nel Dipartimento di Giurisprudenza, per il doppio prezioso contributo offerto, e partecipando al seminario anche in qualità di accompagnatore della delegazione italiana, e collaborando sul piano redazionale alla realizzazione del presente volume. Eccoci, dunque, a Poitiers, il 26 settembre 2019 – manco a dirlo, ad un anno esatto dal primo seminario – a discutere di “*Perspectives nouvelles du droit: thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*”. I Dottorandi italiani hanno fatto la loro parte, esponendo con sicurezza e brio e in un buon francese interessanti relazioni ben strutturate, ma è doveroso riconoscere fondamentale per la riuscita dell’iniziativa il contributo da parte francese, per le ottime relazioni svolte dai Dottorandi, per l’impeccabile organizzazione e l’ineguagliabile l’ospitalità offerta ai giovani studiosi italiani: merito, in larga parte, dei Professori Eric Gojoso, Rose-Noëlle Schutz e Federica Rasso, dei colleghi e del personale della *Faculté de Droit et des Sciences sociales* e, in particolare, dell’*Equipe de Recherche en Droit Privé*, cui va il mio più sentito ringraziamento. Proprio mentre sto scrivendo questa prefazione, con i colleghi francesi fervono i contatti per preparare al meglio la terza edizione del seminario dottorale, da tenersi a Roma Tre nel settembre dell’anno corrente. Siamo vicini all’individuazione del tema e al resto penseremo poi; ma credere che sarà un successo, al pari delle due edizioni precedenti, non è, a questo punto, previsione azzardata.

Chiudo plaudendo al rapporto di amichevole e feconda collaborazione tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre e la *Faculté de Droit et des Sciences sociales de l’Université de Poitiers*. Che continui e si consolidi non è solo un auspicio: è una piccola, grande, cosa. Ricordo un celebre aforisma che così recita: «Mi interessa molto il futuro: è lì che passerò il resto della mia vita». Anche con iniziative come questa lo stiamo costruendo.

Roma, 31 gennaio 2020

Giuseppe Grisi
Coordinatore del Dottorato di ricerca in Discipline giuridiche

PREMIÈRE SESSION

Luigi Trisolino

Perspectives historiques sur la “justice politique” : la responsabilité pénale des ministres en Italie

SOMMAIRE : 1. Justice politique et séparation des pouvoirs – 2. ‘Tribunal des ministres’ et infractions ministérielles – 3. Avant l’entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle de 1989 – 4. Statut Albertin et responsabilité ministérielle – 5. Perspectives d’évolution.

1. Justice politique et séparation des pouvoirs

Des considérations seront ici proposées concernant la responsabilité pénale des ministres dans le système juridique italien actuel et passé. Cette responsabilité a soulevé, à chaque époque historique des questions et a ouvert de délicats débats sur la portée juridique des principes d’égalité mais aussi de la séparation des pouvoirs de l’État. Ces considérations renvoient avec justesse à l’expression bien connue *justice ‘politique’*, les règles relatives à la responsabilité ministérielle pouvant en effet avoir une incidence non négligeable sur l’équilibre existant entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Nous commencerons par expliquer comment la Constitution de la République italienne régit actuellement la responsabilité des ministres, avant de faire un bond dans le passé pour décrire brièvement les règles constitutionnelles instaurées en 1948, année de l’entrée en vigueur de la Constitution républicaine, jusqu’à la loi de révision constitutionnelle de 1989. Du fait de son importance, le système de la responsabilité ministérielle a également été décrit dans la Charte fondamentale avant l’entrée en vigueur de la Constitution républicaine, et en particulier dans le Statut Albertin¹.

¹ Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Le ultime proposte di riforma del Senato italiano*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, VI, 1888, Vol. I ; ID., *Memorie originali. Governo parlamentare o governo costituzionale?*, Discours inaugural au Cours de Droit constitutionnel lu à l’Université de Modène le 23 janvier 1899, in *Il Filangieri*, 24, 1899, n. 8, 488-489 ; cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Turin, 2019 ; E. BRUSA, *Dei segreti politici*,

Le cadre historique, dans son ensemble et au fil du temps, sera utile pour rechercher une clé de lecture critique et éventuellement évolutive sur la question de la prétendue *justice 'politique'*².

2. 'Tribunal des ministres' et infractions ministérielles

En Italie, la Constitution républicaine de 1948, dans laquelle sont établies les règles générales de fonctionnement des organes du pouvoir exécutif, notamment le deuxième paragraphe de l'article 95, dispose que les ministres sont collectivement responsables des actes du Conseil des ministres, et individuellement des actes des ministères individuels. Décrivant la responsabilité pénale des ministres, il convient de se demander quels sont les crimes ministériels et quelles sont les raisons qui sont à la base des procédures formelles prescrites pour leur évaluation.

Les infractions ministérielles sont des crimes commis par des ministres du pouvoir exécutif. Certains systèmes juridiques soumettent ces crimes à des formes de justice spéciale, politique ou mixte.

Tandis qu'en France, depuis 1993, ces crimes sont soumis à la Cour de justice de la République, composée de douze parlementaires et de trois magistrats, en Italie, l'article 96 de la Constitution républicaine prévoit actuellement les dispositions suivantes :

« Le Président du Conseil des ministres et les ministres, même s'ils sont démis de leurs fonctions, sont soumis à la juridiction ordinaire des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, sous réserve de l'autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés, selon les normes

in *Riv. pen.*, 1877 ; Id., *Dell' attentato politico contro il sovrano, i poteri, la costituzione e l'integrità dello Stato*, in *Riv. pen.*, 1879 ; A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1892 ; L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale : lezioni*, II, cours 33, Gênes, 1860 ; E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, Milano, 1915 ; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Florence, 1912 ; P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile, strage, devastazione e saccheggio*, Naples, 1881 ; G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano - raccolta di monografie*, Vol. VI, Milan, 1909 ; P. NOCITO, *Alto tradimento*, n. 11, in *Digesto italiano*, Turin, 1893 ; Id., *I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento*, Turin, 1893 ; F. RACIOPPI- I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, préface de Luigi Luzzatti, Vol. II (de l'art. 24 à l'art. 47), Turin, 1909 ; L. RAJOLA PESCARINI, *Del Senato come Alta Corte di Giustizia*, Naples, 1908 ; D. RUIZ, *Sulle attribuzioni giudiziarie del Senato*, Castrovillari, 1895.

²Cfr. P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Mayenne, 1962.

établies avec le droit constitutionnel ».

La procédure à suivre pour les infractions ministérielles³ est réglée par la révision de la loi constitutionnelle numéro 1 de 1989, et par la loi numéro 219 de la même année.

Un éventuel litige concernant les crimes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions institutionnelles relèverait de la compétence du tribunal ordinaire qui, dans ces circonstances, agirait en qualité de ‘Tribunal des ministres’. L'expression ‘Tribunal des ministres’ ne se retrouve pas dans les textes législatifs, mais elle est utilisée dans les coutumes en raison de la composition particulière de l'organe juridictionnel traitant d'une question juridique impliquant un ministre, ou le président du Conseil des ministres, suite à sa manière de conduire ses activités institutionnelles. Ce tribunal n'est pas un tribunal spécial, mais peut être envisagé comme une section spécialisée du tribunal ordinaire, et est établi par le tribunal du chef-lieu du district de la Cour d'appel compétente, selon le lieu où le crime ministériel a été commis.

Le ‘Tribunal des ministres’⁴ est un organe judiciaire composé de trois membres effectifs et de trois suppléants, choisis par tirage au sort parmi tous les magistrats en fonction dans les tribunaux du district. Ces magistrats doivent avoir le statut de magistrat du tribunal depuis au moins cinq ans ou une qualification supérieure. Ces règles servent à garantir l'expérience nécessaire pour statuer sur des décisions délicates concernant par exemple le contenu de certains actes politiques.

Le ‘Tribunal des ministres’ se voit présidé par un magistrat de fonctions supérieures ou, en cas d'égalité de traitement, par un magistrat d'une plus longue ancienneté. Cet organe à composition spécialisée est renouvelé tous les deux ans et est immédiatement complété dans le cas d'un licenciement ou d'un empêchement sérieux d'un ou plusieurs de ses membres⁵.

Dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception des documents relatifs à un fait ou à un acte ministériel, après enquête préliminaire et entretien avec le procureur de la République, le ‘Tribunal des ministres’ décide de poursuivre ou non l'enquête par un décret non contestable. S'il

³ Cfr. P. DELL'ANNO, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Milan, 2001 ; F. DONATI, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Turin, 1997 ; G. Scarlato, *I reati ministeriali*, Padoue, 1982.

⁴ Cfr. G. CERNUTO, *Il procedimento per i reati ministeriali*, in *Modelli differenziati di accertamento*, in *Tratt. proc. pen. Spangher*, VII, II, Turin, 2011 ; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, 2004 ; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milan, 2006 ; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Rome-Bari, 2007 ; G. ZAGREBELSKI, *Procedimenti d'accusa*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milan, 1988, 898 ss.

⁵ Cfr. DELL'ANNO, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., 2001.

choisit de continuer, il transmet les documents accompagnés d'un rapport motivé au procureur de la République qui seront de suite envoyés au président de la branche du Parlement compétente en vertu de la loi.

Le président de la branche parlementaire compétente transmet ces documents au Conseil pour les autorisations de poursuivre, conformément aux dispositions du règlement de la Chambre concernée. Le Conseil rend compte à l'assemblée de la même Chambre avec un rapport écrit, après avoir écouté les parties intéressées. À partir du moment où les documents ont été remis au président de la Chambre compétente, l'assemblée se réunit dans un délai de soixante jours et, dans le mêmes temps, elle peut refuser l'autorisation de continuer à la majorité absolue de ses membres, son évaluation étant incontestable⁶.

Ce refus d'autorisation est légitime lorsque la majorité absolue a considéré que le ministre avait agi pour la protection d'un intérêt d'État jugé pertinent par la Constitution ou pour la poursuite d'un intérêt public majeur dans l'exercice de la fonction du gouvernement.

Si l'assemblée décide au contraire d'accorder son autorisation, elle renvoie alors les actes au 'Tribunal des ministres' pour la poursuite de la procédure relative à l'infraction ministérielle.

Ce processus constitue le cadre juridique actuellement en vigueur dans le système juridique italien, c'est-à-dire le produit du dernier effort évolutif dans le domaine de la justice 'politique' et de l'évaluation procédurale des crimes commis par les ministres.

3. Avant l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle de 1989

Avant l'entrée en vigueur de la loi de révision constitutionnelle numéro 1 de 1989, l'article 96 de la Constitution stipulait que, pour les crimes commis dans l'exercice de ses fonctions, le président du Conseil des ministres et les ministres pouvaient être mis en état d'accusation par le Parlement réuni en séance commune, autrement dit par un organe complexe ne remplissant normalement qu'une fonction législative. Une fois la mise en accusation effectuée, le jugement revient à la Cour constitutionnelle et non au juge ordinaire. Comme l'on peut le constater, la portée de ce changement intervenu en 1989 est considérable.

Les limites du mécanisme institutionnel qui a précédé la loi de révision

⁶ ZAGREBELSKI, *Procedimenti d'accusa*, cit., 898 ss.

constitutionnelle de 1989 ont fait l'objet de réflexions et de solutions auprès de l'opinion publique, ainsi que dans les travaux scientifiques des juristes, en raison du scandale Lockheed⁷ de 1977. Ce scandale a porté sur de graves cas de corruption ayant eu lieu dans les années '60 en Italie, aux Pays-Bas, en Allemagne de l'Ouest et au Japon. La société américaine Lockheed avait en effet versé des pots-de-vin à des hommes politiques et militaires étrangers pour la vente de son avion militaire aux États étrangers susmentionnés. En Italie, de nombreux sujets ont été accusés d'avoir encaissé d'importants pots-de-vin pour favoriser l'achat d'aéronefs par le ministre italien de la Défense. Ils ont ensuite été mis en accusation par le Parlement réuni en séance plénière, puis jugés par la Cour constitutionnelle : Mario Tanassi, à l'époque ministre de la Défense, Mario Rumor, alors président du Conseil des ministres, et Luigi Gui, ministre de l'organisation de l'Administration Publique et des Régions. Parmi eux, seul Tanassi fut condamné par la Cour constitutionnelle à deux ans et quatre mois d'emprisonnement pour le crime de corruption et actes contraires à ses fonctions. La sentence de condamnation, qui imposait également la perte de son siège au parlement, fut ratifiée par un vote de la Chambre des députés dans l'exercice d'une *autodichia* spéciale, donc d'une justice autonome et spéciale. Tanassi a passé quatre mois en prison.

Le débat qui s'est développé au cours de cette période en Italie a porté non seulement sur la corruption personnelle des personnes impliquées, mais également sur les malversations et certains mécanismes déviés de la partitocratie. Face à cette situation, en mars 1977, le député Aldo Moro des Démocraties-Chrétiens, avait déclaré lors des travaux de la session parlementaire commune consacrée à la décision sur l'état de l'accusation, que « Pour une fois, nous ne sommes pas des législateurs, mais des juges, je veux dire des juges non pas dans un sens technico-juridique, mais politique », et que « l'évaluation... ne porte pas sur une déclaration de justice abstraite, mais sur une mise en œuvre concrète de celle-ci »⁸.

Dans cette période politique, il se révélait nécessaire en Italie de modifier les règles de procédure relatives à l'exercice de la justice *en* politique ; et non plus une justice *de la* politique *sur* la politique elle-même. Puisqu'il était nécessaire de prendre en compte la liberté d'action du gouvernement et la théorie qui qualifie au final l'acte politique d'acte fondamentalement libre, la réforme constitutionnelle prévoyait des compromis entre les différents besoins.

⁷ Cfr. M. CAPRARA, *Il caso Lockheed in Parlamento*, in *Storia d'Italia, Annali XVII, Il Parlamento*, Rome, 2001.

⁸ Le Parlement italien en session conjointe, 3-11 mars 1977.

En réalité, la loi constitutionnelle numéro 1 de 1989 a réécrit l'article 96 de l'ancienne version de la Charte constitutionnelle, prévoyant une simple autorisation du parlement de poursuivre pour filtrer les affaires de crime ministériel devant les juridictions ordinaires, selon les règles particulières de compétence déjà largement décrites.

L'effort fourni pour réformer le sujet des crimes ministériels est admirable, l'enrichissant du principe fondamental de l'égalité formelle devant la loi pour tous les citoyens. Des efforts ont été déployés pour que la procédure d'acceptation et de poursuite contre les crimes commis par les ministres, qui sont des acteurs très importants du pouvoir gouvernemental et du pouvoir politique de l'État, soit aussi ordinaire que possible.

Certains critiquent la conformation actuelle des équilibres entre les différents pouvoirs de l'État. Une partie de cette critique provient des doctrines conservatrices, qui voudraient que l'acte gouvernemental reste un acte absolument incontestable du pouvoir judiciaire. Une autre partie des critiques est issue des courants de pensée visant une légalité rigoureusement et mécaniquement liée à la valeur de l'égalité et, pour cette raison, ses partisans proposent l'élimination du filtre de l'autorisation parlementaire.

Les doctrines les plus conformes au cadre constitutionnel en vigueur préconisent le maintien du régime juridique actuel en la matière, car ils s'inquiètent des éventuelles attaques que les ministres pourraient recevoir de leurs opposants politiques par le biais de l'instrument judiciaire classique. Les positions les plus modérées restent donc confiantes quant au bon sens des ministres, qui ont la faculté de renoncer ou non au traitement spécial qui leur est réservé par la Constitution. Il convient de souligner que le sens commun ne doit pas automatiquement et nécessairement renvoyer à une attitude consistant à renoncer au filtre parlementaire. Chaque fait et chaque situation humaine sont différents des autres : l'histoire nous l'enseigne!

4. Statut Albertin et responsabilité ministérielle

En étudiant le système juridique italien avant l'âge constitutionnel républicain, nous observons une séparation et une diversification plus amples des procédures à l'encontre des ministres par rapport aux règles de procédure ordinaires prescrites pour les autres citoyens.

Le Statut Albertin, octroyé en 1848 par Charles-Albert de Savoie pour le Royaume de Sardaigne et qui devint en 1861 la Charte constitutionnelle

du Royaume d'Italie suite à l'unification politique, attribuée au Sénat du Royaume établi à la Haute Cour de Justice la fonction de juger les crimes ministériels⁹.

De fait, l'article 36 du Statut de la monarchie constitutionnelle italienne établit ce qui suit :

« Le Sénat est constitué à la Haute Cour de Justice par décret du Roi pour juger les crimes de haute trahison et des atteintes à la sécurité de l'État, ainsi que pour juger les Ministres prévenus par la Chambre des Députés. Dans ces cas, le Sénat n'est pas un chef politique. Il ne peut traiter que des questions judiciaires, pour lesquelles il a été convoqué, sous peine de nullité ».

L'article 47 du Statut Albertin prévoyait donc que la Chambre des députés avait le droit d'accuser les ministres du roi et de les conduire devant la Haute Cour de Justice.

Il existait un régime juridique dans lequel la Chambre des députés, élus par les Collèges Électoraux conformément aux lois de l'époque, avait pour compétence de poursuivre les ministres. Par ailleurs, le Sénat désigné par le Conseil royal, établi à la Haute Cour de Justice, avait la fonction de juger les ministres sur la base des accusations de la Chambre.

Au cours de mes recherches sur les dossiers de procès de la Haute Cour de Justice, conservés à Rome dans les Archives Historiques du Sénat de la République italienne¹⁰, j'ai appris que, en 1898, la Haute Cour avait déclaré l'impossibilité de poursuivre une procédure contre la falsification en acte public payé par le sénateur et ancien ministre des Finances Lazzaro

⁹ Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *I reati dei ministri e la Corte di cassazione*, in *Rivista penale*, 42 (1895), 117-131 ; Id., *Le ultime modificazioni al regolamento del Senato*, in *Rivista di Roma : politica parlamentare, sociale, artistica* – 4 (1900), nn. 15-16, 337-346 ; E. ARDUINO, *Il reato ministeriale*, in *Riforma sociale*, 1899, Vol. IX, 129 ss. ; L. BORSARI, *Della responsabilità dei pubblici funzionari*, Florence, 1869 ; G. BRUNIALTI, *La grazia sovrana ai ministri condannati dall'Alta Corte di giustizia*, in *Saggi di diritto pubblico*, Bari, 1915, 177-208 ; C. CARISTIA, *La responsabilità ministeriale*, in *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Turin, 1915, 156-172 ; D. DE MARTINO, *Il diritto di necessità dello Stato e la responsabilità ministeriale*, S. Maria Capua Vetere, 1913 ; G. DE MAURO, *La giurisdizione sui reati ministeriali*, in *Rivista del diritto penale e sociologia criminale*, 7 (1907), 97-133 ; G. GADDA, *Il Senato in Alta Corte di Giustizia*, in *Nuova Antologia*, 01.11.1900, 68-85.

¹⁰ Dans les Archives Historiques du Sénat de la République italienne : Haute Cour de Justice, bb. 463, voll. 9, regg. 14, rub. 1 (1866-1948) ; Dossiers de procédures de justice, 1866-1947, bb. 455 ; 1867-1947, voll. 9. Vol. 1 : 15 apr. 1867-1^o décembre 1900 ; vol. 2 : 10 mar. 1901-22 décembre 1911 ; vol. 3 : 10 feb. 1912-10 décembre 1917 ; vol. 4 : 12 feb. 1918-27 novembre 1923 ; vol. 5 : 11 gen. 1924-25 avril 1929 ; vol. 6 : 4 gen.-16 décembre 1930 ; vol. 7 : 5 gen. 1931-12 juin 1933 ; vol. 8 : 11 gen. 1934-14 décembre 1937 ; vol. 9 : 19 dic. 1939-3 mars 1947. 1866-1947, bb. 8. 1929-1947, regg. 2. 1929-1931, reg. 1. 1875-1948, regg. 4. 1871-1929, rub. 1. 1866-1888, regg. 2. 1898-1947, reg. 1. 1907-1927, regg. 2.

Gagliardo¹¹, en référence aux faits commis pendant son ministère, en raison de l'absence de poursuites judiciaires à l'encontre de la Chambre des députés. En 1908, la Chambre demanda à la Haute Cour du Sénat de poursuivre l'ancien Ministre de l'Éducation Nunzio Nasi¹², avec l'autorisation de l'arrêter. Le dossier du procès nous apprend que la Haute Cour de Justice, par une sentence du 24 février 1908, avait déclaré Nunzio Nasi¹³ coupable du délit de péculation continue avec dommages légers et circonstances atténuantes, et l'avait condamné à une peine de prison de onze mois et vingt jours, à une amende de 292 liras, et à une interdiction d'exercer des fonctions publiques pour une durée de quatre ans et deux mois ; Nunzio Nasi fut également condamné à payer des dommages et intérêts. Les documents ne furent envoyés par la Haute Cour de Justice à l'autorité judiciaire ordinaire que pour couvrir les frais, et pour la confiscation et la restitution des objets et documents saisis.

5. *Perspectives d'évolution*

À partir de cette brève description des outils procéduraux pour l'exercice de la justice en politique, il est possible d'émettre une hypothèse sur des considérations plus générales. Ce besoin de prudence qui se fait sentir dans la poursuite des crimes ministériels peut être considéré comme acquis. Cette prudence est requise par la nature même de la délicate fonction de gouvernement d'un État. La nécessité d'éviter une politisation au sens strict de l'activité judiciaire et celle de garantir à tous les citoyens le respect des principes fondamentaux de la Constitution italienne et l'inégradabilité des droits inaliénables de la personne, sans distinctions, sont toutes deux à prendre en compte.

La délicate particularité des crimes ministériels nécessite également des

¹¹ Dans les Archives Historiques du Sénat de la République italienne : Haute Cour de Justice – *Décisions 1867-1900*, vol. 1 – décisions nn. 1-69 : procédure contre le Sén. Gagliardo Lazzaro – enveloppe 62 – reg. des plaintes 50 – dated'arrivée 1898 – décision ord. n. 49 del 1898 – faux en acte public (art. 275 code pénal).

¹² Dans les Archives Historiques du Sénat de la République italienne : Haute Cour de Justice – *Décisions 1901-1911*, vol. 2 – décision nn. 70-135 : procédure contre le Sén. NasiNunzio et Lombardo Ignazio – enveloppes 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 105bis – reg. des plaintes 80bis – année d'arrivée 1907 – décision n. 108/1908.

¹³ G. ARANGIO-RUIZ, *Le ultime proposte di riforma del Senato italiano*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche* – 6 (1888), vol. I, 369-376.

mesures procédurales spéciales, et ce dès le niveau législatif de leur conception.

Plus nous remontons dans le temps, plus les sources législatives nous montrent que les réponses procédurales tendaient à créer des organes particuliers dans une sorte d'*autodichia* spéciale, donc dans une justice autonome et spéciale. Cette tendance institutionnelle se constate par ailleurs dans la constitution de la Haute Cour de Justice au sein du Sénat du Royaume lorsque le Statut Albertin était encore en vigueur. Avec la création d'organes spéciaux, et pas seulement d'organes spécialisés, mais aussi internes au monde politique, on encourrait un risque d'absolutisation de la logique autoréférentielle de l'*autodichia* pénale allant à l'encontre du besoin d'égalité devant la loi. Les résultats de cette *autodichia* pénale et spéciale pouvaient s'avérer favorables ou défavorables aux ministres en fonction des courants dominants au sein du Sénat constitué à la Haute Cour de Justice.

Plus tard, au milieu du vingtième siècle, avec l'avènement en Italie du constitutionnalisme républicain, des tentatives furent faites pour donner des réponses plus sûres aux ministres jugés. Dans le même temps, on essaya de mettre en place un système respectant le contenu fondamental du principe d'égalité devant la loi. La tendance majoritaire actuelle en matière de recours concernant la procédure de constatation et de poursuite des crimes ministériels consiste à trouver des réponses précises, capables de se détacher de la logique autoréférentielle de la spécialité absolue.

De nos jours, pour les crimes commis par les ministres, une solution de spécialité minimale s'impose, propre à conjuguer le respect de la séparation des pouvoirs de l'État avec le pivot juridique de l'égalité des citoyens dans le procès pénal.

Clément Chevereau

Apport d'une recherche doctorale à la controverse historiographique contemporaine sur les origines de la justice administrative

SOMMAIRE : 1. L'existence d'un régime juridique propre à l'administration – 2. L'impossible théorisation de la justice administrative.

« Pour comprendre une institution quelle qu'elle soit, il faut avant tout en considérer l'origine et le développement historique [...] la justice administrative a donc une histoire, et nous devons l'étudier »¹.

Il est des sujets délicats et des questions lancinantes. Suscitant moins l'intérêt des historiens du droit qu'il y a trente ans auparavant, celle de l'origine d'un droit administratif est néanmoins toujours inscrite à l'agenda de la recherche scientifique. Si l'histoire est « une suite de mensonges sur lesquels on est d'accord »², celle de la justice administrative française divise, tout au contraire. Un point d'accord est toutefois trouvé chez les historiens du droit administratif : la célèbre décision Blanco rendue par le Tribunal des conflits le 8 février 1873 ne constitue en rien l'acte de naissance du droit administratif. C'est pourtant ce qu'enseigne la plupart des administrativistes positivistes du XX^e siècle dans leur cours de droit administratif au moment où son enseignement se généralise dans les universités de province³. Pour les historiens de ce droit, l'arrêt Blanco n'est finalement que la stricte application de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire⁴. Pour certains, elle constitue même la source unique d'un droit administratif⁵.

¹ R. DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, 1862, IV s.

² Bonaparte aurait prononcé ces mots après la bataille de Waterloo, le 18 juin 1815.

³ G. BIGOT, *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875*, in *RFDA*, 2003, n° 2, 218 ss.

⁴ Voir dans ce sens F. BURDEAU, *Naissance d'un droit*, in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, édité par C. BONTEMS, Paris, PUF, 1999, 521 ss.

⁵ Par exemple, voir dans ce sens G. BIGOT, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, in

En fait, le célèbre arrêt indiquerait simplement que le service public est un critère d'application du droit administratif⁶. Rien de plus, rien de moins. Quoi qu'il en soit, le droit administratif semble être le produit d'une longue histoire qui remonte bien en deçà de la Troisième République. Et c'est ici à l'historien du droit qu'il revient d'éclairer le halo de mystères qui entoure ses origines⁷ et l'édification d'une justice administrative à partir d'une réalité juridique et politique.

Dès le XIX^e siècle, la justice administrative devient un champ d'études attrayant et son droit fait déjà l'objet d'endoscopies⁸. À la fin du XX^e siècle, ce sont les travaux de Jean-Louis Mestre qui sont pionniers en la matière, celui-ci regrettant que seule l'histoire de chacune des principales branches du droit privé français ait fait l'objet d'études de synthèse⁹. Ainsi souvent présenté comme l'un des premiers fossoyeurs des mythes du droit administratif, son ouvrage de référence (*Introduction historique au droit administratif français*¹⁰) montre que la justice administrative puise ses racines dans l'Ancien Régime. Pour cause, l'époque moderne développe et encadre les prérogatives de puissance publique du roi dont il use pour rendre la justice. Car c'est bien là une affirmation irréfutable que « si Dieu, la foi et la religion sont le fondement de « l'État politique », tout le système juridique est fondé sur la justice, la mission divine par excellence »¹¹. En effet, dès l'origine, la monarchie française s'établit entièrement sur la justice, première dette du prince. Sa souveraineté tout entière est fondée sur cette mission¹² et toute son activité repose sur le concept de la *jurisdictio*, le pouvoir de rendre

RFDA, 2000, n° 3, 527 ss.

⁶ « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Cf. Trib. Confl., 8 février 1873, n° 00012, *Blanco*, Rec. Leb., 61, concl. E. DAVID, D., 1873, n° 3, 20 s. GAJA, 18^e éd., n° 1, 2011.

⁷ F. BURDEAU, *La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ?*, in *Clés pour comprendre le siècle*, Paris, 2000, 417 ss.

⁸ Sur ce point, voir notamment A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, 1856 ; DARESTE, *La justice administrative en France*, cit.

⁹ J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, 1 s.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ S. SOLEIL, *La formación del derecho frances como model juridico*, in *Revista de Estudios Historico-Juridico*, 2006, 387ss.

¹² Sur ce point, voir notamment : J. KRYNEN, *L'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, t. I, Paris, 2009.

la justice et celui d'établir des normes pour faire régner l'ordre et l'équité¹³. Le prince est ainsi le justicier suprême, principe pluriséculaire, intangible et immuable de la monarchie française¹⁴. Plus simplement et sans ambiguïté, la justice désigne d'abord une vertu « liée à la piété et à la religion »¹⁵, avant d'être ensuite largement employée pour définir l'action royale. Dans ce cadre, Mestre voit directement dans les XVII^e et XVIII^e siècles l'émergence et le développement d'une justice particulière dédiée à l'encadrement de la puissance publique, dont l'autonomie n'a toutefois pas été reconnue formellement par les juristes¹⁶.

Aux antipodes de cette thèse selon laquelle l'origine du droit administratif gît dans l'Ancien Régime – à laquelle se rallient, parfois avec quelques réserves, plusieurs historiens du droit¹⁷ – François Burdeau se présente comme un antagoniste et propose une autre analyse : selon lui, le XVIII^e siècle ne constitue pas le point de départ du droit administratif. Dans son *Histoire du droit administratif*¹⁸, Burdeau affirme catégoriquement que le droit administratif ne peut effectivement naître qu'à partir de la Révolution. Cette thèse de l'inexistence d'un droit administratif et de sa justice avant 1789 est très tôt relayée et corroborée par Grégoire Bigot dans son *Introduction au droit administratif français depuis 1789*¹⁹. Celui-ci démontre que la justice administrative ne peut réellement éclore avant la conception d'une séparation des autorités. Sans une telle séparation, pas de justice administrative : « L'absence de séparation conceptuelle entre la justice et l'administration empêche la séparation fonctionnelle nécessaire à la naissance

¹³ J.-L. MESTRE, *Administration, justice et droit administratif*, in *Annales historiques de la Révolution française, La Révolution et le Droit*, 2002, n° 328, 1 s.

¹⁴ F. MONNIER, *La naissance du contentieux administratif moderne*, in *RA*, 1995, n° 286, 348 s.

¹⁵ M. REULOS, *La notion de justice et l'activité administrative du roi en France (XV^e-XVII^e siècle)*, in *Histoire comparée de l'administration (IV^e-XVIII^e siècles)*, édité par W. PARAVICINI E K.-F. WERNER, Zurich, 1980, 33 s.

¹⁶ G. LE BRAS, *Les origines canoniques du Droit Administratif*, in *L'évolution du Droit Public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, 1956, 395 ss. Dans son article, l'auteur constate que presque tous les chapitres d'un « traité de droit administratif » sont esquissés.

¹⁷ Dans ce sens, voir notamment F. MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Thèse, Droit, Paris, 1984 ; J.-L. HAROUËL, *L'embellissement des villes : l'urbanisme français au XVIII^e siècle*, Thèse, Droit, Paris, 1993 ; K. WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Thèse, Droit, Paris, 2001 ; A.-N. CONDETTE-MARCANT, *Bâtir une généralité, le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au XVIII^e siècle*, Thèse, Droit, Paris, 2001.

¹⁸ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, 1995, 32 s.

¹⁹ G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, 2002, 25 s.

du droit administratif dans toute sa spécificité »²⁰. Suivre ce raisonnement, c'est affirmer que seule la loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire permet le surgissement de la juridiction administrative et plus largement du droit administratif. Mais cette thèse n'apparaît-elle pas réductrice ? N'était-ce pas faire débiter le droit administratif seulement à partir de ses critères actuels ? Le cas échéant, « si l'on ne peut faire débiter l'histoire d'une discipline juridique qu'à partir du moment où elle prend strictement les traits qu'on lui connaît dans le présent, l'histoire du droit n'a pas de sens »²¹. Sur ce point, Benoît Plessix se veut donc plus prudent et n'exclut en rien la possibilité qu'un ancien droit administratif soit né sous la monarchie absolue sans qu'il ressemble tout à fait à notre droit administratif contemporain²².

En tout état de cause, cette querelle doctrinale ne saurait se réduire à une seule logique d'affrontement. En effet, il ne s'agit pas de figer le débat mais plutôt de l'enrichir par l'apport d'éléments substantiels en faveur de l'une et/ou de l'autre thèse. En cela, le Poitou du XVIII^e siècle dont Poitiers est le chef-lieu, nous paraît être un théâtre d'observation idéal. Composé de trois grands ensembles territoriaux, ce pays d'élections à l'administration centralisée semble propice à l'étude du déploiement d'une justice particulière, sinon spécialisée, en matière de fiscalité. Les perceptions fiscales au sein de la province, tantôt opérées par un agent royal, tantôt prélevées par les employés de la Ferme générale, obéissent-elles à des règles propres ? Les officiers et commissaires royaux chargés de vider son contentieux reçoivent-ils une simple compétence d'attribution ou rendent-ils une véritable justice exorbitante du droit commun ? Sur ce point, le dépouillement récent des documents conservés aux archives départementales de la Vienne peut tout aussi bien étayer la première thèse que renforcer la seconde. Bien que la controverse paraisse assez rétive à la synthèse, l'objet de cette étude consiste en une présentation brève des recherches consacrées aux origines de la justice administrative²³ en y associant, lorsque cela s'y prête, quelques exemples issus des archives de l'ancienne province de Poitou. Pour y parvenir, mieux vaut toutefois adopter une attitude circonspecte afin de ne pas raviver le débat ni apporter une solution qui trancherait définitivement la question la

²⁰ *Ibid.*

²¹ B. PLESSIX, *Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français*, in *Droits*, t. 2, 2003, n° 38, 114 s.

²² *Ibid.*, 115 s.

²³ Une synthèse de cette controverse a déjà été réalisée, voir S. SOLEIL, *Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de découvertes*, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, édité par G. BIGOT et M. BOUVET, Paris, 2006, 3 ss.

question insondable. Cette controverse avant tout épistémologique donne lieu à une dialectique rigoureuse qui conduit naturellement à s'intéresser à la fois à l'argumentation des antagonistes et aux fondements de leurs opinions respectives. Cette divergence de points de vue donne ainsi lieu à deux approches antithétiques de la justice administrative. Nous pensons la première pragmatique : elle consiste à fonder l'apparition d'une justice administrative par l'organisation empirique d'un contentieux administratif autonome avant la césure révolutionnaire (I) ; la seconde nous semble plutôt dogmatique : elle réfute catégoriquement l'admission d'une justice administrative avant l'avènement d'une véritable séparation des autorités judiciaire et administrative (II).

1. *L'existence d'un régime juridique propre à l'administration*

Un régime propre à l'administration peut être aisément démontré en s'appuyant principalement sur des monographies et des documents d'archive. C'est du moins le parti pris de Jean-Louis Mestre qui consacre sa thèse de doctorat à la problématique du droit administratif provençal²⁴. Plus précisément, son raisonnement repose sur la pratique des institutions et juridictions de l'Ancien Régime²⁵. Selon cette approche, la justice administrative est constituée dès l'identification d'un contentieux administratif autonome par rapport au contentieux de droit commun fondée sur la distinction des intérêts en lutte (A). S'ensuit alors son traitement juridictionnel par un juge spécifique : l'administration (B).

a) *La spécificité du contentieux de l'administration*

Très tôt, la particularité du contentieux de l'administration procèderait essentiellement de la distinction entre les intérêts particuliers et ceux du roi, puis de l'État. Si l'opposition romaine entre l'*utilitas publica* et les intérêts privés se trouve revivifiée au Moyen Âge, elle revêt une grande importance dans l'étude des origines du contentieux administratif²⁶ sous l'Ancien Régime puisqu'elle constitue un aspect de sa singularité. Ainsi, la

²⁴ J.-L. MESTRE, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Thèse, Droit, Paris, 1976, 21 s.

²⁵ Dans le même sens, voir notamment P. LEGENDRE, *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France*, in *RHD*, 1974, 696 ss.

²⁶ WEIDENFELD, *Les origines médiévales*, cit., 30 s.

qualification d'un contentieux dit « administratif » semble répondre à deux conditions cumulatives. D'abord, le contentieux repose invariablement sur la violation d'un droit ; ensuite, il faut nécessairement que la violation de ce droit résulte d'un acte administratif, c'est-à-dire d'un acte pris par l'administration dont la finalité est de servir l'utilité publique. Tels sont les premiers critères de l'émergence d'un contentieux administratif né de l'exercice de prérogatives publiques²⁷. Ainsi, selon la formule utilisée par Mestre, un litige d'« ordre administratif » tient au fait qu'il confronte l'intérêt privé à l'utilité publique en opposant symétriquement le particulier à l'administration²⁸. Mais pour cela, encore faut-il qu'au XVIII^e siècle, une administration publique²⁹ dotée d'une véritable fonction administrative, ou *a minima* d'une action administrative, existe réellement. Où l'apercevoir ? Dans son fameux *Traité du contentieux de l'administration*, Dareste affirme qu'une fonction administrative dont la finalité est de concourir à l'utilité publique, fait naître un contentieux particulier mettant aux prises les administrations et les particuliers et conduit, *de facto*, à reconnaître une autonomie du droit administratif par rapport au droit privé³⁰. Dareste voit la conceptualisation de l'administration dans la police, cette activité qui ne consisterait ni à légiférer, ni à juger. Et en effet déjà deux siècles plus tôt, dans son illustre *Traité de la Police* – que certains identifient à un ouvrage de droit administratif³¹ – Nicolas Delamare affirmait déjà que la fonction administrative dont le but est de servir l'intérêt général serait en germe dans l'activité de police. Équivoque³², cette notion désignerait la fonction d'exécution des lois. Delamare (commissaire au Châtelet de 1673 à 1710) s'interroge sur la nature de sa nouvelle charge et en déduit que l'une de ses fonctions a trait aux affaires des particuliers tandis que l'autre concerne plutôt le service du roi et du bien public³³. Un pouvoir administratif

²⁷ É. ARTUR, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer*, Paris, 1905, 41 s.

²⁸ MESTRE, *Introduction historique*, cit., 182 s.

²⁹ Pour une histoire générale de l'administration, voir notamment Y.-F. THOMAS, *Histoire de l'administration*, Paris, 1995 ; F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, Paris, 1989 ; G.-J., GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Thèse, Droit, Paris, 1991 ; G. THUILLIER, J. TULARD, *L'histoire de l'administration du dix-neuvième siècle depuis dix ans. Bilan et perspectives*, in *RH*, t. CCLVIII, 1977, 441 s.

³⁰ DARESTE, *La justice administrative en France*, cit., 688 s.

³¹ Par exemple : PLESSIX, *Nicolas Delamare*, cit., 116 s.

³² A. RIGAUDIERE, *Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen Âge*, in *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, Frankfurt-am-Main, 1996, 97 ss.

³³ N. DYONET, *Nicolas Delamare théoricien de la police*, Paris, 2017, 207 s.

se manifesterait dans la police qui renfermerait elle-même la protection de l'intérêt public. Dans le Poitou moderne, la visibilité d'une telle administration semble permise par le développement d'une correspondance « administrative » abondante entre le pouvoir royal et les autorités locales. Plusieurs documents relatent l'investissement d'une fonction administrative par l'intendant de la généralité. C'est par exemple à ce dernier que revient la charge de répartir la taille et ses impositions accessoires évaluée à 33278 livres entre les 53 paroisses de l'élection de Châtellerault, pour l'année 1785³⁴. Dans le même sens, il lui revient de procéder à la répartition de la capitation dans la province, selon l'article 2 de la *Déclaration du roi pour l'établissement de la capitation générale du 12 mars 1701*³⁵. Plus saillant encore est l'exemple dans lequel le contrôleur général des Finances demande à l'intendant poitevin Marillac son avis sur le brevet de la taille³⁶, attestant ainsi formellement de la fonction « administrative » exercée par ce dernier. La justice administrative moderne aurait donc pour mission de résoudre les litiges nés de l'action des administrateurs en veillant à l'équilibre entre l'impératif de l'intérêt public et la satisfaction des intérêts privés. De façon très claire, Katia Weidenfeld définit le contentieux de l'administration comme « l'ensemble des différends opposant deux parties et portés – sur l'initiative d'un particulier, d'une communauté ecclésiastique, d'un seigneur, d'une ville ou du procureur du roi – devant une juridiction pour qu'elle se prononce sur le bien-fondé d'une décision administrative, d'un acte accompli au nom de l'administration ou contre l'administration »³⁷. Autrement dit, la conscience de règles particulières applicables aux agents de l'État se révèle autour de la supériorité de l'intérêt public sur l'intérêt privé qui rend « exorbitant » sinon spécifique, le contentieux de l'administration. Mais dans quels domaines se manifeste-t-il ?

³⁴ AD.Vienne, C41, État de la répartition des impositions à la taille entre les paroisses de l'élection de Châtellerault par l'intendant de Poitiers pour l'année 1785, fait et arrêté à Poitiers, le 10 août 1784.

³⁵ AD. Vienne, C41, État de la répartition de la capitation entre les villes, bourgs et paroisses de l'élection de Poitiers, de la somme de 266316 livres 18 sols et six deniers pour la capitation qui doit être payée l'année prochaine 1785, par les habitants taillables desdites villes, bourgs et paroisses, en exécution des déclarations du roi des 12 mars 1701 et 6 juillet 1715, fait et arrêté à Poitiers, le 9 août 1784.

³⁶ AN. G⁷449, Lettre de Marillac au contrôleur général des Finances, s. d. n. l. : « Monsieur, j'ay trouvé ici en arrivant du pays de Rochecouart, le brevet pour les tailles et l'ordre que vous me donné de vous rendre compte de mon avis sur le regalement qui doit estre fait sur chacune des Elections de cette generalité, dans la fin de ce mois. Je ne manquerai pas d'y satisfaire ponctuellement ».

³⁷ WEIDENFELD, *Les origines médiévales*, cit., 13 s.

Divers travaux ont permis de déceler les domaines de la genèse du contentieux administratif, secteurs dans lesquels l'intérêt public peut être mis en cause³⁸ – bien que ses contours soient encore incertains³⁹. C'est d'abord le domaine de la fiscalité qui surgit naturellement. En effet, le contentieux fiscal est l'un des aspects les plus saillants de la spécificité du contentieux administratif puisque le roi y possède un privilège de juridiction⁴⁰ ayant un intérêt direct qui coïncide avec l'intérêt public⁴¹. C'est logiquement au nom du bon recouvrement de l'impôt que les règles qui régissent son contentieux tendent à faire prévaloir l'intérêt de l'État sur celui du particulier⁴². En cette matière, les archives départementales de la Vienne regorgent d'exemples de contentieux fiscal. C'est par exemple le cas des trésoriers de France de Poitiers qui demandent à l'intendant d'être affranchis de la capitation en vertu d'un privilège d'exemption de « tout impost public »⁴³ ou de M. Dasnière qui conteste auprès de celui-ci le montant de son imposition pour cause de double emploi⁴⁴. Ce sont ensuite les litiges ayant trait à l'exécution de travaux publics qui entrent dans le champ du contentieux administratif. En effet, les marchés publics apparaissent comme des contrats par lesquels le roi charge un particulier de réaliser, moyennant paiement les travaux d'aménagement ou de construction qu'exige l'intérêt commun qu'ils servent. Ils participent donc pleinement à l'utilité publique. Ce contentieux comprend tant les litiges concernant les voies publiques que ceux entre l'administration et les entrepreneurs concessionnaires⁴⁵. Enfin, le contentieux de l'administration englobe naturellement le contentieux de la

³⁸ Sur ce point, voir notamment C. GLINEUR, *Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Thèse, Droit, Orléans, 2005 ; S. ÉVRARD, *L'intendant de Bourgogne et le contentieux administratif au XVIII^e siècle*, Thèse, Droit, Paris, 2005.

³⁹ K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, 2010, 30 s.

⁴⁰ « Comme le dit clairement un avocat au Parlement de Paris en 1434, le prince « a la charge des faits et de la chose publique, et est bien convenable qu'il soit plus privilégié que les autres ». Cf. WEIDENFELD, *Les origines médiévales*, cit., 251 s.

⁴¹ *Ibid.*, 63.

⁴² Pour une étude générale du contentieux fiscal moderne, voir notamment J. PIGEON, *L'intendant de Rouen juge du contentieux fiscal au XVIII^e siècle*, Thèse, Droit, Mont-Saint-Aignan, 2011.

⁴³ AD.Vienne, C3, Lettre d'Ormesson adressée à l'intendant de la généralité de Poitiers, s. d. n. l.

⁴⁴ AD.Vienne, C4, Requête présentée à l'intendant du Poitou par M. Dasnière tendant à une décharge de sa capitation, à Poitiers, le 4 juin 1749.

⁴⁵ Pour une étude générale du droit des travaux publics, voir notamment A.-S. CONDETTE-MARCANT, *Bâtir une généralité*, cit.

police⁴⁶ et en particulier celui de l'expropriation⁴⁷, ordonnée dès le Moyen Âge⁴⁸ « sous couvert de la notion d'utilité publique »⁴⁹.

Ainsi selon Mestre, tous ces litiges d'« ordre administratif » incarnent les manifestations initiales de la perception d'un contentieux propre à l'administration. Encore faut-il que son contentieux connaisse une dévolution particulière. Or, dès l'Ancien Régime, celui-ci semble réservé à la connaissance de l'administration elle-même. En effet, en février 1641, sous l'impulsion du Cardinal de Richelieu, Louis XIII rend le fameux édit de Saint-Germain-en-Laye dans lequel est écrit : « Déclarons que notre dite Cour de parlement de Paris et toutes nos autres Cours, n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non seulement de prendre, à l'avenir connaissance d'aucunes affaires semblables à celles qui peuvent concerner l'état, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule et de nos successeurs rois si ce n'est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres-patentes »⁵⁰. S'il n'est pas possible de voir dans cet extrait la première séparation de la justice et de l'administration à proprement parler, à tout le moins, est-il possible d'y voir sa préfiguration⁵¹ ? Ainsi, l'ancien droit crée la justice administrative en ce sens où la solution des litiges dans lesquels se rencontre un intérêt public, ne relève pas du domaine de la justice mais bien de celui de l'administration⁵². Et parce que le régime juridique de l'administration ne saurait être celui du droit commun, le contentieux né de son action doit lui être dévolu.

⁴⁶ Il faut entendre par contentieux de police, essentiellement les litiges liés à l'ordre public et à la police économique et sociale.

⁴⁷ Pour une étude générale de l'expropriation, voir notamment : J.-L. HAROUEL, *Aux origines du droit français de l'expropriation, utilité publique et juste indemnisation avant la Révolution*, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, 759s ; J.-L. MESTRE, *L'expropriation face à la propriété*, in *Droits*, 1985, n° 1, 51 s.

⁴⁸ J.-L. MESTRE, *Les origines seigneuriales de l'expropriation*, in *Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays anciens de droit écrit*, fascicule XI, 1990, 71 s.

⁴⁹ A.-S. CONDETTE-MARCANT, *Le contentieux administratif au XVIII^e siècle : entre pratique et réglementation d'État*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands traités de procédure en Europe*, édité par S. SOLEIL e J. HAUTEBERT, Paris, t. 1, 2007, 184 s.

⁵⁰ *Recueil Isambert*, t. XVI, n° 342, 533 ss. : « Édit qui défend aux parlemens et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'état et d'administration, et qui supprime plusieurs charges de conseillers au parlement de Paris ».

⁵¹ Dans ce sens, voir notamment : F.-P. BENOIT, *Les fondements de la justice administrative*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, Paris, 1974, 283 ss. ; MONNIER, *Les marchés de travaux publics*, cit.

⁵² MONNIER, *La naissance du contentieux administratif*, cit., 349 s.

b) *La juridictionnalisation du contentieux de l'administration*

Le but poursuivi par la justice administrative étant de faire prévaloir l'intérêt de l'État sur celui des particuliers au nom de l'utilité publique, elle est d'abord une marque de la justice retenue⁵³. Dans son célèbre traité *De la Souveraineté du Roy*, Cardin Le Bret affirme déjà que le roi se réserve la connaissance des affaires litigieuses touchant l'État en la déléguant à des commissaires⁵⁴ : les intendants⁵⁵. Dans le Poitou, cette juridiction administrative moderne est incarnée par l'intendant de la province en première instance et le Conseil du roi en appel. Manifestation de la centralisation administrative, la prolifération des agents du roi⁵⁶ participerait pleinement du passage de la gestion judiciaire du royaume à sa gestion administrative au XVIII^e siècle⁵⁷. Et en effet, très tôt, l'essentiel des activités judiciaires de l'intendant consiste à traiter le contentieux administratif au point d'être considéré par une partie de la doctrine comme un véritable « juge administratif »⁵⁸. Les sources de ses attributions contentieuses sont multiples, au premier rang desquelles figure sa lettre de commission. C'est en effet cette dernière qui investit l'intendant poitevin Montholon d'un pouvoir juridictionnel certain⁵⁹. Toutefois, les ordonnances royales, les édits bursaux et les arrêts du Conseil sont nombreux à fonder la compétence juridictionnelle du commissaire royal en matière de contentieux administratif. Tel est par exemple le cas de la déclaration royale du 13 avril 1761, dont

⁵³ J. APPLETON, *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, in *RGD*, janvier-février 1898, n° 22, 307 s.

⁵⁴ C. LE BRET, *De la Souveraineté du Roy*, cf. Livre II, chapitre I.

⁵⁵ Une littérature abondante est consacrée aux intendants, voir notamment F.-X. EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : l'intendance, du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle (France, Espagne, Amérique)*, Aix-en-Provence, Université de Provence, 1981 ; P. ARDASCHEFF, *Les intendants de province à la fin de l'ancien régime. Résumé de l'ouvrage en russe de Paul Ardascheff*, in *RHMC*, 1903, n° 1, 5 ss.

⁵⁶ Sur l'évolution de la fonction publique moderne, voir notamment R. MOUSNIER, *La fonction publique en France du début du seizième siècle à la fin du dix-huitième siècle. Des officiers aux commissaires puis aux commis, puis aux fonctionnaires*, in *RH*, t. 261, 1979, 321 ss. ; L. MANNORI, *Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration*, in *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, édité par M. PERTUÉ, Orléans, 1998, 247 ss.

⁵⁷ M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Paris-Genève, 1970.

⁵⁸ Dans ce sens, voir notamment : E.-P. LUCE, *Un grand ancêtre du juge administratif : l'Intendant Tourny*, in *Semaine juridique*, 1966, I, 1970 ss.

⁵⁹ A. BARBIER, *Les intendants de province et les commissaires royaux en Poitou de Henri III à Louis XIV*, in *Bulletin et Mémoires de la Société des Antiquaires de l'Ouest*, 2^e série, t. 26, 1902, 579 ss.

une copie était minutieusement conservée à l'intendance du Poitou, qui prévoit que « les demandes en décharge ou modération [d'imposition], qui [s]eroient fondées [s]ur des pertes ou événements [s]urvenus depuis la confection du rôle, pour rai[s]on de[s]quelles demandes on ne pourra [s]e pourvoir que par-devant les [s]ieurs Intendants & Commiffaires départis »⁶⁰. Enfin, certains arrêts du Conseil prévoient expressément que « toutes les contestations qui pourront survenir sur l'exécution du présent arrêt, circonstances et dépendances, seront portées devant l'intendant, pour être jugées par lui, sauf appel au Conseil »⁶¹. D'ailleurs, le gouvernement n'hésite pas à rappeler à l'agent royal la compétence dont il se trouve investi. Saisi par l'intendant du Poitou à propos de la requête d'un particulier tendant à la décharge de son imposition, le Conseil répond ainsi : « il n'y a que vous qui puissi[ez] y faire quelques changements par ce qu'en vous seul réside le pouvoir que le Roy vous a confié d'accorder des décharges et des modérations »⁶². De façon générale, le règlement du Conseil du 28 juin 1738 précise que la répartition des impositions et les autres objets d'administration qui sont confiés à l'intendant, suscitent des difficultés qu'il règle sommairement par la voie des ordonnances⁶³. En ce sens, l'arrêt rendu par le Conseil du roi le 29 décembre 1741 ordonne qu'en cas d'opposition aux rôles arrêtés pour la levée du dixième, les opposants se pourvoiront par-devant les intendants et les commissaires départis dans les provinces et qu'il ne sera fait droit sur lesdites oppositions qu'autant que les opposants justifieront du paiement de la moitié des quartiers échus avant la présentation de leurs Requêtes⁶⁴. À l'évidence, l'intendant dispose d'un pouvoir de juridiction dans le sens où il acquiert l'autorité nécessaire pour résoudre les litiges d'ordre administratif⁶⁵. Et c'est justement dans l'exercice de cette justice particulière, qu'une procédure administrative contentieuse empirique créée par l'administrateur-juge, émerge. En fait, la procédure et son exorbitance sont un enjeu de la construction d'un droit spécifique. L'ensemble des usages suivis par le commissaire départi, « toléré

⁶⁰ AD.Vienne, C782, *Déclaration du roi, portant règlement pour l'imposition, la levée et le recouvrement de la taille et des autres impositions accessoires...*, donnée à Versailles, le 13 avril 1761.

⁶¹ F. OLIVIER-MARTIN, *L'administration provinciale à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, 1997.

⁶² AD.Vienne, C3, Lettre du contrôleur général des Finances à l'intendant Blossac, à Versailles, le 10 mars 1764.

⁶³ Cf. *Recueil Isambert*, t. 22, 42 ss.

⁶⁴ AD. Vienne, C3, Arrêt du Conseil d'État du roi du 26 décembre 1741. La signature de l'intendant Le Nain au bas de l'arrêt, le 25 janvier 1742, le rend exécutoire dans toute la généralité de Poitiers.

⁶⁵ SOLEIL, *Administration, justice, justice administrative avant 1789*, cit., 11 s.

par le pouvoir royal, répété et reconnu impératif par l'intendant »⁶⁶ constitue une source évidente du droit administratif. Sur ce point, les archives du Poitou soulignent parfaitement l'originalité de la procédure administrative née en réaction aux inconvénients que présente celle de droit commun. Dans une lettre du mois de janvier 1735 adressée à l'intendant Blossac, le gouvernement royal souligne l'inadaptation de la justice ordinaire au contentieux fiscal. Plus précisément, le contrôleur général des finances écrit que le procès du Sieur Piémont, trésorier particulier des Ponts et Chaussées, aurait été instruit depuis longtemps si l'intendant poitevin avait été « en état de mettre la dernière main à cette procédure »⁶⁷. La procédure suivie devant le juge ordinaire demeure trop lente, lourde, coûteuse pour le particulier et nuit à l'utilité publique. Il en résulte que la supériorité de l'intérêt public sur les intérêts privés justifie une procédure particulière, distincte du droit privé⁶⁸. Celle-ci demeure écrite, sommaire, quasi-gratuite pour le requérant⁶⁹. Surtout, le respect du principe du contradictoire, une des caractéristiques de la procédure, ressort dans de nombreux documents d'archive. Pour ne citer qu'un seul exemple, lorsque les habitants des Sables assignent Madame Demonbail pour le non-paiement de sa taille portant sur la métairie qu'elle exploite, l'intendant inscrit en marge de la requête une apostille appelée ordonnance de soit-communicé, qui prévoit que « les parties feront preuve respective de leur dits faits par devant le sieur Dupont notre [subdélégué] »⁷⁰.

Le Conseil du roi se veut compétent pour se prononcer sur l'appel d'un contentieux administratif : « Enjoint Sa Majesté aux sieurs intendants et commissaires départis dans ses provinces à l'exécution du présent arrêt : attribuant à cet effet auxdits sieurs commissaires départis dans les différentes généralités, toute cour et juridiction, sauf l'appel au Conseil »⁷¹. Organe suprême de gouvernement, d'administration et de justice, il est naturel que le Conseil se prononce sur l'appel des ordonnances rendues par l'intendant du Poitou en première instance. En son sein,

⁶⁶ GLINEUR, *Genèse d'un droit administratif*, cit., 13 s.

⁶⁷ AD.Vienne, C3, Lettre du contrôleur général Orry à l'intendant Blossac, à Paris, le 15 janvier 1735.

⁶⁸ Toutefois, la procédure contentieuse administrative est d'inspiration judiciaire. Cf. CONDETTE-MARCANT, *Le contentieux administratif*, cit., 186 s.

⁶⁹ La justice de l'intendant n'exige pas du justiciable le paiement d'épices nécessaires à la rémunération des juges ordinaires et du personnel de leur juridiction. Cf. J. MASSOT, *La continuité de la procédure contentieuse administrative*, in *BEC, numéro spécial, Rémanences du droit d'Ancien Régime dans la France contemporaine*, t.156, 1998, 79 ss.

⁷⁰ AD.Vienne, C4, Requête des habitants des Sables présentée à Moreau de Beaumont en septembre 1749.

⁷¹ CONDETTE-MARCANT, *Le contentieux administratif*, cit., 188 s.

plusieurs formations de jugement spécialisées sont appelées à connaître du contentieux administratif. Tel est principalement la mission du Conseil Royal des Finances. Ainsi de manière pragmatique, ledit Conseil procède à un nouvel examen de l'affaire au fond et se trouve à l'origine d'un bon nombre de garanties procédurales qui sont encore aujourd'hui respectées par nos juridictions administratives⁷². Le célèbre règlement du Conseil du 28 juin 1738, codifie la procédure à suivre devant lui⁷³. Certaines de ses spécificités ont d'ailleurs été soulignées par Mestre et plus récemment par Anne-Sophie Condette-Marcant⁷⁴. Par exemple, l'effet non suspensif de l'appel d'une ordonnance rendue par l'intendant est l'une des singularités palpables du contentieux fiscal. Le bon recouvrement de l'impôt rend obligatoire l'exécution de l'ordonnance rendue par l'intendant et le paiement d'une partie de l'imposition qui est contestée. Le règlement de juin 1738 complète ainsi l'embryon procédural développé par les intendants avec la volonté de judiciariser le contentieux administratif. Par ailleurs, le Conseil est parfois compétent en premier et dernier ressort, notamment pour les litiges qui concernent l'affermage des impôts indirects ou les offices royaux⁷⁵. C'est aussi au Conseil du roi que revient la cassation des arrêts rendus par les cours souveraines, voie de recours élaborée au XVII^e siècle. La haute juridiction peut également évoquer à elle toute instance pendante devant le juge ordinaire soit pour juger l'affaire elle-même, soit pour la renvoyer devant le tribunal de l'intendant. C'est le principe de l'évocation. On en trouve un exemple dans un arrêt du 20 octobre 1780, dans lequel le Conseil d'État du roi déclare nulle une assignation donnée au Châtelet de Paris par Charles Parenteau, huissier audit Châtelet et résident en la ville de Fontenay, sur le fait des Corvées, et fait défenses à toutes personnes de se pourvoir sur pareille matière par-devant tout autre juge que par-devant l'intendant du Poitou⁷⁶. Dans un autre litige opposant un contribuable poitevin à un préposé au recouvrement des vingtièmes dans l'élection

⁷² MONNIER, *La naissance du contentieux administratif*, cit., 349 s.

⁷³ M. BOULET-SAUTEL, *Recherches sur l'expédition du contentieux administratif devant le Conseil du roi à la fin de l'Ancien Régime*, in *Études et documents du Conseil d'État*, 1965-1966, 13 s.

⁷⁴ CONDETTE-MARCANT, *Le contentieux administratif*, cit., 186 s. ; MESTRE, *Introduction historique*, cit., 208 ss.

⁷⁵ J.-L. MESTRE, *Le traitement du contentieux administratif au XVIII^e siècle*, in *RA, numéro spécial : Le Conseil d'État avant le Conseil d'État*, 1999, n° 3, 84 s.

⁷⁶ AD.Vienne, C42, Arrêt du Conseil d'État du roi du 20 octobre 1780 dans lequel le Conseil « a évoqué & évoque à soi & à fon Confeil la conteftation qui fait l'objet de ladite affignation, interdifiant à tous autres Juges d'en connoître : laquelle conteftation elle a renvoyé & renvoie par-devant ledit Sieur Intendant & Commiffaire départi en la généralité de Poitiers, pour être par lui jugée, fauf l'appel au Confeil ».

de Saint-Maixent, le Conseil demande à l'intendant de lui envoyer « un projet d'arrêt pour lui attribuer la connoissance de l'affaire »⁷⁷. Enfin, le Conseil du roi statue sur les conflits de compétence en ce sens qu'il règle les conflits de juridiction entre les intendants et les juges ordinaires. Or ces conflits constituent une preuve supplémentaire de l'existence d'une justice administrative moderne⁷⁸ et de l'originalité des procès administratifs⁷⁹. Les officiers, jaloux des attributions contentieuses des intendants, provoquent de nombreux conflits d'attributions qui obligent le pouvoir royal à intervenir. Ce dernier fait là figure d'arbitre et reconnaît par-là un domaine autonome d'intervention pour l'administrateur-juge. Quand le Conseil du roi intervient, « c'est toujours que se trouve plus ou moins profondément lié à l'affaire, l'intérêt supérieur de l'État »⁸⁰. Cependant, cette approche pragmatique ne satisfait pas une autre partie de la doctrine affirmant que l'ordre juridictionnel administratif ne peut exister dans l'ancien droit, en l'absence d'une séparation stricte des autorités judiciaire et administrative.

2. *L'impossible théorisation de la justice administrative*

Par une approche plus dogmatique, les contempteurs de l'édification d'une justice administrative moderne refusent de voir son origine dans l'ancien droit. Selon eux, en vertu d'une confusion des fonctions de juger et d'administrer (A), le pouvoir administratif demeure jusqu'en 1789 dispersé entre les mains de plusieurs juridictions sur lesquelles aucun contrôle juridictionnel, autre critère d'identification d'un droit administratif, n'est véritablement exercé (B).

a) *L'irréalisable séparation de la justice et de l'administration*

Peut-il exister une juridiction administrative indépendante en tant que telle avant la séparation des autorités ? Pour une partie de la doctrine, la réponse est catégoriquement négative⁸¹. La séparation des autorités apparaît

⁷⁷ AD.Vienne, C7, Lettre d'Ormesson adressée à l'intendant de Poitiers, à Paris, le 12 juillet 1772.

⁷⁸ MESTRE, *Introduction historique*, cit., 182 ss.

⁷⁹ *Ibid.*, 197.

⁸⁰ M. BOULET-SAUTEL, *Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du roi*, in *RA*, numéro spécial : *Le Conseil d'État avant le Conseil d'État*, 1999, n° 3, 98 s.

⁸¹ Dans ce sens, voir notamment M. LEMEE, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*

donc comme une condition *sine qua non* de la justice administrative et constitue par-là, la pierre d'achoppement de l'existence d'un droit administratif avant la Révolution. À ce titre, Bigot semble discréditer l'interprétation tendancieuse qu'ont fait principalement Mestre et Monnier de l'édit de Saint-Germain-en-Laye. En effet, leur interprétation de l'acte royal semble être sujette à caution ; croire que ce dernier consacre la séparation conceptuelle de la justice et de l'administration est due à une interprétation erronée de l'édit, qu'il convient de corriger. En fait, l'acte royal ne ferait que consacrer le divorce entre la justice et la politique. Autrement dit, lorsque Louis XIII fait défense aux parlements et aux cours de justice de s'intéresser aux affaires de l'État, de l'administration et du gouvernement, il leur interdit tout simplement d'obstruer la conduite politique du royaume et de s'intéresser de façon générale, à ce qui a trait à la raison d'État⁸². Cela revient à dire qu'au XVII^e siècle, le terme « administration » doit être entendu de tous comme la « conduite des affaires d'État »⁸³, synonyme du terme « politique »⁸⁴. Quand bien même la monarchie serait devenue « administrative », l'idée d'une conceptualisation en dehors de toute idée de justice reste étrangère à l'Ancien Régime⁸⁵. Ainsi, l'ancienne administration ne se sépare pas encore de la police qui puise toujours sa légitimité dans la justice⁸⁶. Il en résulte l'impossibilité de dissocier la fonction judiciaire de la fonction administrative avant la Révolution, puisque cette dernière n'est qu'une prérogative corollaire à la première. Autrement dit, c'est parce que l'administrateur a d'abord reçu le pouvoir de juger qu'il peut détenir ensuite un pouvoir administratif. *Ipsa facto*, ce dernier procède du pouvoir judiciaire. En fait, jusqu'à la Révolution les administrateurs peuvent établir des commandements parce qu'ils rendent la justice ; la fonction administrative demeure donc bien greffée sur le tronc justicier.

Pour preuve, il n'y a qu'à observer la législation royale qui jusqu'à la Révolution dote les élus du Poitou⁸⁷ d'attributions de police considérées

(1789-1940), Thèse, Droit, Rennes, 2017 ; MANNORI, *Centralisation et fonction publique*, cit., 247 ss.

⁸² PH. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Thèse, Droit, Paris, 1997, 207 s.

⁸³ G. BIGOT, *La difficile distinction entre droit public et droit privé avant 1789 : l'exemple du droit administratif*, in *Droits*, t. 2, 2003, n° 38, 102 s.

⁸⁴ F. BURDEAU, *Naissance d'un droit*, cit., 525 s.

⁸⁵ BIGOT, *Introduction historique au droit administratif*, cit., 23 s.

⁸⁶ V.-P. NAPOLI, « Police » : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime, in *Droits*, 1994, n° 20, 183 ss.

⁸⁷ Les élus sont des magistrats pourvus d'une lettre de provision d'office leur permettant de rendre la justice ordinaire du roi dans leurs élections respectives. La généralité de

comme « administratives », tant et si bien qu'un pouvoir administratif indépendant de la justice ne peut se manifester en elle⁸⁸. Explicite est l'article 4 de la déclaration du 13 avril 1761⁸⁹ qui autorise toujours l'intervention des officiers des élections dans la confection des rôles des tailles des villes, bourgs et paroisses de Poitiers, marquant ainsi l'immixtion des juges ordinaires dans la répartition de l'impôt. Par ailleurs, la seule affirmation que les parlements rendent toujours des arrêts de règlements dans les dernières décades de l'Ancien Régime suffit à annihiler, sinon ébranler, la thèse d'une séparation des pouvoirs contenue dans l'édit de Saint-Germain. Subséquemment, il découle de tout cela que l'intendant de « justice, police, finances » est un juge-administrateur qui a reçu du roi le pouvoir de vider la majeure partie des contentieux administratifs selon une procédure contentieuse spécifique pour « raison d'État »⁹⁰. À cet égard, il crée seulement « les conditions »⁹¹ pour une spécificité du contentieux administratif mais « si l'intendant a été investi du pouvoir de résoudre les difficultés contentieuses, c'est parce que l'« administration » ne peut être érigée qu'avec juridiction »⁹². En fait, là où Mestre pense en termes d'administrateurs-juges, Bigot raisonne en juges d'attribution⁹³. Rien de plus. En raison de la nature du contentieux administratif – et des intérêts qui sont mis en cause – le pouvoir royal a la volonté de le confier à un juge spécialisé. Autrement dit, « la justice peut s'exprimer en dehors de l'orbite parlementaire lorsque l'utilité publique le requiert »⁹⁴. Mais il n'en reste pas moins que les juges ordinaires participent toujours – certes dans une moindre mesure que les intendants – au règlement du contentieux administratif. Pour preuve, le préambule de la déclaration royale du 13 avril 1761 donne à nouveau compétence aux élus poitevins pour connaître des oppositions aux cotes portées dans les rôles d'office de taille, « jugées [s]ommairement &[s]ans frais »⁹⁵. Par ailleurs, lorsqu'un conflit s'élève entre les habitants de la ville de Poitiers et le fermier des aides et que les premiers opposent au second l'exemption immémoriale de

Poitiers se compose de neuf élections : Poitiers, Châtelleraut, Châtillon, Confolens, Fontenay, Les Sables, Niort, Saint-Maixent et Thouars.

⁸⁸ BIGOT, *La difficile distinction*, cit., 104 s.

⁸⁹ Cette disposition est reprise par le *Nouveau Code des tailles*.

⁹⁰ *Ibid.*, 101 s.

⁹¹ BIGOT, *Introduction historique au droit administratif*, cit., 20 s.

⁹² *Ibid.*, 25 s.

⁹³ Sur ces juridictions spécialisées, voir notamment BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., 33 s.

⁹⁴ BIGOT, *La difficile distinction*, cit., 102 s.

⁹⁵ AD.Vienne, C782, *Déclaration du roi*, cit., 2 s.

l'ancien droit de sol pour livre sur les villes, bourgs et faubourgs de Poitiers, le contentieux administratif est directement renvoyé devant les élus de Poitiers (le juge ordinaire) et la Cour des aides de Paris en appel⁹⁶. En outre, la compétence de cette dernière pour juger l'appel des ordonnances rendues par l'intendant en matière de contentieux de la taxation d'office, fournit une autre illustration commode du partage du contentieux administratif entre juges ordinaires et extraordinaires jusqu'à la chute de l'Ancien Régime⁹⁷. À l'inverse, à l'instar des juridictions ordinaires, l'intendant reste juge des affaires criminelles⁹⁸ puisqu'il est avant tout investi de prérogatives de justice⁹⁹. Aussi, faire de l'intendant poitevin un juge spécifique est acceptable mais de là à en faire un juge administratif, la marche à franchir reste haute. La délimitation de la compétence d'une éventuelle juridiction administrative reste difficile à distinguer.

Il résulte de tout cela que bien que le traitement spécifique du contentieux de l'administration dévolu à un juge spécifique (d'attribution) soit effectivement perceptible dans l'ancien droit, il n'existe cependant pas de « tribunaux administratifs indépendants de l'ordre judiciaire »¹⁰⁰. L'édit de Saint-Germain n'est que le refus de l'immixtion des parlements dans le gouvernement du prince. Ainsi, seule la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, séparant les autorités judiciaires et administratives¹⁰¹, consacre un pouvoir judiciaire unitaire et indépendant de l'administration¹⁰². D'autant plus qu'en l'absence de cette séparation, le justiciable ne saurait être titulaire de véritables droits opposables à l'administration.

⁹⁶ AD.Vienne, C13, Requête des habitants de la ville de Poitiers adressée au Conseil, en janvier 1676.

⁹⁷ AD.Vienne, C782, *Déclaration du roi*, cit., 2 s.

⁹⁸ F. BURDEAU, *À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel*, in *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, édité par A. VAN LANG, Paris, 2007, 22 s.

⁹⁹ G. Bigot, *L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif*, in *L'exorbitance du droit administratif en question*, édité par F. MELLERAY, Paris, LGDJ, 2004, 30 s.

¹⁰⁰ CONDETTE-MARCANT, *Le contentieux administratif*, cit., 185 s.

¹⁰¹ Titre II. Art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

¹⁰² Sur ce point, voir notamment : P. DELAIGUE, *Un exemple de justice administrative départementale sous la Révolution*, Thèse, Droit, Lyon, 1993.

b) *L'absence de garanties juridictionnelles pour le justiciable*

L'autre argument utilisé en faveur de l'inexistence d'un droit administratif et de sa justice avant la Révolution, a trait aux limites du pouvoir administratif. En effet, le règlement des litiges administratifs par les administrateurs-juges n'offrirait que peu ou prou de garanties aux sujets¹⁰³. Ainsi, les contempteurs de la justice administrative moderne tirent de l'absence de garanties juridictionnelles pour le justiciable, la preuve de l'inexistence même d'un droit administratif.

Sur ce point, Burdeau est catégorique : « Pour qu'advînt un droit administratif, il fallut que tout se passât comme si les détenteurs de la puissance publique n'étaient pas que des canaux établis pour qu'elle irrigue la totalité de la nation, mais des sujets tenus, au même titre que tout autre, à ne pas blesser des droits quand la loi ne les y habilitait pas. À cette seule condition, un droit administratif était pensable »¹⁰⁴. Or, si la justice de l'intendant en matière administrative satisfait les particuliers pour sa simplicité, célérité et quasi-gratuité, celle-ci prête le flanc à la critique. Et l'essentiel des admonestations qui lui sont adressées s'observe principalement dans les sempiternelles remontrances de la Cour des aides de Paris. En effet, tout au long de la seconde moitié du XVIII^e siècle, cette dernière n'hésite pas à qualifier le commissaire départi de véritable « despote administratif »¹⁰⁵. Quels sont donc les principaux reproches qui lui sont adressés ?¹⁰⁶

Tout d'abord, le grief d'une administration « juge et partie » demeure inévitable¹⁰⁷. En effet, l'administration ayant été soustraite au contrôle de la justice réglée des parlements, le Conseil peine à être objectif dans l'appel des ordonnances rendues par les intendants¹⁰⁸. Celui-ci est amené à jouer un rôle moins juridique que politique¹⁰⁹, *a fortiori* quand on observe que

¹⁰³ MESTRE, *Administration, justice*, cit., 6 ss.

¹⁰⁴ BURDEAU, *Naissance d'un droit*, cit., 536 s.

¹⁰⁵ L.-A. DIONIS DU SEJOUR, *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts, ou recueil de ce qui s'est passé de plus intéressant à la Cour des aides, depuis 1756 jusqu'au mois de juin 1775*, Bruxelles-Paris, 1779.

¹⁰⁶ Pour une synthèse des grandes remontrances de la Cour des aides, voir notamment : M.-T. ALLEMAND-GAY, « Les grandes remontrances de la Cour des aides de Paris et la réforme de l'État », *Bulletin d'histoire économique et sociale de la Révolution française*, 1976, 37 ss.

¹⁰⁷ Déjà durant l'Antiquité, pour soustraire les procès du fisc aux tribunaux ordinaires, l'empereur Auguste n'avait d'autre moyen que d'être juge dans sa propre cause. Cf. DARESTE, *La justice administrative en France*, cit., 3 s.

¹⁰⁸ BOULET-SAUTEL, *Le principe d'un contentieux administratif*, cit., 101 s.

¹⁰⁹ D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Thèse, Droit, Paris, 1972, 11 s.

le Conseil demande toujours à l'intendant son avis sur la décision attaquée qu'il a lui-même prise! Si la violation de droit arguée par l'appelant a été commise pour les nécessités de l'intérêt de l'État, « il est à craindre que le ministre, administrateur avant tout, ne soit placé au même point de vue que son subordonné »¹¹⁰. Ainsi, il semble inéluctable que le Conseil donne davantage raison à l'intendant qu'à l'administré.

Ensuite, c'est le défaut de collégialité dans le jugement qui est pointé du doigt. D'aucuns ont aisément démontré qu'en réalité l'appel devant le Conseil n'est que pure fiction¹¹¹. C'est en fait le contrôleur général des finances qui juge secrètement l'affaire dans son bureau. Une fois sa décision prise, il n'a plus qu'à la présenter au Conseil pour que celle-ci revête la forme d'un arrêt de la haute juridiction. Pis encore, dans de nombreux cas, le Conseil demande à l'intendant lui-même de juger l'appel d'une affaire contentieuse à sa place et de lui envoyer un projet d'arrêt. Et plusieurs sources archivistiques attestent de la véracité de cette allégation. Lorsque certains habitants de Bressuire font appel au Conseil de la sentence rendue par le sénéchal de Bressuire qui les condamne à verser des dommages et intérêts aux fermiers du domaine du roi qu'ils avaient assignés pour abus dans le recouvrement des droits d'échanges, le contrôleur général des Finances demande aussitôt à l'intendant de résoudre cette affaire en lui envoyant un projet d'arrêt qu'il rendra en appel. Dans son arrêt, le Conseil du roi reprend littéralement « l'avis qui a été donné au Roy en son Conseil par le sieur de Marillac maître des requestes commissaire departy pour l'exécution de ses ordres en la generalité de Poitiers »¹¹². Le simple « avis » de l'intendant est ainsi transformé en véritable « décision » rendue par le Conseil en appel. D'ailleurs, il est fréquent que l'intendant poitevin exhorte le contrôleur général à faire du simple avis qu'il a donné sur une affaire administrative contentieuse, une décision rendue par le Conseil : « Monfieur, je vous envoie un projet d'arrest que je vous supplie très humblement de vouloir bien rendre parce qu'il est très neceffaire pour le bien du recouvrement des tailles de chastellerault[...] je vous a[ss]ure encore Monfieur que cet arrest est fort important »¹¹³.

Enfin, l'absence de motivation des jugements rendus par l'intendant

¹¹⁰ ARTUR, *De la séparation des pouvoirs*, cit., 38 s.

¹¹¹ Sur ce point, voir notamment ANTOINE, *Le Conseil du roi*, cit. ; A DE. TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, édition revue et corrigée par J.-P. Mayer, 1967.

¹¹² AN. G⁷449, Lettre de l'intendant Marillac adressée au contrôleur général des Finances, à Poitiers, le 25 août 1680.

¹¹³ AN. G⁷449, Lettre de l'intendant Marillac adressée au contrôleur général des Finances, à Lusignan, le 19 avril 1681.

participe de l'inégalité entre l'administration et le particulier lors d'un procès. Celle-ci peut en outre empêcher le développement d'une jurisprudence en la matière – bien que les arrêts des juridictions ordinaires soient aussi dépourvus de motifs. C'est par exemple ce qui ressort d'une lettre que l'intendant poitevin, saisi par un particulier d'une demande de modération du montant de son imposition, adresse au contrôleur général des Finances : « La perte dont [Girardon] se plaint [...] est une disgrâce qui luy est commune avec tous ses voisins, [...] si on luy accorde la modération qu'il demande, il faudra que ce foit, a titre de grace car a titre de justice, cela tireroit trop, a consequence, en ce qu'il conviendrait de faire le même traitement a tous ceux qui sont dans le même cas que luy »¹¹⁴. À cela faut-il encore ajouter l'invariabilité des règles administratives qui s'avèrent bien souvent fluctuantes. Il va de soi que l'administrateur-juge ne se place pas dans « une situation d'absolue subordination par rapport à la loi »¹¹⁵ ; parfois il juge en équité dépassant la stricte application du droit en vigueur, notamment lorsqu'il est sollicité par des contribuables qui ne peuvent payer leurs impositions suite à un événement extraordinaire. Ceux-ci invoquent alors un motif non juridique tels que les catastrophes naturelles¹¹⁶, un grand nombre d'enfants à charge ou plus simplement un état général de pauvreté. Dans toutes ces situations, l'intendant doit prendre en compte la situation du justiciable mais sans pour autant perdre de vue l'intérêt de l'État. Il n'est donc pas rare de constater que l'intendant-juge voit son comportement déterminé par son activité d'administrateur¹¹⁷. Quoi qu'il en soit, cette pratique n'est pas sans risque : en s'écartant du droit dont les organes de la justice déléguée doivent être les seuls interprètes, l'administration publique s'affranchit ainsi de toute règle juridique¹¹⁸. Cette incertitude des règles retenues situent ces administrateurs-juges sur un plan extra-juridique¹¹⁹.

C'est la marque d'une justice administrative encore arbitraire et

¹¹⁴ AD. Vienne, C6, Lettre de l'intendant du Poitou à d'Ormesson, à Niort, le 23 mars 1771.

¹¹⁵ P. BINCZAK, *Un silence fondateur (réflexions sur la loi des 16-24 août 1790)*, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, édité par G. BIGOT e M. BOUVET, Paris, 2006, 87 s.

¹¹⁶ Sur ce point, nous renvoyons à notre article *Le vingtième à l'épreuve des catastrophes naturelles. Un exemple de justice fiscale en Poitou au XVIII^e siècle*, in *Regards croisés sur la justice fiscale (X^e-XXI^e siècle). Égalité ou statuts particuliers ?*, édité par C. GLINEUR, E. DE CROUY-CHANEL e C. HUSSON-ROCHONGAR, Actes du colloque international des 4 et 5 avril 2019 à Amiens. À paraître.

¹¹⁷ PIGEON, *L'Intendant de Rouen*, cit., 19 s.

¹¹⁸ BURDEAU, *Naissance d'un droit*, cit., 529 s.

¹¹⁹ F. BURDEAU, *Droit administratif*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 424 s. ; BIGOT, *Introduction historique au droit administratif*, cit., 25 ss.

parfois despotique. Le simulacre de contrôle juridictionnel sur les actes de l'administration est un fait avéré. Toutefois, il faut nuancer la dénonciation d'un exercice tyrannique du pouvoir par la monarchie¹²⁰. À la fin de l'Ancien Régime, l'essor du mouvement des Lumières contribue à l'émergence d'un administré, véritable « sujet de droits »¹²¹. Plusieurs innovations en témoignent. Par exemple, la création d'un Comité contentieux des finances en juin 1777¹²². Composé de trois membres – qui marquent ainsi le retour à la collégialité – il vérifie que les règles procédurales de l'instruction d'une affaire contentieuse administrative ont bien été respectées. L'avis rendu au contrôleur général est très largement suivi par ce dernier¹²³. Par ailleurs, au plan local, certaines généralités – comme celle de Bourgogne par exemple –, voient la création d'un comité contentieux de l'intendance¹²⁴ mais dont la présence en Poitou n'a pas encore été révélée¹²⁵. Ce comité, essentiellement composé d'avocats, assiste l'intendant dans le traitement des affaires contentieuses en lui rappelant les lois en vigueur et les droits des justiciables. Il faut aussi mentionner les commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil, dans lesquelles on peut voir les ancêtres directs des tribunaux administratifs¹²⁶. Chaque commission dont la composition est fixée par un arrêt du Conseil, est dissociée de l'administration active pour régler le contentieux administratif¹²⁷.

Finalement, la question de l'origine d'un droit administratif et de sa justice ne fait-elle pas l'objet d'un faux débat ? Ce dernier ne se réduit-il pas à une question d'interprétation ? Quand les uns voient en l'édit de Saint-

¹²⁰ BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., 29.

¹²¹ E. DE CROUY-CHANEL, *La citoyenneté fiscale*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 46, *L'impôt*, 39 ss.

¹²² Pour une étude générale du Comité, voir notamment A. LOGETTE, *Le Comité contentieux des finances près le Conseil du roi (1777-1791)*, Thèse, Droit, Nancy, Société d'impressions typographiques, 1964.

¹²³ MESTRE, *Le traitement du contentieux administratif*, cit., 94 s.

¹²⁴ ÉVRARD, *L'intendant de Bourgogne*, cit., 153 s.

¹²⁵ L'état actuel de nos recherches doctorales ne nous permet pas de déceler avec certitude l'existence ou l'absence d'un comité contentieux de l'intendance en Poitou.

¹²⁶ Pour une étude générale de ces commissions, voir notamment J. PHYTILIS, *Justice administrative et justice déléguée au XVIIIe siècle. L'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil*, Limoges, 1977.

¹²⁷ SOLEIL, *Administration, justice, justice administrative avant 1789*, cit., 25 s.

Germain-en-Laye la séparation de la justice et de l'administration, les autres n'admettent tout au plus qu'une préfiguration de la loi des 16-24 août 1790. Quand certains appréhendent l'établissement d'un régime juridique propre à l'administration, d'autres ne perçoivent qu'un ensemble de règles spécifiques, variables et clandestines. Quand une partie de l'historiographie voit en l'intendant la préfiguration du juge administratif, une autre partie de la doctrine considère celui-ci comme un simple juge d'attribution : sans doute l'intendant du Poitou est-il tout cela à la fois. Quoi qu'il en soit, à l'instar d'autres provinces, le Poitou du XVIII^e siècle apparaît comme un observatoire adéquat de l'expédition moderne du contentieux administratif. Un dépouillement plus approfondi et complet des documents d'archive permettra sans doute d'expliquer le développement ou non d'une justice particulière dont la singularité s'expliquerait par la processualisation d'un contentieux de l'administration. C'est là tout l'enjeu de notre recherche doctorale.

Kostanca Jorgji

L'Italie face aux coutumes des Arbëreshë

SOMMAIRE : 1. Les premières vagues médiévale et moderne de la migration albanaise en Italie – 2. Les Arbëreshë en Italie, aujourd'hui.

La migration est un phénomène très ancien qui a toujours suivi la population albanaise. Cela a été historiquement une partie importante du développement de ce peuple, documentée depuis le Moyen Age, vers XV^e siècle et qui continue jusqu'à nos jours.

Les causes de ces mouvements migratoires sont différentes selon les périodes. Il est important d'évoquer d'abord les conquêtes perpétuelles que l'Albanie a subi tout au long de son histoire en étant dans une position géographique stratégique en tant que voie d'accès aux Balkans et à la mer Adriatique. D'abord les conquêtes latine, slave et en suite l'occupation ottomane, qui pendant cinq siècles est la cause principale de l'instabilité politique, économique et sociale et par conséquent le premier facteur du mouvement des Albanais¹. Mais dans l'autre côté, d'autres éléments assez importants caractérisent cette migration, notamment celle des temps modernes. Parmi les différents éléments, nous pouvons mentionner les conditions économiques difficiles et les divergences politiques surtout après la chute du régime communiste en 1990.

Ces flux migratoires ont eu, bien sûr, des impacts démographiques, économiques et culturels, inévitables dans le pays d'origine mais en même temps dans le pays d'accueil. Cette migration a en autres été un des facteurs principaux de la diffusion de la coutume en dehors des frontières, aussi des diverses mutations et de mixité de ces coutumes avec celles d'autres pays.

En observant l'histoire de cette migration, nous remarquons que celle-

¹ M. PIGNOLI, *Une étude de la motivation sémantique en domaine albanais : la phytonymie arbëreshe*, in *Géolinguistique* [En ligne], 18 | 2018, mis en ligne le 01 décembre 2018, consulté le 25 novembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/geolinguistique/329>; DOI:10.4000/geolinguistique.329.

ci a suivi plusieurs directions, vers par exemple la Grèce et notamment le Péloponnèse ou les îles d'Andros et d'Hydra². Mais un des premiers pays qui a accueilli les Albanais, sur le long temps, est l'Italie. En raison de la proximité des deux pays, celle-ci a en effet été « une porte d'entrée » pour beaucoup d'Albanais. L'Italie et l'Albanie partagent une seule mer qui les sépare seulement de 75 km, une proximité géographique qui a favorisé d'étroites relations entre les deux peuples. Stables et très anciennes, elles reposent aussi sur des fondements historiques et politiques très importants.

Le cas le plus connu de migration albanaise envers l'Italie est celui des Arbëreshë³, émigrés en Italie du sud, principalement dans la région des Pouilles depuis l'époque médiévale et les batailles de Skanderbeg⁴ contre l'occupation ottomane.

A partir du XV^e siècle, cette communauté a migré en différentes étapes de l'histoire et représente aujourd'hui l'un des groupes ethniques albanais les plus nombreux au-delà de l'Adriatique⁵.

Ce qui caractérise aujourd'hui cette communauté est la préservation de la langue et des souvenirs de leurs ancêtres, ainsi que la conservation des institutions religieuses et culturelles. Un fort sentiment d'identité est également remarquable.

Un autre type de migration de l'Albanie vers l'Italie s'est produit, à partir des années 1990, années difficiles pour le pays qui se caractérisent avec la chute du système communiste et l'établissement d'un nouveau système politique certes démocratique mais pourtant faible et problématique. Durant cette période plusieurs Albanais quittent leur pays pour se diriger vers l'Europe et principalement vers l'Italie en espérant des meilleures conditions de vie et un futur plus rassurant. Ce pays est ainsi devenu pour les Albanais leur soutien principal dans les années de transition.

Cette contribution propose ainsi de mettre en lumière les relations anciennes entre les deux pays et d'expliquer en même temps la position de l'Italie envers les Arbëreshë à partir du Moyen Age (I) jusqu'à aujourd'hui (II).

² *Ibid.*

³ Pendant les XIV^e et XV^e siècles, les Albanais émigrés étaient appelés Arbëreshë, car au moment de leur départ, l'Albanie s'appelait encore Arbëri.

⁴ Gjergj Kastrioti Skënderberu (en italien Giorgio Castriota Scanderbeg,) est un seigneur albanais du XV^e siècle né à Krujë. Le surnom de Scanderbeg est d'origine turque en contraction de « Iskander Bey-I », surnom que les Ottomans ont donné à Georges Castriote et qui signifie « prince Alexandre », en référence à ses talents de chef militaire et, bien sûr, à Alexandre le Grand. Il est célébré comme un héros national pour sa résistance et ses victoires contre l'Empire ottoman.

⁵ D. TARE, *Arbëreshët e Italisë dhe çështja shqiptare (Rilindja)*, Tirana, 2016, 18.

1. Les premières vagues médiévale et moderne de la migration albanaise en Italie

Pour mieux connaître les relations entre les deux pays, une présentation de l'histoire de la migration albanaise est nécessaire. Pour cela, il faut que nous revenions quelques siècles en arrière. En analysant cette migration il est remarquable que les mouvements des Albanais vers l'Italie s'étendent en effet sur une longue période.

On retient classiquement les alentours de 1393 pour dater le début des migrations⁶ ; il convient de rappeler des vagues antérieures empêchant de fixer un moment particulier. En effet, il est possible de retenir d'autres mouvements plus précoces.

Classiquement sont ainsi reconnus sept exodes migratoires qui remontent au VIII^e siècle⁷, chacun étant lié à des événements précis et à des moments politiques, économiques et sociaux importants.

La première vague migratoire albanaise paraît avoir un caractère militaire. Les premiers Albanais qui ont migré vers l'Italie étaient en effet des soldats placés sous les ordres du général Dhimiter Reres⁸ et été appelés par le prince du Naples, Alphonse d'Aragon (1435-1458) pour se battre contre une révolte en Calabre⁹. Après avoir gagné cette bataille, le prince du Naples a voulu récompenser les soldats arbëreshë on leur donnant des terres dans le sud de l'Italie. Les soldats de Reres se sont donc installés dans ces terres définitivement et ont créé leurs propres communautés. Ainsi se sont construites, en Calabre, les plus vieilles colonies arbëreshë¹⁰.

Les flux migratoires se poursuivent aussi pendant les années 1458-1461 lorsque d'autres Albanais viennent en Italie pour aider cette fois-ci le prince Ferdinand I^{er} à garder son trône en luttant contre un grand nombre d'habitants révoltés contre lui. Après ses événements plusieurs successeurs de Reres se sont installés à Sicile et principalement dans la forteresse de Bizir, près de Mazara. Après différents mouvements vers l'Orient ils se sont installés dans le château abandonné de Calatamauro et se sont arrêtés pour des dizaines d'années dans les terres féodales de la Contessa Entellina¹¹.

⁶ R. ELSIE, *Dictionary of Albania*, Royaume-Uni, 2010, 16.

⁷ L. OMARI-A. LUARASI, *Historia e shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri*, Tirana, 1994, 191.

⁸ Demetrio Reres est une personne énigmatique, un noble qui a eu des relations très proches avec la famille de Skanderbeg. ELSIE, *Dictionary of Albania*, cit., 17.

⁹ ELSIE, *Dictionary of Albania*, cit., 17.

¹⁰ F. ANDREA, *Arbëreshët e Italisë : 1413-2007 : antologji e autorëve francezë : udhëpërshkrime, portrete, histori, gjuhë, letërsi, art e kulturë*, Tirana, 2012, 50.

¹¹ M. MANDALA, *Gli antichi insediamenti in italia della comunità albanese e sua recente emigrazione*, in *Studio antropologico della comunità arbëreshë della provincia di Torino*,

Ces années témoignent de très bonnes relations d'amitiés entre le prince de Naples et le prince albanais Skanderbeg, exprimées parfois par des aides réciproques. Il paraît d'ailleurs que lors des temps difficiles les deux princes se sont aidés mutuellement par un soutien militaire et financier¹². Tous ces évènements ont continué à contribuer à la création des colonies albanaises en Italie du sud notamment dans les régions de San Pietro di Galantia, San Martirio, San Demetrio, etc.

Mais le flux migratoire des Arbëreshë, le plus massif, est reconnu justement après la mort de Skanderbeg, le 17 janvier 1468. Dans cette période, l'origine de leur migration procède d'une volonté d'échapper à l'invasion des Balkans par l'Empire ottoman¹³. La plupart d'entre eux se sont installés dans la région de Molise, de Calabre et de Sicile, dans des zones qui n'étaient pas habitées, en ne se mélangeant pas avec la population autochtone.

Dans la première moitié du XVIII^e siècle un autre grand mouvement de population a eu lieu, précisément en 1744, quand un groupe important d'Albanais a décidé de s'installer à Villa Badessa, dans la province de Pescara.

D'un point de vue chronologique, il paraît que la dernière communauté albanaise soit installée en Italie vers les années 1774-1825¹⁴. Ces derniers mouvements migratoires étaient plus faibles et se sont concentrés plutôt à Bridisi à Regio-Calabre et à Messine également dans la zone du centre et du nord de l'Italie¹⁵.

Peut-on apprécier les conséquences de ces mouvements migratoires ?

Tout d'abord ces mouvements furent le facteur principal de la création des colonies albanaises au sud de l'Italie et ailleurs. Le phénomène général qui a caractérisé cette migration est le fait que le pays d'accueil a respecté la population albanaise. Mais bien évidemment ce processus n'a pas été toujours facile.

De nombreuses communautés albanaises, en particulier à Molise, dans les Pouilles et en partie dans la Basilicate et en Calabre, ont été forcées soit par manque de prêtres, soit par l'exercice de méthodes coercitives des évêques latins ou des barons locaux, d'abandonner leur rite religieux originel et de se soumettre à l'Eglise latine¹⁶. C'est justement dans les années 1668, que les Arbëreshë passèrent du rite grec au latin, un fait qui produisit beaucoup de conflits entre les clercs grecs et latins, résolus seulement en 1919 quand

Torino, 2004, 23.

¹² TARE, *Arbëreshët e Italisë*, cit., 17.

¹³ ANDREA, *Arbëreshët e Italisë*, cit., 52.

¹⁴ M. IBRAHIMI, *Shënime udhëtimi mes arbëreshëve të Kalabrisë*, Shkup, 2008, 237.

¹⁵ MANDALA, *Gli antichi*, cit., 21.

¹⁶ F. ALTIMARI, M. BOLOGNARI, P. CARROZZA, *L'esilio della parola. La minoranza linguistica albanese in Italia : profilstorico-letterari, antropologici e giuridico-istituzionali*, Pisa, 1986, 5.

finalement il a été décidé de suivre le rite latin¹⁷.

L'Église locale n'a cependant pas poursuivi une politique coercitive dans toutes les régions d'Italie ayant abrité des communautés albanaises. On peut prendre un exemple du XVI^e siècle où le rite gréco-byzantin et le dialecte arbëreshë de *Piana degli Albanesi* furent soumis à une sorte de protection par l'autorité religieuse de Monreale¹⁸. Des auteurs évoquent des documents d'archives qui révèlent l'intérêt nourri par Ludovico I Torres, Archevêque de Monreale, et son neveu Ludovico II pour le maintien du rite gréco-byzantin en Italique « Piana degli Albanesi ». Il faut également reconnaître à Ludovico II le mérite d'avoir apporté son soutien à Luca Matranga¹⁹ pour son travail de traduction de la doctrine chrétienne albanaise réalisée en 1592²⁰.

En même temps, furent construites plusieurs églises orthodoxes, évènement qui a contribué dans la préservation de la foi chrétienne et qui était, pour les Arbëreshë, le seul bouclier de la politique d'assimilation menée par les évêques italiens.

La tolérance que la population italienne a montrée envers les coutumes, les traditions et la langue a aussi été un des facteurs importants de préservation de l'auto-identification de la communauté arbëreshë et de la préservation de ses origines.

L'ouverture des institutions scolaires arbëreshë a également joué un rôle très intéressant dans cette intégration. En effet un véritable tournant dans l'histoire religieuse, politique, culturelle et civique de cette communauté, a été pris grâce à l'ouverture des deux principaux collèges arbëreshë en Calabre et en Sicile avec l'aide du Pape Clément XII (1730-1740). Il s'agit du collège Korsini (1732) et du séminaire arbëresh de Palerme (1734)²¹. Ces deux collèges ont constitué un vrai foyer de la culture et de l'éducation albanaise en jouant un rôle très important dans l'éducation de plusieurs jeunes arbëreshë et dans le développement de la langue albanaise. Ces deux établissements scolaires ont aussi largement contribué à la préparation de plusieurs intellectuels religieux et laïques arbëreshë ayant ensuite permis la diffusion de l'enseignement de la langue albanaise, la persistance de leurs coutumes et de leur identité en jugeant principalement nécessaire de mettre

¹⁷ TARE, *Arbëreshët e Italisë*, cit., 33.

¹⁸ MANDALA, *Gli antichi*, cit., 24.

¹⁹ Lekë Matrënga (1567 – 6 Mai 1619) est un écrivain arbëresh, connu en italien comme Luca Matranga. Il est l'auteur du deuxième ouvrage le plus important de la littérature albanaise ancienne *Embsuame e krështerë* (Christian Doctrine ; Rome, 1592). ELSIE, *Dictionary of Albania*, cit., 296.

²⁰ MANDALA, *Gli antichi*, cit., 24.

²¹ TARE, *Arbëreshët e Italisë*, cit., 8.

en évidence leur origine ethnique et leur culture en se faisant appeler les « italo-albanais »²². Cela était nécessaire pour l'indentification des Arbëreshë étant donné qu'auparavant ils étaient avant tout identifiés comme des grecs d'Italie, à cause de leurs rites religieux²³.

Ces intellectuels ont également contribué aux guerres pour l'unification de l'Italie et le mouvement de la Renaissance italienne mené par Garibaldi. Le rôle des Arbëreshë a ainsi dépassé le cadre local pour prendre des dimensions nationales. Il est avéré que les Arbëreshë ont participé activement aux mouvements nationaux italiens depuis le XVIII^e siècle jusqu'aux années 1860. Nous les retrouvons notamment au cœur des batailles sanglantes contre les Bourbons qui se sont déroulées à Naples, Palerme et Cosenza vers les années 1848. En effet, ces villes étaient des territoires où les Arbëreshë étaient les plus concentrés ; il faut souligner la contribution des Albanais des *Piana dei Albanesi* qui ont joué le rôle le plus important dans ces batailles. Dans les notes de Garibaldi se trouvent plusieurs souvenirs des batailles pour l'indépendance de Naples, évoquant la participation de plusieurs Arbëreshë, et parmi eux des femmes. Garibaldi a ensuite toujours protégé cette communauté²⁴. Les Arbëreshë ont ainsi participé régulièrement à l'histoire de l'Italie, ce qui explique la dimension spéciale des relations entre le peuple albanais et italien.

Les deux pays ont toujours gardé des relations proches qui perdurent aujourd'hui, influencées bien sûr, par d'autres facteurs et d'autres événements historiques importants.

2. Les Arbëreshë en Italie, aujourd'hui

Aujourd'hui la communauté albanaise en Italie est composée de la vieille communauté Arbëreshë, qui compte environ 100 000 personnes, ainsi que de la nouvelle communauté d'immigration établie depuis 1990, qui compte environ 502,546 habitants²⁵. Selon les statistiques cette nouvelle migration est partagée en trois différentes périodes. La première est celle qui survient durant les années 1990 avec le changement du système politique. Une

²² F. ALTIMARI, *Napoli, vatër e rëndësishme e Rilindjes arbëreshe dhe shqiptare (shek. XVIII-XIX)*, in *academia.edu*, Gjirokastër, 2013, 6, consulté le 23 novembre 2019.

²³ Auparavant, les communautés étaient distinguées selon leur religion. Ceux qui pratiquaient les rites orthodoxes grec se nommaient grecs et les catholiques des latins.

²⁴ TARE, *Arbëreshët e Italisë*, cit., 3.

²⁵ P. RESTA, *Albanais et Italiens 25 ans après le débarquement de 1991*, in *Migrations Société*, II, University of Foggia, 2015, 2.

deuxième qui débute en 1997 et qui marque le début d'années difficiles pour l'Albanie d'un point de vue économique et politique. La troisième concerne les Albanais du Kosovo migrés pendant la guerre du Kosovo pendant les années 1998-1999²⁶.

Concernant aux Arbëreshë, la région où cette minorité linguistique est plus fortement représentée est la Calabre qui, avec ses 30 municipalités, couvre un total de 60 000 habitants. Trois de ces centres d'habitations sont dans la province de Cosenza. D'autres grandes communautés se sont établies également en Sicile et dans les Pouilles²⁷.

Cette population se caractérise également d'un mouvement interne et plutôt d'un déplacement des jeunes arbëreshë, depuis les communes rurales du sud vers le centre ou le nord du pays à cause de conditions économiques qui ne sont pas favorables. Ces flux migratoires internes sont davantage distingués dans les années 1950-1960 mais c'est un phénomène qui continue jusqu'à présent²⁸.

Ainsi voyant leur concentration, il est indéniable le fait que la communauté arbëreshë représente une partie très importante de la structure de la société italienne avec sa culture et ses traditions.

Tout au long de son histoire, une des vertus les plus importants qui caractérise cette population est la préservation de leur langue maternelle, laquelle même si est changée et influencée par la langue italienne continue à être compréhensible parmi les Albanais qui l'utilisent.

Aujourd'hui cette langue, est préservée dans différentes régions telle comme Abruzzes, Pouilles, Calabre et Sicile. A part la langue, le rite orthodoxe également, appliqué dans cette communauté et précisément dans les deux diocèses actuels dont dépendent environ 90 000 habitants, est constitutif de cette identité²⁹.

Il y a ainsi des éléments qui font part de l'identité arbëreshë et qui présentent en même temps la préservation des coutumes albanaises au sein de cette communauté. Le rite matrimonial par exemple montre clairement cela. La cérémonie du mariage est ainsi un point très fort de l'originalité de la culture des arbëreshë. On y perçoit des éléments qui sont d'origine albanaise.

Un détail important qui fait partie du droit coutumier albanais est par

²⁶ *Ibid.*

²⁷ F. TOÇI, *Arbëreshët e Italisë, midis krenarisë së qëndresës dhe rrezikut të asimilimit*, in *balkanweb.com*, 2016, consulté le 23 novembre 2019.

²⁸ A. ELIA, *Jeunes et enfants réfugiés dans le sud de l'Italie : Nouvelles formes de citoyenneté et de représentations identitaires*, in *Migrations Société*, III, Paris, 2012, 157-170.

²⁹ G. BUGLIARI, *Elementi sociali e di vita religiosa della comunità italoalbanese nella città di Torino*, in *Studio antropologico della comunità arbëreshe della provincia di Torino*, Torino, 2004, 67.

exemple le coup de fusil qui accompagne l'entrée de l'époux venant chercher la femme. Cette coutume se trouve plus précisément dans le Kanun de Lekë Dukagjin³⁰ dont l'article 55 prévoit que :

« A leur arrivée dans la cour de la mariée, les garçons d'honneur tireront chacun un coup de fusil ; de même quand ils sortiront pour partir avec elle. »

La célébration du mariage à l'église est également un élément important de l'identité arbëreshë. Ce rite matrimonial se fait selon le rite byzantin et il est célébré en deux parties : l'échange des anneaux et le rite du couronnement du couple qui symbolisent la fidélité et le don de la vie mutuelle. Cela est aussi un témoignage parfait de la préservation de la coutume chez les Arbëreshë.

Au-delà du rite matrimonial, la persistance de la culture et de la langue albanaise dans cette communauté se traduit aujourd'hui par l'usage des deux langues dans la signalisation routière des villes où sont installés les Arbëreshë. Celles-ci portent ainsi deux noms, un en langue albanaise et un en langue italienne (cette dernière étant plutôt utilisée par les étrangers). Nombre de routes des villages où habite cette communauté sont baptisées avec des noms de familles albanaises très connues, et dans les places principales de quelques villages se trouve le monument du héros national Skanderbeg un fait qui témoigne les fortes relations de celui-ci avec le pays italien.

D'ailleurs dans ces villages habitent depuis très longtemps des familles qui jusqu'à aujourd'hui portent des noms albanais parmi lesquelles nombreuses sont celles qui portent le nom du héros national Castriota. Notons que dans quelques villages se trouve également le monument du Garibaldi, qui montre la gratitude des Arbëreshë, autant envers le personnage que tout le peuple italien.

Il convient donc de souligner le rôle très important, concernant la préservation de la culture des Arbëreshë, joué bien évidemment par le pays d'accueil. Entre les deux peuples dans la plupart des cas, plusieurs marqueurs témoignent de bonnes relations, d'une tolérance et d'un respect réciproque exprimé sous différentes formes. Ainsi, pour mieux assurer cette intégration et aussi celle d'autres communautés présentes en Italie, le Parlement italien a adopté la loi n° 482 du 15 Décembre 1999, portant « Règles de protection des minorités linguistiques historiques ». Cette loi qui se base sur la Constitution de la République Italienne (l'article 6 de laquelle prévoit la

³⁰ Ensemble de règles coutumières dont l'origine remonterait au XV^e siècle. La version écrite, du Kanun est rassemblée et codifiée par le prêtre franciscain albanais Shtjefën Gjeçovi (1874 – 1929) et est publiée en 1933. ELSIE, *Dictionary of Albania*, cit.,164.

protection des minorités linguistiques par des normes particulières) est une des mesures les plus importantes de l'Italie pour les communautés étrangères. Par le biais de cette loi, la langue des Arbëreshë est pleinement protégée par le gouvernement italien comme « la langue de la minorité ethnique et linguistique albanaise »³¹. L'article 4 de cette loi dispose que, dans les écoles maternelles des municipalités, la langue de chaque minorité soit utilisée en marge de la langue italienne pour le déroulement des activités pédagogiques. Dans les écoles primaires et les écoles secondaires du premier degré, il est prévu que la langue de la minorité devienne une matière d'enseignement³².

En se basant sur l'autonomie organisationnelle de ces établissements scolaires, la loi prévoit le déroulement d'activités culturelles pour l'enseignement de la langue des communautés³³. Elle permet en effet à ces institutions scolaires de prendre des initiatives dans le domaine de la promotion des traditions culturelles de la minorité linguistique qui est reconnue par les dispositions législatives³⁴.

Par cette loi, le Ministre de l'Instruction publique a en outre le droit de réaliser des projets nationaux et locaux afin de favoriser l'étude de la langue et des traditions de ces minorités.

Pour rendre plus efficace l'exercice des dispositions prévues par cette loi, les administrations publiques doivent garantir la présence des personnes qui utilisent la langue déclarée sous protection pour être ainsi dans la mesure de répondre aux demandes du public en utilisant la langue de la communauté. La loi prévoit aussi la rédaction des actes destinés à un usage public, dans la langue italienne mais aussi dans la langue de la communauté linguistique

³¹ Justement dans l'article 2 de cette loi est prévu que : « *En vertu de l'article 6 de la Constitution et en harmonie avec les principes généraux établis par les organisations européennes et internationales, la République protège la langue et la culture des populations albanaise, catalane, germanique, grecque, slovène et croate, et de celles qui parlent le français, le franco-provençal, le frioulan, le ladin, l'occitan et le sarde* ». Le fait d'établir cette liste de communauté donne une définition plus claire du concept de la communauté.

³² Art 4 § 1.

³³ L'article 4 § 2 : « *Les établissements scolaires primaires et secondaires de premier degré, en conformité avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 3 de la présente loi, dans l'exercice de l'autonomie organisationnelle et didactique mentionnée aux paragraphes 8 et 9 de l'article 21, paragraphes 8 et 9 de la loi du 15 mars 1997, n° 59, dans les limites de l'horaire global défini au plan national et dans le respect de toutes les obligations prévues dans les conventions collectives envers les enseignants, dans le but d'assurer l'apprentissage de la langue de la minorité, délibèrent, sur la base des demandes des parents, sur les modalités de déroulement des activités d'enseignement de la langue et des traditions culturelles des communautés locales, en vue d'établir les périodes de cours et les méthodes, en plus de fixer les critères d'évaluation des élèves et les modalités d'emploi des enseignants qualifiés.*

³⁴ Art 4, § 3.

minoritaire³⁵. À cette fin, il est institué, auprès de la présidence du Conseil des ministres, un département des affaires régionales et un fond national pour la protection des minorités linguistiques disposant d'un soutien financier annuel.

Dans le contenu de cette loi se trouve aussi le droit pour ces groupes de prévoir, sur la base de critères objectifs, des mesures pour l'édition, des organes de presse et de programmes radiotélévisés à caractère privé utilisant la langue de leur communauté³⁶. Enfin, l'article 16 de cette loi dispose que :

« Les régions et les provinces peuvent veiller, en comptant sur leurs propres disponibilités budgétaires, à la création d'instituts dédiés à la protection des traditions linguistiques et culturelles des populations considérées par la présente loi, ou alors elles favorisent la constitution de sections autonomes des institutions culturelles locales déjà existantes ».

Ces dispositions ont permis aux Arbëreshë de créer différentes associations promouvant la culture et les traditions de leur communauté. Une de ces associations culturelles est celle nommée « Vatra Arbëreshë ». Cette association créée dans les années 2000 a pour objectif de rassembler les Arbëreshë dans le but de sauvegarder et d'approfondir les thèmes attachés à leur culture. Elle borne également l'encouragement des études linguistiques et historiques concernant le groupe ethnique arbëreshë et favorise des échanges culturels avec d'autres minorités linguistiques³⁷.

Au travers de différentes activités, cette association contribue à la préservation linguistique et culturelle des Arbëreshë. Autour de la langue, qui représente une valeur forte globale et culturelle, l'association promeut des initiatives visant à partager la tradition, les usages et les coutumes d'origine ainsi que la musique, les danses et les costumes traditionnels. Ces activités importantes permettent en même temps à cette communauté de se sentir partie intégrante d'une histoire commune où ils parlent la même langue et vivent en partageant les mêmes espaces communs, malgré l'éloignement de leurs terres d'origine³⁸.

Ainsi tous ces exemples montrent que la communauté arbëreshë est un des cas d'intégration les plus réussis en Europe et l'exemple le plus clair d'un peuple qui peut garder ses coutumes et sa culture malgré son déplacement dans un territoire étranger.

³⁵ Art 7, § 4.

³⁶ Art 14.

³⁷ V. CUCCI, T. CAMPERA, *Presentazione dell'Associazione Culturale di Minoranza Linguistica "Vatra Arbëreshë" di Chieri (Torino)*, in *Studio antropologico della comunità arbëreshë della provincia di Torino*, Torino, 2004, 13-14.

³⁸ F. TOSO, *Alcuni episodi di applicazione delle norme di tutela delle minoranze linguistiche in Italia*, in *Ladinia*, XXXII, San Martino in Badia, 2008, 46.

Alberto Cinque

Les “survenances contractuelles” en France et en Italie

SOMMAIRE : 1. La catégorie des survenances contractuelles – 2. L'onérosité excessive de la prestation – 3. Le système français et la théorie de l'imprévision – 4. Imprévision, révision judiciaire du contrat et autonomie privée.

1. *La catégorie des survenances contractuelles*

On sait que, dès la moitié du XX^e siècle, l'ample utilisation de contrats à long terme a entraîné une plus grande attention – tant de la part du législateur que de la doctrine et de la jurisprudence – au thème des circonstances survenues, à savoir les circonstances qui peuvent modifier l'équilibre contractuel premier durant l'exécution du rapport¹.

¹ La littérature en matière d'imprévision est très vaste et s'entrecroise avec d'autres sujets comme la soi-disant “*presupposizione*”, l'onérosité excessive, la clause *rebus sic stantibus*, la gestion du risque contractuel, la justice et l'équilibre des échanges. Parmi tant d'autres, si on se limite à la seule doctrine italienne, voir G. ALPA - M. BESSONE - E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; ID., *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, T. 1, Milano, 2002, 147 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; M. BARCELLONA - M.R. MAUGERI, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (éd.), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 521 ss.; M. ZACCHEO, *voce: Sopravvenienza*, in N. IRTI - S. MARTUCCELLI - V. PESCATORE (éd.), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7-8, 411 ss.; A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola rebus sic stantibus*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2018, 37 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018. Dans la doctrine précédant le code civil de 1942, voir, en particulier, G. OSTI, *La così detta clausola*

En effet, l'évolution du rapport sur une durée prolongée non seulement a comporté un risque supplémentaire que se présente une imprévision à même de modifier l'équilibre original entre les prestations, mais a également souligné les problèmes liés au principe de ce que l'on appelle le *pacta sunt servanda*, surtout dans les systèmes enregistrant une absence de voies de recours pour la gestion du risque contractuel dans les rapports durables². Ceci parce que les contractants, face une imprévision, se retrouvaient de plus en plus souvent liés par les conditions contractuelles originales, sans être en mesure de pouvoir en demander leur suppression ou leur mise à jour au vu de la nouvelle situation³.

Il s'agit alors de comprendre qui, parmi les contractants, doit subir le risque lié à la vérification de circonstances intervenues – et donc survenues – durant l'exécution de contrats à prestations correspondantes.

Pour délimiter le problème, il convient de préciser la notion de «survenance contractuelle».

On peut certainement affirmer que les survenances consistent en toutes les circonstances non réglées dans le contrat, qui interviennent dans un moment qui suit la conclusion de celui-ci, provoquant ainsi un déséquilibre économique entre les prestations synallagmatiques⁴.

La catégorie des survenances comprend donc diverses hypothèses, caractérisées par la présence d'un fait ou d'une circonstance survenus, à savoir un fait ou une circonstance qui se produisent *après*, inattendus et

rebus sic stantibus *nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 155 ss.; Id., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*. *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, *ivi*, 1913, 471 ss.; E. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 297 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss. Pour une reconstruction de l'évolution de la doctrine sur le thème des imprévus contractuels, depuis la configuration originale en termes de clause *rebus sic stantibus* jusqu'à l'introduction, par le code civil en vigueur, d'une voie de recours des imprévus (résolution pour onérosité excessive en vertu de l'article 1467 c.c.), voir O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

² On se réfère notamment au système français avant la réforme survenue avec l'Ordonnance 2016-131, au système italien du précédent code civil de 1865 qui reprenait les grandes lignes du Code Napoléon, et au système allemand avant ce qu'on appelle la Modernisation du droit des obligations (*Schuldrechtsmodernisierung*) de 2001, qui a introduit le nouveau § 313 BGB, intitulé *Störung der Geschäftsgrundlage* ("Altération du fondement des négociations"). Pour une analyse des profils de droit comparé de l'altération du rapport contractuel suite à des imprévus, voir L. MOSCATI, *Crisi economiche e diritto dei contratti nel XIX secolo*, in G. ALPA- E. NAVARRETTA (éd.), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Milano, 2015, 41 ss.

³ E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 4, 1519.

⁴ M. ZACCHEO, *op. cit.*, 1638.

incidents sur le contrat et auxquels l'ordre juridique rapporte divers effets⁵.

Le code civil italien, dans la discipline sur les contrats, émet deux hypothèses de survenance qui donnent lieu à la résolution du contrat: l'impossibilité survenue de la prestation non imputable au débiteur et l'onérosité excessive survenue de la prestation⁶.

L'impossibilité survenue de la prestation, comme on le sait, constitue une hypothèse d'extinction de l'obligation aux termes de l'article 1256 du code civil italien⁷. Si l'obligation trouve sa source dans un contrat à prestations correspondantes, le débiteur est libéré de l'obligation d'effectuer la prestation devenue impossible pour une cause qui ne lui est pas imputable. Par conséquent, l'impossibilité de la prestation donne lieu à la résolution du contrat.

L'effet prévu de l'article 1463 c.c. découle donc non pas d'une simple impossibilité de fournir la prestation mais de l'incidence de cette dernière sur le contrat synallagmatique. En effet, ce n'est que dans le cadre des contrats à contrepartie financière de la prestation qu'il est possible d'envisager, en présence d'une bilatéralité irrémédiablement et définitivement altérée par la prestation devenue impossible, de dégager l'autre contractant de son obligation de la contre-prestation et, par conséquent, dissoudre le lien contractuel⁸. Ceci en application du critère qui gouverne les contrats synallagmatiques, selon lequel la prestation d'une partie trouve sa propre justification dans celle de l'autre.

⁵ Il convient de préciser que les hypothèses des survenances contractuelles dont discuter sont uniquement celles auxquelles le système attribue des effets précis. En l'absence d'une prévision réglementaire en revanche, l'imprévision ne peut être considérée comme telle du point de vue juridique, mais reste un pur phénomène, relégué à un simple fait, et donc sans aucune importance du point de vue du droit. En d'autres termes, l'«imprévision» sans importance du point de vue juridique n'est nullement une «imprévision». Sur la notion d'importance du fait ou «*rilevanza*», voir pour tous, N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1968, 1105 ss.

⁶ Les deux figures représentent une importante nouveauté du code de 1942 par rapport à la réglementation précédemment en vigueur. En effet, le code civil de 1865 ne prévoyait pas l'hypothèse de l'onérosité excessive de la prestation et, pour ce qui concerne l'impossibilité que celle-ci soit le motif de l'annulation d'une obligation, il ne s'appliquait qu'aux cas de disparition du bien, de sa mise hors commerce ou de la perte sans responsabilité du débiteur (art. 1298 du code civil abrogé). Néanmoins, de cette façon, toutes les hypothèses d'obligation de *faire* restaient exclues du domaine d'application de la norme. En revanche, le législateur de 1942 a souhaité inclure dans le domaine d'application de l'article 1256 c.c. toutes les obligations, de toutes sortes, que se soient les obligations de donner que les obligations de faire.

⁷ Comme le souligne C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, 399, l'impossibilité à l'origine de la prestation implique la nullité du contrat à condition que la prestation soit dans l'abstrait insusceptible d'être réalisée. Autrement, il s'agit d'inaptitude à remplir son obligation ce qui donne lieu pour le débiteur à un manquement à ses obligations.

⁸ M. ZACCHEO, *op. cit.*, 1640-41.

2. L'onérosité excessive de la prestation

Il est incontestable que les dispositions du code civil italien en matière d'onérosité excessive de la prestation représentent une hypothèse typique d'imprévision concernant les contrats dont l'exécution est destinée à se proroger dans le temps, à savoir les contrats à exécution continue ou périodique ou bien à exécution différée⁹.

Et l'onérosité excessive de la prestation intègre une hypothèse d'imprévision contractuelle juridiquement importante puisque à partir d'un fait survenu, inattendu et ayant une incidence sur le rapport contractuel, une norme juridique fait découler un effet particulier. Il est en effet prévu que la partie dont la prestation est devenue excessivement onéreuse a le droit de demander la résolution du contrat si le déséquilibre qui s'est désormais vérifié entre les prestations, non prévu au moment de la signature du contrat, est dû à des événements extraordinaires et imprévisibles qui ne rentrent pas dans le cadre de l'aléa contractuel normal.

À bien y regarder, aux termes de l'article 1467 du code civil, non seulement il est nécessaire de se trouver en présence d'un fait survenu, inattendu et étranger au domaine d'influence des parties, mais il est également indispensable, pour que l'effet résolutoire puisse se produire, que ledit fait survenu modifie la situation créée par le contrat à travers la double caractéristique d'extraordinaire et imprévisible. Seul un fait extraordinaire et imprévisible est en mesure de modifier la situation créée par le contrat; chaque fait, même si inattendu, n'ayant pas ces deux caractéristiques ne

⁹ Sur l'onérosité excessive survenue de la prestation, v. G. AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 170; E. OSILIA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 15 ss.; A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; E. REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 344 ss.; A. BOSELLI, *voce: Eccessiva onerosità*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, 331 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.; A. VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in G. ALPA - M. BESSONE (éd.), *I contratti in generale*, Torino, 1991, Vol. IV, t. II, 980 ss.; P. GALLO, *voce Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto Disc. priv. sez. civ.*, Vol. VII, Torino, 1991, 235 ss.; ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 182; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario dir. da Schlesinger*, Milano, 1995, 109 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 399 ss.; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (éd.), *Il contratto in generale. La risoluzione*, in M. BESSONE (éd.), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. XIII, Torino, 2011, 341 ss.; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO - G. DE NOVA (éd.), *Il contratto*, Torino, 2016⁴, 1677 ss.

produit aucune modification et ne peut donc justifier un effet résolutoire¹⁰.

Il convient par ailleurs de souligner deux autres critères de sélection, visés par la réglementation concernée et centrés sur les principes de l'onérosité et de la corrélation: le premier concerne la seule prestation et le deuxième le rapport entre les prestations visées par le contrat. Le problème étant ainsi cerné, il semblerait donc que l'onérosité ne détermine pas à elle seule l'effet résolutoire et encore moins l'onérosité excessive, mais que ce serait l'incidence de cette dernière en termes de corrélation qui serait à l'origine de tel effet¹¹.

S'il est vrai que la norme règle les hypothèses d'altération de l'équilibre contractuel, on ne peut toutefois affirmer qu'elle apporte une tutelle générale de cet équilibre. Il existe, en effet, des limites rigoureuses à la possibilité de demander, par voie judiciaire, la résolution du contrat: celle-ci ne peut être demandée, comme précédemment souligné, que dans la mesure où l'onérosité excessive de la prestation influence le rapport de corrélation entre les prestations et que les événements qui provoquent le déséquilibre contractuel (c'est-à-dire, l'onérosité excessive de la prestation) sont caractérisés par les conditions de caractère extraordinaire et imprévisible.

En conséquence, compte tenu des limites prévues expressément par la norme, il faut considérer que la tutelle qu'elle apporte n'est en rien généralisée.

Une telle affirmation n'est pas du tout évidente étant donné que dans le Rapport au code civil du 16 mars 1942, suivi par la jurisprudence au cours des années suivantes, nous pouvons lire qu'avec le principe de l'onérosité excessive, le but était d'introduire, par rapport aux négociations durables, «de façon explicite et à titre général, le principe de la sujétion des contrats à contrepartie financière de la prestation à la clause *rebus sic stantibus*»¹².

¹⁰ Pareillement à ce que nous avons observé précédemment (note 5) pour ce qui concerne le concept général d'imprévisions, qui regroupe non pas tous les faits survenus après la conclusion du contrat, mais uniquement ceux qui, en vertu de la réglementation, sont à même de produire des effets juridiques, cette hypothèse typique d'imprévision contractuelle repose elle aussi sur le principe de savoir si et quand l'événement survenu présente les prérequis précédemment définis et sélectionnés par la réglementation. Telle est, en règle générale, le rôle de la norme juridique, laquelle décrit en termes généraux et abstraits des "types" ou des "catégories" d'événements uniquement probables et ainsi faisant, leur attribue leur importance juridique (soi-disant "*rilevanza*") en leur attribuant la production d'effets juridiques spécifiques. En d'autres termes, l'importance de chaque événement de la réalité dépend de sa conformité au modèle de fait prévu par la réglementation juridique. Il s'ensuit que le caractère juridique d'un fait n'est pas intrinsèque au fait lui-même mais est voulu et attribué par l'extérieur.

¹¹ M. ZACCHEO, *op. cit.*, 1642.

¹² V. Cass., 12 mai 1943, n. 1149, in *Foro it. Mass.*, 1943, c. 284; dans le même sens, Cass., 1 juillet 1947, n. 1619, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss., commentée par R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 cod. civ.*; Cass., 22 juin 1963, n. 1686, in *Mass. Giur. it.*, 1963.

En effet, au vu de ce que nous avons pu observer, il apparaît que seules quelques-unes des imprévions, choisies parmi celles traditionnellement imputables à la clause *rebus sic stantibus*, justifient l'application de l'article 1467 c.c. En d'autres termes, dans le cadre de l'exécution de la matière concernée, la source de l'imprévision est qualifiée par la réglementation et il ne suffirait donc pas, dans le cadre d'un litige contractuel, d'invoquer la codification de la clause *rebus sic stantibus* pour attribuer une importance à chaque imprévision ayant des retombées sur le rapport contractuel¹³.

Le *ratio* de la prévision de ces limites rigoureuses d'application peut être trouvé dans le principe en fonction duquel dans les contrats à prestations correspondantes, à exécution continue, périodique ou à exécution différée, chaque partie prend sur soi le risque des événements susceptibles d'altérer la valeur économique des prestations, dans les limites rentrant dans l'aléa normal du contrat, en entendant comme tel le risque inhérent généralement à l'opération juridique particulière¹⁴.

Nous comprenons mieux alors la centralité systématique attribuée au deuxième alinéa de l'article 1467 c.c., portant sur une disposition pour la protection de l'autonomie privée¹⁵. Le législateur italien, en effet, n'a pas jugé bon de permettre aux parties de remettre en cause le lien contractuel,

¹³ Comme le souligne A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola rebus sic stantibus*, cit., 55, en présence d'un fait survenu, une application des lois codifiées en matière d'onérosité excessive survenue, en dehors des limites applicatives visées par l'article 1467 c.c., constituerait une hypothèse de "droit incalculable" qui pourrait être incluse dans le phénomène plus général de "*crisi della fattispecie*". Sur cette notion, voir N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 36 ss. et ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁴ Selon M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione*, Milano, 2000, 259, par "aléa normal" on doit entendre, du point de vue objectif, le « rapport de valeur entre les prestations fruits d'une estimation des parties librement déterminée » et, du point de vue subjectif, « la limite de responsabilité, ou si on préfère, de risque pris par chacun des contractants ». Pour ce qui concerne la constatation de l'aléa normal qui doit se faire en tenant compte du type de contrat choisi par les parties, voir E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 367.

¹⁵ À ce propos, se référer à M. ZACCHEO, *voce: Sopravvenienza*, cit., 1641, qui attribue un rôle central à la norme visée dans le deuxième alinéa de l'article 1467 c.c., définie comme « norme centrale du système ». Voir aussi M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 417, laquelle souligne que lorsque l'imprévision fait partie de l'aléa normal, qui représente «le point intangible d'équilibre entre les prestations réciproques librement déterminé par les parties, [...] protégé par la loi qui en garantit le respect», seule l'autonomie de négociation des parties peut représenter une solution au déséquilibre économique qui s'est présenté, par le biais d'une détermination conventionnelle en vertu de laquelle les contractants s'engagent à entreprendre de nouvelles négociations en présence d'événements non extraordinaires ni imprévisibles. Il s'ensuit que la renégociation conventionnelle agit dans cet espace représenté par l'aléa normal du contrat, et représente donc une limite négative à une telle solution puisque sa source est légale.

si l'altération dans l'équilibre de valeur entre les prestations rentre dans les limites de la normalité. Chaque contractant doit donc, au moment de la stipulation, tenir compte des risques rentrant dans l'aléa normal et étant liés à des événements prévisibles selon la diligence première.

En outre, la cause de l'onérosité excessive survenue doit revêtir le caractère de "généralité"¹⁶ : en effet, il ne suffit pas une simple difficulté qui s'est produite exclusivement dans la sphère du débiteur, mais on requiert une cause qui provoque une modification importante de la valeur de marché de la prestation¹⁷. Il est nécessaire, en conséquence, une aggravation économique exceptionnelle de la prestation (ou bien une diminution exceptionnelle de la valeur de la contre-prestation) dérivant de causes graves de perturbation des rapports socio-économiques.

Seulement quand l'économie du contrat est bouleversée par des événements extraordinaires et imprévisibles, la partie est légitimée à se libérer du lien, en demandant la résolution. Sinon chaque contractant est tenu de subir l'aléa normal du contrat, en restant lié vis-à-vis de l'autre contractant¹⁸.

Le besoin, protégé par la norme, de garder dans les limites de la normalité l'aléa contractuel constitue aussi le *ratio* à la base de la prévision visée à l'art. 1467, alinéa 3 du code civil, concernant la possibilité, pour la partie contre laquelle la résolution est demandée, de l'éviter par une offre de modification équitable des conditions du contrat.

Pour ce qui concerne cette proposition de modification, la réglementation n'impose pas au défendeur souhaitant éviter la résolution du contrat, de proposer une modification des conditions contractuelles à même de rétablir l'équilibre entre les positions respectives existant au moment de la stipulation dudit contrat. Il suffit au contraire, pour pouvoir considérer la proposition de modification comme équitable, qu'elle replace le contrat dans une dimension synallagmatique de sorte que, si elle avait existé au moment de la stipulation, la partie grevée n'aurait pas eu droit de demander la résolution.

¹⁶ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019³, 422 ss. effectue la distinction entre des «fondements objectifs généraux» et des «fondements spécifiques»: les premiers sont représentés par les conditions de marché et de la vie sociale qui ont des conséquences sur l'économie du contrat, tandis que les seconds sont constitués par les circonstances particulières, importantes sur le plan de la volonté de chaque contractant.

¹⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 237.

¹⁸ Ceci se vérifie par exemple, lorsque les présupposés génériques restent substantiellement identiques, autrement dit lorsque se vérifie un changement prévisible de la situation du marché. En tels cas en effet, chaque contractant est tenu de supporter le risque que des événements dépendant de la dynamique ordinaire du marché réduisent la rentabilité du contrat et restera donc engagé vis-à-vis de l'autre partie. Voir à ce propos C.M. BIANCA, *op. cit.*, 422 ss.

Ce rattachement à l'équité du déséquilibre qui s'est produit entre les prestations constitue un remède dit « de confirmation », alternatif à la résolution du contrat (qui est, par contre, un remède de type « ablatif »), prévu par le premier alinéa de la norme en examen.

Il faut faire bien attention car aucun autre remède destiné à garder le contrat en vie n'est prévu par le code civil italien¹⁹. Notamment – mais nous y reviendrons plus tard – il n'est pas prévu aucun type d'intervention du juge sur le contrat afin de l'adapter au changement de circonstances et d'en éviter la dissolution²⁰. En outre, il ne semble pas que le système le prévoit une obligation pour les parties de renégocier le contrat²¹ ou, à plus forte raison, de parvenir à un nouvel accord au contenu conforme à la nouvelle situation.

Néanmoins, malgré l'absence d'une prévision réglementaire visant à préserver le contrat, un vaste débat s'est ouvert depuis longtemps en Italie: une première tendance indique comme solution possible (et unique) de la controverse entre les contractants la résolution du contrat²²; une deuxième

¹⁹ Le code civil italien complète la discipline “générale” de la résolution pour onérosité excessive (et de la proposition de reconduction équitable) visée par l'article 1467 c.c., par une série de voies de recours visant à régler le phénomène des imprévisions contractuelles dans le cadre de chaque type contractuel. Voir par exemple les articles 1623, 1635, 1636, 1664, 1897, 1898 c.c., en matière de voies de recours pour faire face à des événements survenus au cours de l'exécution d'un contrat de location d'un bien productif (“*affitto*”), de sous-traitance et d'assurance. De telles voies de recours permettent – contrairement à la résolution – de préserver le rapport contractuel original par le biais d'une adaptation juridique du contrat. À ce propos, consulter le travail monographique de E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. et son analyse, notamment de la discipline du code civil en matière d'imprévisions dans le contrat de sous-traitance (article 1664 c.c.).

²⁰ À ce propos, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*; A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 796 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obblighi di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 3, 467 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; ID., *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Juscivile*, 2019, 4, 397 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., *passim*; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 2, 585 ss.

²¹ Sur la distinction entre “renegotiation” et “répétition” du contrat, v. N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 44.

²² Selon cette théorie en effet, la seule voie de recours générale – à savoir la résolution pour onérosité excessive – peut être envisagée à condition que les imprévisions soient typiques, tandis que les imprévisions atypiques appartiendraient à la catégorie de l'aléa normal du contrat et doivent être supportées par la partie désavantagée, laquelle ne peut se soustraire à l'exécution du contrat aux conditions originales convenues. Voir, *ex plurimis*, notamment G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus»*, cit.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985⁹, 186; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato Cicu-*

thèse, par contre, penche pour la «conservation» du lien contractuel, en valorisant les obligations des parties d'adapter l'accord premier par la renégociation et, parfois, la possibilité d'une "révision" judiciaire du règlement contractuel²³.

3. *Le système français et la théorie de l'imprévision*

La discipline de l'onérosité excessive survenue de la prestation était absente du code civil italien de 1865 et même du Code Napoléon, dont le premier était inspiré.

À l'origine, comme on le sait, l'art. 1134, 1^{er} alinéa, du Code Civil affirmait: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*». La norme définissait un principe fondamental du droit des obligations en statuant que le contrat lie – au même titre que la loi – les contractants à l'exécution des prestations établies²⁴.

Dans le même temps, le Code Civil ne prévoyait aucune disposition pour régler le phénomène de l'onérosité excessive survenue, toujours en obligeant les contractants au respect de l'accord premier, même en présence de circonstances survenues durant l'exécution du rapport.

On affirmait ainsi la force obligatoire de l'accord premier et on empêchait au juge d'intervenir pour modifier le contrat, en l'adaptant aux circonstances survenues durant l'exécution du rapport²⁵.

C'était donc un modèle fondé, d'un côté, sur la valorisation maximale de la volonté première des contractants et, de l'autre, sur l'absence de

Messineo-Mengoni, t. II, Milano, 1987, 834 ss.

²³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 312 ss.; ID., *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (éd.) *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, 689 ss.; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1711; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 972-973.

²⁴ La formulation de l'article 1134, 1^{er} alinéa, du Code Civil reprenait par ailleurs un passage célèbre de J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, Livre I, tit. I, sect. II, n. 7, Paris, 1767, 22: «Les conventions étant formées, tout ce qui été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites». Le principe énoncé dans l'article 1134 fut ensuite transposé dans les autres codes civils européens, à commencer par exemple par l'article 1123 du code civil italien de 1865, aux termes duquel «I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rievocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge».

²⁵ E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, cit., 1518.

considération des circonstances survenues durant l'exécution du rapport.

Ce modèle avait déjà été énoncé clairement en 1876 par un célèbre jugement de la Cour de Cassation sur le soi-disant « Canal de Craponne»: «dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants»²⁶.

L'arrêt jurisprudentiel susmentionné ferme pendant longtemps la porte à la théorie de l'imprévision²⁷ qui avait fait l'objet d'un débat doctrinal²⁸

²⁶ Cass., 6 mars 1876, *Recueil Dalloz*, 1876, I, 193. La Cour de Cassation était donc appelée à se prononcer sur des contrats stipulés en 1560 et 1567 ayant pour objet la fourniture d'eau destinée à approvisionner des canaux. Compte tenu du passage du temps, la somme convenue était devenue dérisoire et le fournisseur exerçait son droit d'ester en justice pour demander une réévaluation de ladite somme. Sa requête fut rejetée sur la base du principe de la force obligatoire du contrat, confirmée par le code. Les raisons de cette décision reposent sur le caractère sacré du contrat comme expression de l'autonomie des parties et la volonté de garantir la certitude du droit en limitant le rôle du juge.

²⁷ En particulier, selon J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, in *Traité de Droit Civil*, Paris, 1994, 310 ss., «il y a imprévision toutes les fois que des circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat, rendent son exécution extrêmement difficile ou beaucoup plus onéreuse, sans pour autant qu'elle soit impossible [...] il y a imprévision lorsque le prix d'un bien ou d'un service, fixé dans une convention, ne correspond plus à sa valeur vénale objective appréciée par le juge en se plaçant au moment de l'exécution du contrat».

²⁸ Au lendemain de l'entrée en vigueur du *Code civil*, la doctrine était partagée entre ceux qui admettaient le cas de circonstances non prévues au moment de la stipulation du contrat, une modification judiciaire pour l'exécution partielle de l'obligation (J.-B. CARRIER, *Traité des obligations d'après les principes du Code civil, dans lequel on compare ce Code aux lois romaines, et où l'on démontre sa supériorité sur elles dans tous les points où il s'en est écarté*, Dijon, 1818, 218 ss.; TH. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente. Du mandat. Commentaire du titre XII du livre III du Code civil*, XVI, Paris, 1846, 580); ceux qui estimaient que la survenance de circonstances autres que celles prévues au moment de la stipulation du contrat rendait impossible l'obligation (M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaires des titres III et IV, Livre III du Code civil, articles 1101 à 1386*, IV, Paris, 1885², 53 ss.); et enfin, ceux qui se concentraient sur la circonstance si l'empêchement était imputable au débiteur (C. AUBRY - C. RAU, *Cours de droit civil français*, III, Paris, 1856³, 169 ss.). À ce propos, rappelons la position de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVII, Paris-Bruxelles, 1875, 466 ss., qui voit d'un mauvais œil le fait de s'éloigner du code et souligne que la Cour de Cassation s'est parfois basée «sur un principe qui n'est pas écrit dans nos lois, qui [...] était en opposition avec un principe que le code consacre». Pour des plus amples références historiques, v. L. MOSCATI, *Crisi economica e diritto dei contratti nel XIX secolo*, cit., 46 ss.; EAD., *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. e impr.*, 2015, 2, 423 ss., notamment 431-432.

et jurisprudentiel²⁹ tout au long du XIX^e siècle. Fut notamment rejetée l'idée d'attribuer l'imprévision à la force majeure, prévue par l'article 1148 du Code Civil pour la résolution du contrat. On affirme en effet qu'un évènement survenu «qui rend simplement le contrat moins avantageux pour l'une des parties, ne constitue pas une force majeure»³⁰, parce que la prestation est devenue certes plus onéreuse mais non impossible. Ceci également au lendemain de la première guerre mondiale définie comme étant «le domaine par excellence de l'imprévision»³¹.

Par contre, la jurisprudence administrative s'est quant à elle montrée favorable à une reconnaissance de l'imprévision³². En effet, dans un rapport dans le cadre duquel une Administration publique est partie en cause, le juge avait la possibilité de revoir les conditions contractuelles en présence d'une modification survenue au niveau de l'équilibre entre les prestations. Il s'agirait donc d'une révision de type judiciaire puisque le juge s'est vu attribuer le pouvoir de tenir compte d'évènements non prévus par les parties au moment de la stipulation du contrat³³.

²⁹ Pour donner de l'importance aux imprévisions survenues en cours d'exécution du contrat, la jurisprudence a commencé par faire référence à la force majeure, en ramenant sous ce principe la théorie de l'imprévision (v., par exemple, Cour d'appel Douai, 3 mai 1851, *Recueil Dalloz*, 1854, I, 130; Cour d'appel Grenoble, 18 août 1854, *Recueil Dalloz*, 1855, II, 78). Mais la force majeure donnait cependant lieu nécessairement à la résolution du contrat et se révélait donc une solution inappropriée pour ceux qui estimaient comme envisageable, à titre d'effet de l'application de l'imprévision contractuelle, une intervention de la justice visant à adapter le contrat.

³⁰ Cour d'appel Nancy, 14 juillet 1871, *Recueil Dalloz*, 1871, II, 158; Cass., 8 août 1900, *Recueil Sirey*, 1903, I, 46.

³¹ La solution fut trouvée sur le plan législatif: pendant l'entre-deux-guerres et après la deuxième guerre mondiale, des lois temporaires furent promulguées (comme, par exemple, la Loi Failliot du 21 janvier 1918) qui permirent la résolution de contrats devenus trop onéreux, mais la jurisprudence – dans les cas non couverts par la loi – reste fidèle au principe de la force obligatoire des conventions codifié par l'article 1134, en rejetant toutes les requêtes visant à légitimer l'imprévision dans l'exécution du contrat.

³² Dans le cas du "Gaz de Bordeaux" de 1916, concernant la concession de gaz, le Conseil d'État avait en effet statué que l'économie du contrat étant totalement bouleversée suite à la hausse, impossible à prévoir par les parties, du coût de la production due au prix du charbon, le concessionnaire ne pouvait pas être tenu de garantir le fonctionnement du service aux conditions stipulées à l'origine. Il était donc nécessaire d'équilibrer les intérêts: la société était toujours tenue de fournir le service mais avait le droit d'être indemnisée des conséquences pécuniaires de la situation qui allait au-delà du risque économique normal. Par la suite, il a été précisé qu'il s'agissait d'évènements imprévisibles, exceptionnels et hors du contrôle des parties.

³³ La doctrine française souligne par ailleurs la nécessité, pendant l'exécution du rapport contractuel, de préserver l'équilibre des prestations et estime que l'intervention du juge est

Le rôle de l'imprévision n'est donc pas de provoquer la résolution du contrat, comme la voie de recours visée par l'article 1467 du code civil italien en cas d'onérosité excessive, mais plutôt d'arriver à une révision du contrat en question.

Il a été souligné dans la doctrine que la décision de pencher pour la conservation du contrat plutôt que pour sa résolution serait motivée par la nécessité, dans les contrats avec l'Administration publique, de garantir ce que l'on appelle le principe de la continuité du service public³⁴.

Plus récemment, également pour des raisons d'uniformité avec le droit européen des contrats³⁵ et de justice contractuelle³⁶, il est apparu évident de toutes parts qu'un système ne prévoyant aucune norme règlementant le cas de "changement imprévisibles des circonstances" était désormais inadapte³⁷.

possible si cet équilibre vient à manquer. La révision du contrat est donc admise, non pas en raison de l'imprévision en elle-même, mais en vertu du fait qu'un évènement imprévu survenu a compromis l'équilibre des prestations existant au moment de la stipulation du contrat au cours de l'exécution dudit contrat.

³⁴ Voir J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., 331, rappelé par M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., 361, lequel souligne que la jurisprudence administrative française est parvenue à reconnaître l'importance de l'imprévision afin d'éviter que «la rigidité excessive du rapport contractuel, par rapport au facteur temps, puisse pousser l'entreprise à opter pour la solution du manquement à ses obligations», une solution qui nuirait aux intérêts de la collectivité que le contrat souhaitait protéger.

³⁵ L'article 6:111 des *Principles of European Contract Law*, rédigés par la Commission Lando, prévoit, en cas de prestation excessivement onéreuse due à un changement de circonstances, l'obligation pour les parties d'engager des négociations et en l'absence d'un accord dans des délais raisonnables, le juge a la faculté de résilier le contrat ou de le modifier; l'article prévoit également à l'encontre de la partie n'ayant pas agi en toute bonne foi, la réparation du dommage subi. À ce propos, voir A. GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei Principi del diritto contrattuale europeo*, in G. ALPA - E.N. BUCCICO (éd.), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002, 199 ss. Le *Draft Common Frame of Reference* souligne également la nécessité de conserver les rapports contractuels – au détriment de la rigidité du schéma de l'acte voulu par les parties – à travers le pouvoir attribué au juge de résilier le contrat ou de le modifier après l'échec des négociations entre les parties (art. III-1:110, *Variation or termination by court on a change of circumstances*). Dans les contrats commerciaux internationaux, les Principes Unidroit prévoient l'insertion de clauses de *hardship*, en vertu desquelles la partie désavantagée a le droit de demander la renégociation et faute d'un accord dans des délais raisonnables, le juge a la faculté de résilier le contrat ou de le modifier dans le but de rétablir l'équilibre original (art. 6.2.2 - 6.2.3).

³⁶ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002; L. THIEBERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, 2011; G. LARDEUX, *L'équilibre du contrat*, Paris, 2012.

³⁷ Voir, par exemple, F. TERRÉ - P. SIMLER -Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2002⁸, 466 ss.

Par la réforme de 2016³⁸, le Code Civil français a introduit une norme sur la soi-disant «imprévision contractuelle». C'est l'art. 1195 qui règle l'hypothèse d'un «changement de circonstances imprévisible», en établissant une discipline qui s'articule en trois phases ou étapes³⁹.

Dans la première phase, l'objectif est la renégociation. Dans le cas de changement de circonstances telles qu'elles rendent la prestation excessivement onéreuse, on attribue à la partie qui n'avait pas accepté le risque, la faculté de solliciter l'autre à renégocier les conditions contractuelles tout en continuant à effectuer la prestation tant que l'accord n'est pas obtenu.

Dans la deuxième, dans le cas où l'accord n'est pas obtenu parce que l'autre partie refuse ou parce que la négociation échoue, les contractants ont la possibilité de choisir s'ils veulent résoudre d'un commun accord à la date ou aux conditions établies ou de demander d'un commun accord au juge d'intervenir pour l'adapter à la nouvelle situation. Dans cette phase, le juge joue un rôle de conciliation comme un «amiable compositeur» ou décide, dans le cadre des limites fixées par les parties, d'adapter le contrat à la nouvelle situation.

La troisième phase démarre, en l'absence d'accord sur la demande d'adaptation dans un délai «raisonnable», quand l'un des contractants recourt au juge pour obtenir la révision ou la résolution du contrat *à la date et aux conditions qu'il fixe*.

En plus de la prévision d'un régime d'adaptation du contrat, l'aspect innovant de la norme sur les survenances est donné par le pouvoir attribué au juge d'intervenir sur l'acte d'autonomie privée⁴⁰.

³⁸ Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁹ Sur le nouveau art. 1195 du Code Civil, v. G. CHANTEPIE - M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, 441 ss.; O. DESHAYES - T. GENICON - Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, 384 ss.; B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, 2016, 295; B. FAUVARQUE-COSSON, *Does Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Bind Contracts?*, in J. CARTWRIGHT - S. WHITTAKER (éd.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford-Portland Oregon, 2017, 187 ss.; en langue italienne, F. BENATTI, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *Giur. it.*, 2018, 1302 ss.; V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 392 ss.; E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision"*, cit.

⁴⁰ Voir, à ce propos, les observations formulées par J.-S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats entre continuité et europeanisation*, in A. D'ANGELO- V. ROPPO (éd.), *Annuario del contratto 2016*, Torino, 2017, 27, qui a défini l'article 1195 une «atteinte à la force obligatoire du contrat».

Ce qui suscite la perplexité, en premier lieu, c'est le choix de ne pas prévoir de paramètres que le juge doit observer dans la révision du contrat. On se demande alors si le juge peut décider selon sa propre vision et sa manière de percevoir les tenants et les aboutissants ou bien s'il doit chercher la volonté des contractants afin de déterminer quel ordre d'intérêt ils auraient voulu⁴¹.

Il serait, par suite, préférable que les parties déterminent elles-mêmes les critères que le juge doit suivre lors de l'adaptation du contenu contractuel. Cette option est plus respectueuse de l'autonomie privée que ne l'est la demande générique de révision qui donnerait au juge le pouvoir de recourir à des paramètres indéterminables tels que la bonne foi, le bien-fondé et la correction.

D'autres problèmes se posent pour l'absence d'une hiérarchie de remèdes pour le juge, qui semble pouvoir décider librement entre révision et résolution. L'incertitude est aggravée par le fait que «le juge peut mettre fin [au contrat] à la date et aux conditions qu'il fixe». On ne spécifie rien sur les modalités selon lesquelles la fin du contrat devra être gérée et à partir de quel moment⁴².

⁴¹ Mais, à ce stade, il se pose le problème de comment chercher la volonté des contractants. Il est possible d'envisager un jugement semblable à celui visé par le code civil italien à l'article 1424 en matière de conversion du contrat entaché de nullité, à savoir visant à déterminer si les parties auraient de toute façon voulu, si elles avaient eu connaissance de la nullité, les effets du différent contrat où convertir celui concrètement stipulé. À ce propos, voir la reconstruction de A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (éd.), *I contratti in generale*, in P. RESCIGNO (éd.), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, 1365, qui fait une distinction entre théorie subjective et volontariste et théorie objective. Si, selon la première théorie, il faut prendre en compte la volonté hypothétique des parties, la théorie objective veut quant à elle que ce soit la loi elle-même qui impose le contrat différent lorsque l'objectif poursuivi est de toute façon réalisé. En d'autres termes, ce n'est qu'en vertu d'une telle aptitude à réaliser l'objectif voulu – en vertu d'une présomption légale – que l'on peut estimer que les parties auraient souhaité un autre type de contrat si elles avaient eu connaissance de la nullité. Ceci parce que, selon l'Auteur, «la volonté contractuelle, purement présomptive, ne peut être établie si ce n'est comme correspondance du différent contrat au programme prévu».

⁴² Pour ces raisons J.-S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats*, cit., 27-28 observe que «il est probable que les tribunaux ne feront pas souvent application de ce nouvel article 1195» et que «le nouveau texte risque surtout d'inciter les parties à trouver un accord en cas de changement de circonstances, ou à prévoir des clauses permettant d'éviter le recours au juge (l'article 1195 ayant un caractère supplétif de la volonté des parties)». En effet, la perspective d'une intrusion du juge dans le contrat, compte tenu de l'incertitude qu'elle engendre, jouera vraisemblablement comme un repoussoir pour les parties.

4. *Imprévision, révision judiciaire du contrat et autonomie privée*

L'introduction dans le Code Civil de la matière en question est l'occasion de réfléchir sur la possibilité de prévoir ou non, dans le cadre réglementaire italien actuel, des voies de recours analogues à celles prévues par le nouvel article 1195.

En effet, aux côtés de la thèse négative – que nous pouvons définir "traditionnelle"⁴³ – la doctrine italienne a récemment eu de plus en plus tendance à reconnaître, outre la résolution du contrat, une obligation pour les parties de procéder à nouvelle négociation du contrat suite aux imprévus et en cas d'échec des nouvelles négociations, de demander au juge d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances⁴⁴.

Une telle intervention du juge représenterait un remplacement radical de l'autorité judiciaire sur l'autonomie privée⁴⁵. Selon cette hypothèse, le juge serait en effet chargé de définir concrètement le contenu de l'accord de renégociation afin d'adapter le règlement contractuel original à la nouvelle situation⁴⁶.

Néanmoins, outre le fait que le système positif italien semble pas accorder un tel pouvoir au juge⁴⁷, celui-ci ne disposerait d'aucun paramètre pour pouvoir définir le contenu de l'accord de renégociation. Tout semble être laissé au libre arbitre du juge.

Mais en tout cas, l'intervention du juge lors de l'adaptation du contenu contractuel serait passible de critiques même là où l'on voudrait le rattacher à certains paramètres.

Une partie de la doctrine propose de l'ancrer à la bonne foi, en particulier celle existant lors de l'exécution du contrat (la soi-disant bonne foi *in executivis*, prévue par l'art. 1375 du code civil italien)⁴⁸. Lors de toute hypothèse d'onérosité excessive survenue de la prestation, la partie intéressée

⁴³ Pour les références bibliographiques, v. *supra*, note 22.

⁴⁴ Voir, en particulier, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 312 ss.; ID., *Le sopravvenienze*, cit., 689 ss.

⁴⁵ Sur l'autonomie privée, v. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.

⁴⁶ G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, 160-161.

⁴⁷ Actuellement, en Italie, il existe un projet de réforme du Code civil qui prévoit aussi l'introduction d'un mécanisme visant à permettre au juge d'intervenir et de modifier le contenu selon la bonne foi (art. 1, lettre *i* du projet de loi S. 1151). À ce propos, voir les observations formulées par F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, cit., 397 ss.

⁴⁸ Voir F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 343 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 53 ss.

aura ainsi la possibilité de demander la renégociation du contrat d'après la bonne foi et, en cas d'absence d'accord, il est prévu l'intervention du juge auquel on peut demander l'adaptation des conditions contractuelles.

Toutefois, ce qui ne persuade pas c'est que du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat on puisse déduire les contenus qui dépendraient de choix juridiques dans la renégociation. En effet, la règle de bonne foi n'est pas une règle sur le contenu mais sur la conduite⁴⁹: elle guide le comportement des parties, dans la phase de l'exécution du contrat dans ce cas, et elle ne dicte en aucun cas ce que doit être le contenu de celui-ci⁵⁰.

Et, encore moins, il serait possible pour le juge, au moment de la révision du règlement contractuel, de déduire des règles du marché le critère pour procéder à l'adaptation⁵¹. De cette façon, il substituerait aux choix des parties les standards courants du marché. Si la révision doit s'inspirer de l'équité, à savoir la justice dans le cas présent, les intérêts des parties seraient dans ce cas abrogés en faveur des standards propres au marché⁵². Et cette

⁴⁹ A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 717.

⁵⁰ À ce propos, voir L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1, 9, selon lequel la bonne foi n'est pas source d'intégration du règlement de négociation, mais uniquement un critère herméneutique pour expliquer les obligations implicites dans le contenu de l'accord (art. 1366 c.c.) ou bien un critère de détermination des modalités d'exécution et donc d'évaluation de l'exactitude de l'exécution du contrat (art. 1375 c.c.). Pour un cadre des orientations sur le rôle de la bonne foi et sa incidence sur l'autonomie privée, v. G. GRISI, *L'autonomia privata*, cit., 155 ss.

⁵¹ Cette affirmation est étayée par M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1, 86. Voir aussi Cass., 8 septembre 1998, n. 8857, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1865 ss.

⁵² Une telle intervention correctrice – selon le prix moyen pratiqué par les opérateurs d'un secteur du marché – serait fondée sur la croyance que l'adaptation des prestations et la répartition du risque lié au règlement contractuel original, face une imprévision, doit s'effectuer selon le critère de la plus grande efficacité possible, laquelle coïnciderait plus exactement avec les standards propres au marché, plutôt qu'avec les choix individuels des parties. Cela serait passible de critiques, en premier lieu, à la lumière de la configuration que les normes juridiques accordent aux relations d'échange, qui valorisent la liberté du choix individuel et qui – en termes économiques – constituent le modèle de la "rationalité parfaite" du soi-disant *homo oeconomicus*. Comme le souligne N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008⁴, 103, en effet, la loi ne détermine ni ne contrôle les finalités des opérations juridiques particulières, mais en règle formes et modalités, en garantissant ainsi «la liberté et la prise en compte de la décision». Il s'ensuit que dans tous les cas où la personne soit capable de prendre délibérément ses décisions, alors elle doit être considérée aussi comme libre de réglementer elle-même, de manière autonome, ses intérêts. Cela se traduit, sur le plan juridique, par une validité souveraine des accords voulus par les parties, qui seront donc susceptibles de coercition. En d'autres termes, la rationalité individuelle des accords librement conclus par les parties est elle-même la rationalité maximale du marché.

option serait alors encore plus préjudiciable que l'autonomie privée par rapport à celle de la révision judiciaire selon la bonne foi⁵³.

Et ce parce qu'une telle intervention correctrice du juge pourrait altérer la raison d'échange sous-entendue à la négociation, à travers laquelle les parties ont exprimé leurs propres appréciations quant à l'intérêt de cette affaire⁵⁴. Des appréciations qui, si faites en toute liberté⁵⁵ et même si elles s'écartent du prix moyen pratiqué par les opérateurs de tel ou tel secteur, ne peuvent pas par la suite être mises en question ou remplacées par le juge au même titre que le critère basé sur les standards propres du marché⁵⁶.

Toutefois la thèse selon laquelle les standards du marché représenteraient un niveau d'efficacité supérieur à celui réalisé par les libres choix des parties serait passible des critiques même si on était d'avis que la théorie de la rationalité parfaite de l'*homo oeconomicus* soit en cours de dépassement et les personnes soient dotées – en revanche – d'une rationalité imparfaite et limitée. Avec pour résultat que les échanges ne seraient pas toujours efficaces ni équitables seulement parce que “voulus” et “acceptés”. Néanmoins, même dans ce cas, une intervention régulatrice – afin de prévenir et corriger les éventuelles défaillances des choix individuels – devrait incomber au législateur, non pas au juge. En tel sens, voir E. BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1, 106 ss., notamment 114.

⁵³ A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 717.

⁵⁴ En effet, envisager une adaptation du contrat quoi qu'il en soit lié aux standards du marché équivaldrait à ignorer les multiples raisons possibles ayant poussé les parties à un accord spécifique: le souhait de s'assurer de remporter l'affaire par rapport à d'autres acquéreurs, l'efficacité marginale du bien pour le contractant, ou un simple calcul de rentabilité. Il suffit de penser au cas d'un entrepreneur qui, en contractant librement, a pu stipuler un contrat spécifique avec un fournisseur en versant uniquement une contrepartie supérieure au prix moyen pratiqué et ceci parce que, sur la base d'un calcul de rentabilité, il a estimé qu'en vertu dudit contrat, les bénéfices réalisés auraient dépassé les frais – bien que supérieurs à la moyenne – qu'il aurait eu à supporter. Mais si au moment de l'adaptation du contenu du contrat, la valeur de la contrepartie versée avait été ramenée à la moyenne pratiquée, la raison d'échange que les parties ont librement mise à la base de chaque négociation aurait été annihilée. En d'autres termes, la rationalité spécifique de la décision prise par les parties ne serait pas restaurée mais serait remplacée par une autre, à savoir celle relative aux standards du marché. Pour des plus amples références, v. A. GENTILI, *De iure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 27 ss.

⁵⁵ Plus en général, sur la liberté du choix individuel sous-jacente à la conformation juridique que le législateur a voulue pour les relations d'échange, voir N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 101 ss. Il s'ensuit que pour chaque opération économique, le prix ne peut être considéré ni équitable ni injuste, dans la mesure où ont été respectées les règles sur lesquelles repose sa formation. Il faut donc exclure pour le juge la possibilité d'une évaluation – et *a fortiori* d'une modification – de la «justice» du prix qui dissimulera nécessairement, derrière le rappel à la bonne foi, à la justice, à l'équité, des appréciations de type métajuridique.

⁵⁶ Voir en tel sens E. BATTELLI, *Clausola penale: riduzione d'ufficio e criteri di valutazione*, in *Contratti*, 8, 2008, 784, pour ce qui concerne le pouvoir du juge de réduire la clause pénale manifestement excessive, qui doit être exercé non pas en vertu d'un équilibre

Plus en général, toutes les thèses selon lesquelles il serait possible pour le juge d'effectuer une révision du contrat tiennent pour acquis l'intérêt des parties de sauvegarder le contrat⁵⁷ et ne tiennent pas compte de l'intérêt contraire possible de la partie qui s'est soustraite à la renégociation pour maintenir en vie le lien contractuel⁵⁸.

Mais s'il en est ainsi, il faut sûrement exclure que la révision judiciaire puisse être l'effet juridique constant et automatique de l'altération de l'équilibre juridique consécutif aux survenances contractuelles.

contractuel abstrait, mais par rapport à l'incidence qu'une défaillance d'une des parties a eu sur l'équilibre des intérêts sous-jacents à chaque négociation. En effet, si un tel équilibre des intérêts venait à se modifier, une intervention externe du juge aurait un impact «non seulement inacceptable du point de vue juridique, mais également privé de toute justification économique».

⁵⁷ Il faut considérer aussi qu'où cet intérêt existe, rien n'empêche que les parties procèdent elles-mêmes à une renégociation volontaire.

⁵⁸ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 82, note 125.

François-Xavier Raducanou

Pour l'introduction dans le droit des contrats réformé d'un régime général du dépassement de sa mission par le prestataire de service

SOMMAIRE : 1. La source et la manifestation du dépassement de mission du prestataire – 2. Les effets du dépassement de mission du prestataire.

Contrats, prévision, inexécution et dépassement. Le Professeur Philippe Rémy affirmait en 2003 que « *le droit des contrats, droit des échanges volontaires, instrument irremplaçable de la circulation des biens et des services, doit à la fois faciliter la liberté de l'échange, protéger les prévisions des parties et assurer la justice communicative* »¹. La protection des prévisions est essentielle dans la mesure où tout contrat repose par principe sur une logique d'anticipation. Pourtant, l'anticipation des parties ne peut jamais garantir totalement une parfaite exécution du contenu contractuel. La prévision des parties peut en effet être neutralisée par une manifestation de volonté du débiteur de l'obligation principale. Celui-ci peut être à l'origine d'une carence contractuelle en agissant en deçà de son engagement, il s'agit d'une situation de sous-exécution. Il peut aussi agir au-delà de ses obligations. L'hypothèse visée est alors celle d'un dépassement contractuel ou plus généralement d'un dépassement de mission caractérisant alors une manifestation de sur-exécution.

Le dépassement de mission par le prestataire de service. La situation de dépassement de mission doit tout particulièrement être étudiée lorsque le contractant doit accomplir un travail délimité par les instructions de son créancier. Cela peut être constaté lorsque la mission du contractant ne porte pas sur une chose mais sur un service et par conséquent sur une obligation de faire². L'obligation de faire consiste pour le débiteur à fournir une prestation ou un service autre que le transfert d'un droit réel. Cette obligation peut

¹ PH. RÉMY, *Ouverture* in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Paris, 2003, 4.

² Selon l'ancienne classification entre l'obligation de donner (*dare*), de faire (*facere*) ou de ne pas faire (*non facere*) désormais absente du Code civil après la réforme du droit des obligations.

amener le prestataire à agir au-delà des limites de sa mission car le contrat ne porte pas sur la circulation d'une chose préexistante mais sur la création d'un travail humain. Or, la création d'un travail humain est soumise par nature aux influences de la volonté de son auteur et par conséquent reste touchée par l'éventuelle instabilité de ses choix. Chaque dépassement naît alors de l'autonomie individuelle du contractant. Le dépassement de mission est ainsi possible dans les contrats portant sur un service et par conséquent lorsque la prestation caractéristique porte sur la réalisation d'une prestation intellectuelle, matérielle ou juridique. Les contrats de mandat et d'entreprise, en tant qu'archétypes des contrats de prestation de service³, peuvent renforcer les risques de dépassement du fait de l'autonomie parfois accordée au prestataire. Le mandataire est en situation de dépassement de mission et plus précisément de dépassement de pouvoir lorsqu'il accomplit un acte juridique outrepassant les limites fixées. L'entrepreneur est en situation de dépassement de mission lorsqu'il accomplit des travaux supplémentaires non souhaités par le maître d'ouvrage.

Les lacunes du droit des contrats réformé. La réforme du droit des obligations de 2016⁴ ne formule aucune réglementation relative au dépassement de mission du prestataire. Ce constat propre au droit positif est de même applicable pour le droit prospectif comme le démontre l'Avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux⁵. Ce dernier ne propose aucune réglementation propre au dépassement de mission dans les parties consacrées au contrat de mandat et d'entreprise. L'Avant-projet pouvait également proposer une section spécifique consacrée au dépassement de mission dans son chapitre relatif aux contrats de prestation de service. Il en fut pourtant décidé autrement. Enfin, la notion de dépassement de mission rattachée au domaine contractuel ne fait l'objet d'aucune définition des dictionnaires juridiques⁶ à la différence par exemple du détournement de pouvoir. Le non-traitement de la notion de dépassement de mission est source d'intérêt dans la mesure où ce manquement est indéniablement présent dans la pratique contractuelle récente mais

³ Ce ne sont pourtant pas les seuls contrats de prestation de service, il existe aussi le contrat de dépôt.

⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux – Association Henri Capitant – D. 2017.1660.

⁶ Exemples : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Quadriges, Paris, 2017. *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, 24^e éd., sous la direction de S. GUINCHARD et T. DEBARD, Paris, 2017.

également ancienne. Malgré ce constat, il ne semble pas avoir les faveurs de la doctrine comme l'auraient d'autres notions essentielles comme par exception le détournement⁷ ou encore l'excès⁸ *lato sensu*. En conséquence, le dépassement de mission révèle bien l'existence d'une lacune qu'il convient de corriger tout particulièrement par la délimitation d'une réflexion relative au dépassement de mission contractuelle. L'introduction, dans le droit des contrats réformé, d'un régime général du dépassement de mission du prestataire de service permettrait de définir la notion de dépassement de mission tout en présentant les effets de ce manquement singulier sur les parties et éventuellement sur les tiers par exemple en présence d'un contrat de mandat. La compréhension et l'identification du dépassement de mission du prestataire suppose de présenter dans un premier temps sa source et sa manifestation (1) puis dans un second temps ses effets (2).

1. *La source et la manifestation du dépassement de mission du prestataire*

Une manifestation unilatérale de volonté du prestataire. Tout dépassement de mission repose par nature sur une manifestation de volonté du prestataire durant l'accomplissement de sa mission. Un entrepreneur peut par exemple décider d'ajouter des spots lumineux dans une cuisine sans l'accord du client⁹. De même, un avocat mandataire est en situation de dépassement s'il conclut une transaction au nom de son client sans y être expressément autorisé par ce dernier¹⁰. Enfin, un syndic de copropriété dépasse sa mission s'il décide unilatéralement d'exonérer un lot de copropriété des charges de chauffage contrairement à une décision de l'assemblée générale¹¹.

La manifestation de volonté du prestataire doit par conséquent être unilatérale afin d'être à l'origine d'un dépassement de mission. En ce sens, il ne peut y avoir dépassement de mission si le créancier de l'obligation principale

⁷ Voir notamment : H. EBREN, *Théorie du détournement de pouvoir*, Valence, 1901 ; A. BAHUET, *Le détournement de pouvoirs*, thèse, Paris, 1912 ; A. NEUBURGER, *Le détournement de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Paris, 1937.

⁸ Voirdans le domaine judiciaire : M. Leca, *De l'excès de pouvoir en matière judiciaire*, thèse, Bordeaux, 1902. M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs : l'excès de pouvoirs du juge*, Jouve, 1926. D. GUERMANOFF, *L'excès de pouvoirs de l'arbitre*, Paris, 1929. Plus récemment, dans le domaine civiliste : D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préface de Michel Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 432, LGDJ, Paris, 2004.

⁹ CA, Versailles, CH. 4, 10 mai 2010, n° 08/05994.

¹⁰ Cass. Soc. 17 mars 1988, pourvoi n° 86-40.325, bull. V, n° 183.

¹¹ Cass. Civ. 3^e, 13 avril 1988, pourvoi n° 87-10.746, bull. civ. III, n° 70.

modifie ses instructions durant l'exécution de la mission du prestataire afin de lui permettre d'aller au-delà des instructions originelles. Il s'agit alors d'une approbation *a priori* du bénéficiaire de la prestation. Le prestataire de service ne peut donc pas être en situation de dépassement de mission car les instructions ont changé et justifient par conséquent une exécution différente de la mission première. Le prestataire décide seul de dépasser sa mission et il n'est pas nécessaire de rechercher les mobiles de ce dernier.

L'indifférence des mobiles du prestataire. A la différence du détournement de pouvoir, le dépassement de mission du prestataire ne doit pas s'apprécier au regard de ses mobiles mais au regard du résultat. Le détournement de pouvoir caractérise l'exercice de pouvoirs « *pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils avaient été conférés* »¹². Pour le professeur Maurice Hauriou, le détournement de pouvoir en droit administratif est « *le fait d'un agent de l'administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites, use de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué, c'est-à-dire qui, tout en restant fidèle à sa lettre, sort de l'esprit de sa fonction* »¹³. Contrairement au dépassement de pouvoir, c'est l'appréciation des fins¹⁴ poursuivies par l'auteur qui révèle l'irrégularité de l'acte car ce dernier demeure dans les limites des pouvoirs attribués à l'auteur du détournement. Le critère du détournement repose par conséquent sur l'analyse des mobiles poursuivis par le prestataire alors que celui du dépassement repose sur la comparaison du pouvoir et de l'acte réalisé.

En présence d'un dépassement de mission, il n'est pas important de rechercher la raison exacte ayant poussé le prestataire à outrepasser les limites de sa mission. Le dépassement de mission s'apprécie ainsi objectivement et *a priori* au regard des instructions et des limites fixées à l'origine par le créancier.

Dépassement et inexécution par excès. Un dépassement est une inexécution contractuelle car ce manquement porte par nature atteinte au principe de la force obligatoire et de l'intangibilité du contrat. Pour caractériser une inexécution contractuelle, « *seul compte le résultat de la comparaison entre le promis et l'accompli* » selon le Professeur Faure-Abbad¹⁵. Le prestataire commet bien par principe une faute car il décide unilatéralement de ne pas respecter les instructions de son créancier. L'acte objet du dépassement n'est pas conforme à la promesse du prestataire. Il s'agit donc bien d'une inexécution contractuelle mais cette inexécution est par essence singulière.

¹² C.E. 24 novembre 1975, Pariset, GAJA, n° 1.

¹³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 5^eéd., Paris, 1903,290.

¹⁴ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, 1983,270.

¹⁵ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, thèse, Poitiers, préface de Phillipe Rémy, Paris, 2003, n° 277.

Le prestataire de service est en situation de dépassement de mission lorsqu'il outrepassé les limites fixées.

L'excès est de ce fait inhérent au dépassement. Pour cette raison, tout dépassement de mission révèle par nature une « sur-exécution de la mission ». Le dépassement de pouvoir du mandataire ou encore les travaux supplémentaires de l'entrepreneur se retrouvent fréquemment dans la pratique contractuelle. Un mandataire chargé d'acquérir une voiture pour le mandant peut décider d'acheter le bien pour un montant supérieur à celui originellement fixé. Dans une logique identique, un garagiste peut demander au client le paiement de réparations supplémentaires non mentionnées au moment où le maître d'ouvrage lui a confié la garde du véhicule. Ces deux exemples illustrent chacun une situation de dépassement de mission du prestataire car ils révèlent un excès tant de l'entrepreneur que du mandataire durant la phase d'exécution contractuelle. Le dépassement se distingue donc de la carence contractuelle. Le prestataire est en situation de carence lorsqu'il agit en deçà de sa mission. La carence révèle aussi une inexécution contractuelle mais, à la différence du dépassement, elle se manifeste par une « sous-exécution de la mission ». Le dépassement de mission révèle bien un comportement à la fois actif et excessif du prestataire.

2. Les effets du dépassement de mission du prestataire

La légitime protection du créancier. Le créancier doit légitimement être protégé contre l'acte de dépassement car celui-ci porte atteinte à ses instructions. L'acte de dépassement du représentant est par conséquent inopposable au représenté comme le confirme l'article 1156 du Code civil. L'article 1998, en tant que disposition spéciale propre au contrat de mandat, confirme implicitement cette protection et dispose dans son alinéa 2 que le mandant ne peut être « tenu de ce qui a pu être fait au-delà ». Dans une logique identique de protection du créancier, le maître d'ouvrage ne peut être tenu de payer les travaux supplémentaires qu'il n'aurait pas commandés et autorisés par écrit comme le dispose, dans le cadre d'un marché à forfait, l'article 1793 du Code civil¹⁶. Le créancier est ainsi efficacement protégé

¹⁶ « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire »

contre l'acte de dépassement car il n'est pas engagé à l'égard du prestataire ou encore à l'égard du tiers-contractant en présence d'un mandat. Le créancier peut cependant refuser cette protection et ratifier l'acte de dépassement.

La neutralisation du dépassement par la ratification du créancier. Dans sa thèse de doctorat consacrée à la ratification¹⁷, Franck Juredieu explique l'ambivalence de la notion de ratification par son absence de conceptualisation¹⁸. Il propose une double définition de cette notion. La ratification est, au sens large, l'approbation de ce qui a été fait par d'autres mais une définition plus technique correspond selon l'auteur à l'acceptation par un tiers des effets d'un acte juridique qui ne lui sont pas destinés¹⁹. La seconde définition de Franck Juredieu ne couvre pas l'hypothèse de la ratification des travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur car le contrat d'entreprise suppose la réalisation d'actes matériels et non d'actes juridiques. L'acceptation large doit être retenue ; cette position est partagée par la jurisprudence²⁰, par les textes de loi mais également par une majorité de la doctrine²¹.

Le mandant et le maître d'ouvrage peuvent unilatéralement décider d'approuver le dépassement en ratifiant *a posteriori* l'acte. Il s'agit par nature d'une parfaite manifestation du sacrosanctus principe de la liberté contractuelle. Paul Esmein affirmait sur ce point que : « *Le contrat, de sa nature, respire la liberté* »²².

L'article 1998 alinéa 2 du Code civil dispose ainsi que le mandant : « *n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». La ratification du maître d'ouvrage est aussi possible mais, à la différence du contrat de mandat, elle n'a pas une origine législative mais jurisprudentielle. La ratification des travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage a été reconnue pour la première fois par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans une décision en date du 4 juin 1962²³.

¹⁷ F. JURIEDIEU, *Ratification et acte juridique*, préface de Claude Ophèle, avant-propos de Geneviève Pignarre, Paris, 2013.

¹⁸ *Ibid.*, n° 3. Franck Juredieu révèle « *d'une part l'existence de multiples expressions législatives et jurisprudentielles de la ratification, d'autre part l'absence de toute conceptualisation de ce terme* ».

¹⁹ *Ibid.*, n° 8.

²⁰ Cass. Civ. 1^{er}, 4 juin 1962, bull. civ. I, n° 282. Plus récemment, Cass. Civ. 3^e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit ; Cass. Civ. 3^e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

²¹ Exemple, A. BÉNABENT, *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., Paris, 2018, n° 604. M. THIOYE, *Juris Classeur Civil Code*, V° Louage d'ouvrage et d'industrie, Fasc. 20, 2013, n° 65. PH. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., Paris, 481.

²² P. ESMEIN, *L'obligation et la responsabilité contractuelle* in *Le droit privé français au milieu du XIX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 2, Paris, 1950, 102, n° 1.

²³ Cass. Civ. 1^{er}, 4 juin 1962, bull. civ. I, n° 282.

Le droit offert au créancier de ratifier l'acte de dépassement constitue une exception à la règle de principe selon laquelle un dépassement de mission est une faute devant être sanctionnée. La neutralisation du dépassement est ainsi légitimée par la prise en compte de la volonté du créancier.

La neutralisation du dépassement par la gestion d'affaires du prestataire. Le créancier peut aussi être engagé par l'acte de dépassement si le prestataire a outrepassé utilement sa mission conformément au mécanisme de la gestion d'affaires. En effet, tout dépassement de mission n'est pas nécessairement et irrémédiablement fautif car le prestataire de bonne foi peut, dans certaines circonstances, être guidé par l'altruisme²⁴ à l'égard du mandant ou du maître d'ouvrage. La gestion d'affaires illustre parfaitement de telles circonstances²⁵. Il s'agit d'un quasi-contrat²⁶ et par conséquent d'un fait volontaire dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit²⁷. Le gérant s'immisce dans les affaires du maître en dehors de tout pouvoir afin d'agir dans son intérêt mais à son insu. Le prestataire peut ainsi, dans le prolongement du contrat de mandat ou du contrat d'entreprise, outrepasser délibérément les limites de sa mission afin de préserver les intérêts de celui pour qui il agit. Une telle manifestation de volonté est fort louable en raison de sa bienveillance et justifie un engagement non volontaire du créancier. La condition de l'utilité de l'acte est cependant impérative afin d'engager le créancier sur le fondement de la gestion d'affaires du prestataire.

²⁴ Il est aussi possible d'y voir une forme de dévouement bien que cette notion ne corresponde pas réellement à l'altruisme au regard de la définition formulée par le Professeur Riou. Sur ce point : M. RIOU, *L'acte de dévouement*, in *RTD civ.*, 1957, 223. L'acte de dévouement est défini comme : « l'acte d'un individu qui, en l'absence de toute obligation juridique, accepte délibérément de sacrifier spontanément sa vie en portant secours à autrui ». Le seul point commun entre l'altruisme et le dévouement serait alors l'aide spontanée en faveur d'autrui.

²⁵ A. SÉRIAUX, *L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance*, in *Mélanges Cabrillac*, Paris, 1999, 299. PH. RÉMY, *Des autres sources d'obligations*, in *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, 2013, 31. V. BOUT, *La convention dite d'assistance*, in *Mélanges Kayser*, t.1, Aix-en-Provence, 1971, 157. F. GORÉ, *Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations*, in *D.*, 1953, chron. VII, 39.

²⁶ E. TERRIER, *Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats : l'avenir d'une illusion*, in *La réforme du droit des contrats : actes de colloque*, 1^{ère} Journée Cambacères, 3 juillet 2015, Montpellier, 2015, 139. V. aussi avant la réforme, PH. RÉMY, *Des autres sources d'obligations*, cit., 47. PH. RÉMY, *Plans d'exposition et catégorie du droit des obligations. Comparaison du projet Catala et des projets européens* in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Paris, 2009, 95.

²⁷ Article 1300 alinéa 1^{er} du Code civil : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ».

Conclusion et proposition de modification du Code civil. En conclusion l'objet de la proposition serait d'intégrer la notion de dépassement de mission dans le Code civil tout en formulant une définition complète applicable au contrat de mandat et d'entreprise mais également et d'une manière générale à tout contrat de prestation de service. La formulation d'une telle réglementation ne pourrait en conséquence se situer dans le droit spécial des contrats mais uniquement dans le droit commun des obligations afin de proposer un nouveau régime général relatif au dépassement de mission. La proposition de modification ne peut en conséquence se situer que dans le livre III, titre III du Code civil. D'une manière générale, le dépassement de mission est un manquement par sur-exécution mais c'est en premier lieu une inexécution contractuelle. La proposition de modification du Code civil doit donc s'insérer dans le sous-titre I relatif au contrat, dans son chapitre IV relatif aux effets du contrat et dans sa section V portant spécifiquement sur l'inexécution contractuelle.

L'article 1217 doit être modifié afin d'intégrer la sanction de l'inopposabilité de l'acte en faveur de la partie victime de l'inexécution par dépassement. Le nouvel article 1217 pourrait être ainsi rédigé : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution ou encore bénéficier de l'inopposabilité de l'acte en présence d'un dépassement de mission du prestataire...* ».

L'adjonction de la sanction de l'inopposabilité imposerait en conséquence une restructuration de la section V relative à l'inexécution contractuelle afin d'y ajouter une sous-section supplémentaire portant spécifiquement sur le régime général du dépassement de mission. Il s'agirait alors de la sous-section VI intitulée : « Du régime générale de l'inexécution par sur-exécution », ou encore « Du régime générale du dépassement de mission du prestataire de service ».

Le premier article de cette nouvelle sous-section définirait la notion de dépassement de mission et disposerait : « *Le dépassement de mission est un manquement contractuel dont l'origine réside dans une manifestation unilatérale de volonté du prestataire. Ce manquement doit s'apprécier objectivement et a priori comme un accomplissement à la fois actif et excessif d'une mission préalablement délimitée, produisant une violation des instructions originelles du créancier* ».

L'article suivant aurait pour objet de présenter les effets communs du

dépassement de mission du prestataire sur la personne du bénéficiaire de la prestation. Cette disposition exprimerait la nécessité de protéger le bénéficiaire de la prestation contre l'acte fautif de dépassement en vertu du mécanisme de l'inopposabilité. La sanction de l'inopposabilité présentée par cette disposition serait légitimée par le constat d'une inexécution contractuelle résultant d'une sur-exécution par principe fautive. Cette sanction protégerait le créancier contre tout engagement à l'égard du prestataire lui-même comme c'est le cas en présence d'un contrat d'entreprise ou encore à l'égard du tiers-contractant comme c'est le cas en présence d'un contrat de mandat.

Les deux derniers articles permettraient d'envisager un régime général propre à la neutralisation ou plus exactement à la tolérance du dépassement de mission. Ces deux dispositions se présenteraient comme des exceptions au principe général selon lequel le dépassement de mission du prestataire est par principe fautif car contraire aux instructions originelles. Il faudrait dans un premier temps envisager l'engagement volontaire du bénéficiaire résultant d'une approbation par ratification de l'acte et dans un second temps présenter l'engagement involontaire du bénéficiaire résultant d'une gestion d'affaires du prestataire. Le premier article relatif à la ratification du mandant ou du maître d'ouvrage présenterait cette manifestation de volonté comme un moyen exceptionnel de supprimer le caractère fautif de l'acte de dépassement. Enfin, cette disposition présenterait les conditions relatives à cette ratification. Celle-ci devrait être expresse et dénuée d'équivoque afin d'engager valablement et en toute sécurité le ratifiant par l'acte de dépassement.

Le second article formulerait la règle de la gestion d'affaires afin de rappeler que le créancier peut être engagé par l'acte de dépassement malgré l'absence de manifestation de volonté de sa part. Cette disposition devrait cependant impérativement présenter la condition essentielle selon laquelle la gestion d'affaires du prestataire doit être utile et conforme aux intérêts du créancier afin de d'engager ce dernier et par conséquent de tolérer l'acte de dépassement.

Pour terminer cette réflexion sur la notion de dépassement de mission et cloturer cette proposition de modification du Code civil, il convient de citer l'un des plus illustres empereur et philosophe romain, Marc Aurèle selon lequel « *On n'est pas moins fautif en ne faisant pas ce qu'on doit faire qu'en faisant ce qu'on ne doit pas faire* »²⁸.

²⁸ M. AURELE, *Pensées pour moi-même*, Paris, 1999.

Claudio Corsetti

Le principe du consentement translatif : origines en droit romaine et nouvelles perspectives d'harmonisation des systèmes juridiques européens

SOMMAIRE : 1. Les modèles de transfert de propriété dans les systèmes juridiques européens – 2. Droit romain et modèles de transfert de propriété – 3. Les formes de consentement translatif en droit romaine : la *traditio ficta* ou *symbolica* – 4. Le principe du consentement translatif dans le Code Civil : l'ordonnance 2016-131 et les nouvelles perspectives d'harmonisation des systèmes juridiques européens.

1. Les modèles de transfert de propriété dans les systèmes juridiques européens

L'un des éléments endémiques et caractéristiques de la tradition juridique occidentale est la nécessité que le transfert de propriété des titres ou des biens soit justifié par une raison suffisante pour en constituer la cause. En d'autres termes, le système juridique a pour tâche d'élaborer un modèle déterminant le mécanisme et les conditions dans lesquelles les biens sont valablement transférés *inter vivos*, afin que l'effet translatif soit réalisé.

En effet, si le contrat est compris comme un programme élaboré par les parties en vue de satisfaire leurs intérêts respectifs, il est indissociablement lié aux choix opérés par chaque système juridique pour reconnaître, mettre en œuvre et contrôler la mise en œuvre de ce programme.

Chaque système régleme donc le système de transfert de propriété et, en ce qui concerne l'Europe continentale, on peut identifier trois modèles qui permettent de tracer les choix des différents États.

Le premier modèle est celui du transfert causal¹, qui exige comme

¹ Sur ce système : I. BIROCCHI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca*, éd. L. Vacca, Milano, 1991, 139 ss.; G. DIURNI, C. PECORELLA, (voix) *Vendita (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 476 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 272; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, I, Torino, 1997, 109 ss.; G. WESENBERG - G. WESENER, *Storia del diritto*

conditions pour la survenance de l'effet translatif la présence simultanée d'une cause appropriée, telle qu'un contrat, et d'un acte, tel que la *traditio* ou l'inscription dans les registres publics, qui se justifie à la lumière de cela. Ce système, déjà très répandu en droit commun, a d'abord été reconnu d'un point de vue normatif dans le Code prussien² (Allgemeines Landsrecht der Preußischen Staaten - ALR de 1794) et est actuellement adopté par les Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch³ autrichiennes de 1811 (ABGB) et le Zivilgesetzbuch⁴ suisse (ZGB) de 1907.

Dans le modèle causal, plus précisément, la relation causale n'est pas suffisante pour déterminer la propriété d'une situation juridique subjective, nécessitant la réalisation d'une opération de transfert : au contraire, si la cause est inexistante ou nulle, l'existence de l'acte translatif seul ne convient pas pour produire l'effet réel.

Les conséquences de l'adoption de ce système sont nombreuses : tout d'abord, les achats, sur la base de ce modèle, ne sont valables que s'ils proviennent du titulaire initial du droit, qui, en outre, jusqu'à l'acte de transfert peut valablement vendre le bien à des tiers. En outre, l'acheteur est exposé au risque de ne pas obtenir la propriété des marchandises achetées si le vendeur ne pouvait pas en disposer valablement pour nullité ou invalidité de la cause.

En revanche, si la cause disparaît après l'exécution de l'opération de

romano in Europa, Padova, 1999, 63 s.; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 1-4; C. A. CANNATA, 'Traditio' causale e 'traditio' astratta : una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, éd. L. Vacca, Torino, 2012, 149-152.

² I.9 §§ 1-2; I.10 §1. B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, éd. L. Vacca, Torino, 1997, 176-177; L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, Torino, 2010, 85-86.

³ ABGB § 423-426, § 431. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 248 ss.; T. MAYER-MALY, *Kauf und Eigentumsübergang im österreichischen Recht*, in *ZNR*, 1990, 164 ss.; U. PETRONIO, *Vendita e trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code Civil e dell'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, éd. L. Vacca, Torino, 1997, 156 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, 26 ss.; C. A. CANNATA, 'Traditio' causale, cit., 149.

⁴ Le modèle de transfert causal dans le système suisse est confirmé par un arrêt célèbre du tribunal fédéral sur la base de l'art. 974 du ZGB : Grimm gegen Konkursmasse Näf, 29 novembre 1929. B. SCHMIDLIN, *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca*, éd. L. Vacca, I, Milano, 1991, 305 ss.

transfert, le vendeur ne dispose pas d'un simple droit de retransmission des biens mais en reprend automatiquement la propriété.

Le modèle du transfert causal préfère donc que l'intérêt du propriétaire ne se prive d'un droit que sur la base d'un acte volontaire de transfert et garantit que l'autre partie achète toujours au propriétaire légitime⁵.

Le deuxième modèle, appelé modèle de transfert abstrait⁶, à la différence du premier, reconnecte le transfert de propriété qu'à l'acte de transfert, indépendamment de l'existence d'une cause appropriée, et est spécifique au Bürgerliches Gesetzbuch⁷ (BGB) allemand de 1900.

Dans ce système, qui trouve des antécédents historique-juridiques dans les contrats solennels du droit romain (*mancipatio* et *in iure cessio*), l'acte juridique translatif est abstraite tant du point de vue interne, car elle n'a pas de cause propre, que du point de vue externe, puisque sa validité ne dépend pas de l'existence ou de l'efficacité du rapport causal sous-jacent. En fait, l'effet réel est libéré de la relation de causalité, ce qui détermine que, tant que la *traditio* n'est pas réalisée, il n'y a pas de changement de propriété du bien transféré.

En outre, une fois la livraison terminée, elle reste valable même si la relation causale est viciée, être résolu ou annulée. En d'autres termes, la cause du transfert n'est pas susceptible d'avoir des effets translatifs, car ses événements n'affectent pas la validité du transfert mais n'auront que des effets obligatoires. Le propriétaire d'un bien transféré en l'absence d'une cause valable et effective, ne perd pas la propriété, mais sera soumis à l'obligation de le retransférer au vendeur.

L'Abstraktionprinzip, de cette façon, donne la priorité à l'intérêt des tiers à la certitude des achats, étant sans importance les événements sous-jacents à la propriété du droit, pertinents uniquement pour l'acheteur et le vendeur d'origine.

Le troisième et dernier modèle, sur lequel nous nous pencherons plus loin, est celui du consensus dit translatif⁸. L'effet réel, dans ce cas, est une

⁵ P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, 12.

⁶ Sur ce système et sur BGB : F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 312 ss.; B. WINDSCHEID - T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1906, 881 ss.; P. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937, *passim*; W. FLUME, *Allgemeiner Teiles des Bürgerlichen Rechts*⁴, II, Berlin, 1992, 156 ss.; R. KNUTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, éd. L. Vacca, Torino, 1997, 162 ss.; C. A. CANNATA, 'Traditio' causale, cit., 148, 151.

⁷ § 929 BGB pour les objets mobiles et § 873 BGB pour les biens immobiliers.

⁸ C. M. BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1969, 535 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*,

conséquence directe de l'acte d'autonomie privée, qui est l'élément nécessaire et suffisant pour la réalisation du transfert du droit de propriété d'un bien : le titre consensuel, dans ce système, est aussi le mode d'achat de biens.

Ce modèle a été introduit par le Code civil français de 1804⁹ (art. 1583) et expliqué plus en détail dans les Codes civils italiens de 1865 (art. 1125) et 1942 (art. 1376). Ce système, en revanche, favorise théoriquement la protection de l'acquéreur, étant donné que pour le transfert de biens ou la constitution d'un droit réel, la constitution valide du lien de causalité suffit, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un acte de transfert de la possession.

Les conséquences, dans le cas d'un titre vicié ou nul, semblent similaires à celles du modèle causal, en ce sens qu'il n'y a pas de transfert de propriété juridique dès le bien transféré. Dans ce cas également, il existe donc des facteurs d'incertitude dans la circulation juridique, étant donné que le transfert du droit n'est valide et effectif que si le prédécesseur a acquis à son tour par un titre de propriété aussi valide et effectif.

Par souci d'exhaustivité, il convient toutefois de souligner que dans chacune des systèmes juridiques qui adoptent ces modèles de transfert de propriété, des mesures correctives sont en place pour faire face aux conséquences en termes d'incertitude dans les transferts de propriété.

2. Droit romain et modèles de transfert de propriété

La coexistence dans l'espace juridique européen de trois modèles différents de transfert de propriété trouve son origine dans l'interprétation différente que la science juridique a donnée de certaines sources romaines, qui ont contribué à construire le bagage conceptuel sur lequel s'est fondée

Milano, 1995, *passim*; C. A. CANNATA, *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, éd. L. Vacca, Torino, 1997, 30 s.; P. M. VECCHI, *Il principio*, cit., *passim*; P. SIRENA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Trattato del contratto* V, III, *Effetti*, éd. M. Costanza, Milano, 2006, 31 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, 3 ss.; P. G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, 208 ss.; E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Il codice civile commentato*, Milano 2010, *passim*; P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, 1486 ss..

⁹ C. BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, Paris, 1908, 10 ss.; C. LARROUMET, *Droit Civil, III, Les obligations : le contrat*, 6 éd., Paris, 2007, 186 ss.; A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2018, 197-228.

l'élaboration ultérieure lors de la codification. Le texte qui peut être considéré comme central à cet égard est D.41.1.31pr. :

D. 41.1.31 pr. : (Paul. 31 *ad ed.*) : *Numquam nuda traditio transfer dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit. Propter quam traditio sequeretur.*

Le fragment affirme que la simple *traditio* ne peut jamais convenir au transfert¹⁰ du bien, mais qu'elle peut le faire si et seulement si elle est précédée

¹⁰ Cette affirmation, c'est-à-dire que la simple *traditio* a besoin d'une *iusta causa traditionis* pour l'effet translatif, semble en contraste avec les sources sur le sujet de la *condictio indebiti*. En effet, celles-ci, orientées vers le retransfert de la propriété du bien, montrent que, dans le cas d'un acte obligatoire nul, le bien peut passer du vendeur à l'acheteur. Cette incohérence dans les sources, qui semble s'orienter simultanément vers un modèle de transfert causal et de transfert de propriété en cas de *condictio indebiti*, est tenté d'être résolue dans la théorie de la cause putative. Selon cette doctrine, la propriété passe également si l'existence de l'obligation sous-jacente à la *traditio* est assumée par erreur par les parties. Une autre hypothèse pour la résolution de cette dyscrasie est fournie par le pandettisme et l'élaboration de l'Abstraktionprinzip : considérant comme un élément nécessaire pour le transfert de la propriété non pas la *iusta causa*, mais la *traditio* accompagnée de la volonté convenue de transférer le *dominium*, ici est que l'*indebitus* (et l'obligation de retransférer la propriété) est logiquement tolérée par le système. Cette interprétation, bien que théoriquement linéaire, présente cependant l'inconvénient de s'éloigner des sources romaines. Cannata, en revanche, revenant plus récemment sur le problème, partage l'hypothèse selon laquelle la *iusta causa traditionis* ne doit pas être identifiée dans le lien obligatoire mais dans l'accord d'affectation d'une prestation ou d'attribution de biens à la solution d'une certaine obligation : cela rend l'existence ou la validité de cette obligation non nécessaire au transfert de la propriété. Cette construction théorique a cependant la limite de ne pas pouvoir expliquer efficacement comment l'accord sur la *solutio* peut être considéré comme indépendant de l'obligation à remplir, déterminant le transfert de propriété en cas de *obligatio* nul ou vicié. Plus récemment, d'ailleurs, Letizia Vacca, reprenant et développant les théories de Betti, a identifié deux phases dans la construction de l'acte juridique romaine : une phase obligatoire, qui s'exprime dans la *iusta causa*, et une phase translatif, qui doit être soutenue par une *causa traditionis* objective. En ce sens, l'accord sur la *traditio* produirait des effets même en cas de désaccord sur la *causa*. Enfin, Barbara Cortese, d'autre part, identifie une séparation claire entre le niveau de justification causal (ou cause de justification) et celui des attribution patrimonial (cause d'attribution). De cette façon, il est possible d'expliquer de manière cohérente à la fois la non-transfert du bien dans la *nuda traditio* (il n'y manque pas tant le substrat de négociation que la volonté de transférer), et la possibilité que le bien soit également transféré sur la base d'un titre vicié ou nul. Dans ce dernier cas, en effet, c'est la cause de la justification qui est nulle et non avenue ou vicié : cela n'empêche pas la réalisation de l'effet translatif, qui a déjà été accompli sur la base d'une attribution valide, mais permet l'activation d'un recours correctif et d'une justice substantielle, la *condictio indebiti*, qui permet de supprimer la cause de la justification. Il en résulte donc une compatibilité théorique-générale entre les textes, tels que D.41.1.31 pr.,

d'une vente ou d'une autre juste cause en vertu de laquelle elle est faite.

Pour éviter tout malentendu, il faut cependant rappeler que l'*emptio venditio* romaine n'était pas un contrat avec des effets réels, mais simplement obligatoire¹¹ : le vendeur n'était pas obligé de transmettre la propriété de la *res*, mais l'*habere licere*, c'est-à-dire de mettre l'acheteur en pleine possession du bien, de garantir pour éviction et vices cachés. Le transfert de propriété ne résultait pas de l'exécution d'une obligation spécifique, mais était l'effet d'une *traditio ex empto*, seulement si le vendeur avait également été propriétaire du bien et si les deux parties au contrat avaient été citoyens romains.

En revenant à D.41.1.31 pr., à partir de l'interprétation de ce texte et d'autres dans le même sens - tels que I.2.1.41¹² -, depuis le moyen

qui indiquent la coexistence nécessaire de la *iusta causa* et de la *traditio* aux fins de l'effet réel, et le retransfert de propriété dans les sources concernant la *condictio indebiti*. Pour plus d'informations, reportez-vous à : M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR*, LXIV, 1961, 61 ss.; C. A. CANNATA, 'Traditio' causale, cit., 141 ss.; B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apudaliquem est potest condicti*², Napoli, 2013, 61 ss.; EAD., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Napoli, 2013, 100 ss.; J. M. RAINER, *Savigny e l'arricchimento senza causa*, in *Studi in memoria di Berthold Kupisch e di Paolo Maria Vecchi*, éd. S. Patti et L. Vacca, Napoli, 2019, 125-130; L. VACCA, *Condictio e iusta causa traditionis*, in *Studi in memoria di Berthold Kupisch e di Paolo Maria Vecchi*, éd. S. Patti et L. Vacca, Napoli, 2019 144 ss.

¹¹ A. BURDESE, (voix) *Vendita (diritto romano)*, in *NSS Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 12 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1978, 149 ss.; M. TALAMANCA, (voix) *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 309 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, éd. di L. Vacca, Torino, 1997, 64 ss.; L. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, éd. di L. Vacca, Torino, 1997, 127 ss.

¹² I.2.1.41 : *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur : venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum : tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* La partie du fragment qui affecte le plus le thème de cette contribution est la première, qui stipule que si la livraison est faite en raison d'un don, d'une dot ou de toute autre cause, il ne fait aucun doute que le bien sera transféré. Cette hypothèse semble toutefois être en contraste partiel avec la deuxième partie du texte, qui précise que, pour le transfert de propriété, il est également nécessaire que l'acheteur paie le prix ou offre des garanties appropriées. L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Andangstermin*, I, Marburg, 1888, 250 ss.; C. APPLETON, *A l'époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était - il subordonné, en règle, au paiement du prix?*, in *RDH*, VII, 1928, 45 ss.; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in *St. dir. rom.*, III, Milano, 1936, 425 ss.; SILV. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento*

âge, on déduit et modélise les notions de *cause proxima* ou de *modus*, qui correspondent à cet acte extérieur, tel que la *traditio*, qui introduit l'acheteur en possession du bien et de *causa remota* ou *titulus*, qui est fondé dans la *iusta causa* qui justifie l'achat, par exemple dans un acte d'autonomie privé¹³. Ces deux éléments, nés sur la base de l'interprétation des sources romaines, sont la pierre angulaire sur laquelle s'appuient les théories sur le transfert de propriété.

La théorie causale, en effet, sur la base de l'interprétation du texte rapporté et, plus généralement, du système de droit romain, s'exprime dans l'équivalence, en termes de présence simultanée, entre *titulus* et *modus*, requis comme conditions nécessaires pour le transfert du droit de propriété.

Il s'agit cependant d'un modèle théorique qui interprète et utilise le système romain, sans toutefois le reproduire avec la plus grande fidélité : il est nécessaire de souligner une différence théorique fondamentale, puisqu'à la base du causalisme il y a la considération de la *iusta causa* comme cause ou fait juridique qui justifie le transfert, alors que pour la jurisprudence romaine il ne s'agit pas d'une cause moderne, mais une cause aux multiples facettes, qui décline à la fois comme base de l'accord obligatoire et comme cause de l'attribution des biens qui s'effectue avec la *traditio*. C'est-à-dire, si dans le système causal le *titulus* est la source de l'obligation, dans le système romain il présente différents aspects et degrés, et passe à la fois par le moment obligatoire - à un niveau général et d'intérêt que les parties entendent satisfaire - et celui attributif, qui s'exprime dans une *traditio* qualifiée, orientée par la volonté des parties, au transfert¹⁴.

Le modèle abstrait, au contraire, suivant les lignes exégétiques tracées par le Pandectist, en particulier par Savigny¹⁵, se concentre sur le seul *modus*, considérant le *iusta causa* intégrée non par un acte d'autonomie privée, mais

della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana, Padova, 1937, 4 ss.; A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta*, in *RIDA*, II, 1953, 273 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 298 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, éd. L. Vacca, Torino, 1997, 43-46; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 183 ss.; R. LAMBERTINI, *Testi*, cit., 11-12; C. A. CANNATA, 'Traditio' causale, cit., 146 nt. 13.

¹³ I. BIROCCI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del congresso internazionale Pisa Viareggio-Lucca*, éd. L. Vacca, I, Milano, 1991, 139 ss.; B. CORTESE, *Indebiti solutio*, cit., 106 ss..

¹⁴ B. CORTESE, *Indebiti solutio*, cit., 114. *Cfr. supra*, nt. 10.

¹⁵ F. C. VON SAVIGNY, *Das obligationen recht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, 256 ss.

par la simple volonté des parties de transférer la propriété d'un certain bien.

Ce résultat est rendu possible par la redéfinition théorique que Savigny fait de la relation entre *traditio* et *iusta causa* : l'hypothèse soulignée par l'illustre savant est celle de l'existence d'hypothèses valables de transfert de propriété dans lesquelles il n'existe aucune relation causale obligatoire préalable - comme dans le célèbre exemple de l'aumône faite à un mendiant. La conséquence logique en est que le fondement de l'effet réel ne réside pas dans la relation obligatoire qui constitue le but de la *traditio*, mais dans la simple volonté du propriétaire de transférer la propriété du bien à l'acheteur. Par conséquent, dans le modèle abstrait, les éléments nécessaires et suffisants pour que l'effet translatif se produise sont l'acte de livraison (la *traditio*) et la volonté convenue des parties contractantes.

3. *Les formes de consentement translatif en droit romaine : la traditio ficta ou symbolica*

Le principe du consentement translatif, en revanche, bien que né avec l'intention de rompre les liens avec la tradition romaine et inspiré par les théories du droit naturel¹⁶, semble toujours utiliser les catégories du *titulus* et du *modus*, considérant cependant comme suffisant que le *titulus* ou *causa remota* pour le transfert de propriété. L'utilisation de l'instrumentation conceptuelle romaine, cependant, étant pratiquement indispensable, ne prouve rien en ce qui concerne la relation entre le droit romain et le principe consensuel.

Cependant, il y a des arguments, que je crois cruciaux, qui montrent comment, en réalité, on peut trouver des liens entre le modèle du consensus translatif et l'expérience juridique romaine.

La première, de portée plus de droit romain, concerne le processus de spiritualisation de la *traditio*, c'est-à-dire la tendance, déjà en place depuis la fin de la période classique, à considérer la *traditio* intégrée même sans qu'il y ait eu la livraison matérielle du bien du vendeur à l'acheteur : la dite *traditio ficta* ou *symbolica*¹⁷.

¹⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723, *passim*; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1761, *passim*; ID., *Traité sur le différentes matières du droit civil*, Paris, 1781, *passim*.

¹⁷ S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS, XXXIII, 1912, 259 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà : corso di diritto romano*, Milano, 1952, 134 ss.; J. BIERMANN, *Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage*, Amsterdam,

C'est ce qui se produit, pour citer les hypothèses les plus illustratives, dans les cas d'*adprehensio oculis et affectu*¹⁸, où l'exigence d'appréhension matérielle du bien est explicitement remplacée par le consentement des parties en présence de la chose, dans la *traditio longa manu*¹⁹, où le bien, habituellement immobile, est simplement indiqué à distance, et dans le *constitutum possessorium*²⁰, où un changement de l'*animus* du vendeur suffit à transformer

1968, *passim*.

¹⁸ D. 41.2.1.21 (Paul. 54 *ad ed.*) : *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint : et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.* Le fragment traite du cas d'un acheteur qui a autorisé un *procurator* à recevoir la chose vendue en son nom. C'est l'équivalent de la *traditio*, comme dans le cas où le créancier autorise le débiteur à payer la contrepartie à une autre personne. Tout cela est rendu possible, selon Paul, par le fait qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une appréhension matérielle de la possession pour l'accomplissement de la *traditio*, mais il suffit que cela se produise seulement *oculis et affectu*.; I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, 52 ss.; S. RICCOBONO, *Traditio*, cit., 202; P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., 77; P. FERRETTI, *Animo possidere : studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, 39-40.

¹⁹ D. 41.2.18.2 (Cels. 23 *Dig.*) : *Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.* Le texte de Celso stipule que pour l'appréhension de la possession, il suffit qu'une certaine *res* soit déposée au domicile des *accipiens*, bien qu'elle n'ait encore été matériellement touchée par personne. De même, si vous achetez un terrain, il suffit que le vendeur le montre du haut d'une tour à l'acheteur, en le plaçant dans une *vacua possessio*. Même dans les cas illustrés, il n'y a pas de livraison matérielle, mais ce qui peut être défini comme une *traditio* spiritualisée : en effet, dans un cas les biens transférés sont déposés dans une pertinence de l'acheteur, précisant l'absence de contact physique avec les *res*, dans l'autre cas ils sont simplement indiqués de loin. F. C. VON SAVIGNY, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, trad. fr. éd. J. Beving, Bruxelles, 1840, 200 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., 114-116; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 50 s..

²⁰ D. 41.2.18 pr. (Cels. 23 *Dig.*) : *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.* Celso dans ce fragment illustre comment il est possible de changer le titre de possession ainsi que le nom, jusqu'au cas où de *possessio proprio nomine* on peut devenir un simple *nuncius*, sans changer le titre, mais simplement en perdant la *possessio*. Ceci, surtout, sans que le nouveau propriétaire du bien soit matériellement introduit en la possession de celui-ci, suffisant le changement ou la perte du titre. F. C. VON SAVIGNY, *Il diritto del possesso*, trad. it. éd. P. Conticini, Napoli, 1840, 247 s. C. A. CANNATA, (voix) *Possesso (diritto romano)*, dans *NNDI*, XIII, 1966,

la possession en simple détention : en effet, la figure du *Constitutum possessorium* comprend tous les cas où le vendeur conserve, par exemple, par bail, la détention sur le bien tout en ayant aliéné le bien à l'acheteur.

Dans tous ces cas, il est intéressant de noter que le changement de titre légal intervient en l'absence d'altération de la situation de fait du bien. Ceci détermine que la livraison *ficta* ou *symbolica* prend la place de la *traditio* : il en résulte une omission substantielle de la livraison matérielle du bien, qui est remplacée par le consentement entre les parties.

Le résultat, comme Riccobono²¹ l'a déjà souligné dans l'une de ses célèbres études, est l'approche progressive du système causal au système consensualiste, qui est résolu dans ce qu'il définit comme «l'équivalence pratique des deux systèmes». En effet, la *traditio ficta* est, au niveau des résultats, équivalente à la fois à la *traditio* matérielle et au consentement mutuel : autrement dit, lorsque le contact matériel avec la chose n'est plus considéré comme un élément endémique de la *traditio* et nécessaire à la réalisation de l'effet réel, ce qui reste sensiblement au-delà de la *fictio* est seulement l'accord entre parties.

Il en résulte un modèle de transfert qui, dans les cas considérés, exige formellement la livraison de la chose mais qui, admettant substantiellement que la *traditio* corporelle peut être substituée par la *traditio* symbolique, trace le profil d'un système dans lequel le consentement entre les parties remplace progressivement l'acte d'appréhension matérielle du bien.

Parallèlement à cette tendance à émanciper la *traditio* de sa matérialité, il y a une tendance croissante à l'intégrer dans la rédaction du contrat. En effet, sur la base d'orientations hellénistiques²² évidentes, le document écrit prend de plus en plus de valeur dans le panorama juridique post-classique, à tel point qu'il existe des cas où le transfert de propriété semble se faire sur la base du simple contrat : la *traditio* ne disparaît pas, mais est soit absorbée par la dictée contractuelle, soit se révèle abstraite au point que l'échange de documents se substitue à l'échange de l'objet de transfert. C'est le cas de la *traditio instrumentorum*²³, bien illustrée dans un *rescriptum* des empereurs Sévère et Antonin de l'an 210 :

327; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, Milano, 2007, 64 nt. 39; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano, 2008, 295-296; P. FERRETTI, *Animo*, cit., 91 nt. 273.

²¹ S. RICCOBONO, *Traditio*, cit., 260.

²² P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1928, 155 ss.

²³ S. RICCOBONO, *Traditio*, cit., 277 ss.; P. BONFANTE, *Corso*, II, cit., 245; P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., 130; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1992, 367 s.

C.8.53.1: *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et tarditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. * sev. et ant. aa. lucio. * <a 210 pp. v k. iul. faustino et rufino cons.>*

Dans le fragment rapporté il est dit que la remise des titres d'achat des esclaves est équivalente à la *traditio* des esclaves eux-mêmes (*intellegis factam traditionem*), à tel point qu'en cas de don, le donataire peut les réclamer au donneur.

Ce texte, dans le passé très controversé parce qu'il contraste clairement avec la matérialité de la *traditio* romaine et avec l'efficacité d'une simple preuve que l'écriture documentaire avait dans l'ordre romain. Dans ce cas, en effet, l'échange d'instruments a une valeur constitutive, à tel point que la *traditio* des esclaves n'est pas nécessaire : c'est probablement dû à l'influence que les coutumes juridiques hellénistiques avaient sur la pratique juridique de l'empire.

La valeur attribuée à la *traditio instrumentorum* par le présent rescrit, si, d'une part, elle ne dit pas grand-chose sur le consentement mutuel, peut raisonnablement être considérée comme un autre indicateur de la perte croissante de matérialité de la *traditio*. Indirectement, cependant, comme l'a souligné Riccobono²⁴, en contribuant à la spiritualisation de la *traditio*, de telles pratiques contribuent à rapprocher le système romain ainsi configuré au consensualisme au niveau des effets.

Les tendances consensualistes peuvent donc déjà être enregistrées dans le développement historique du système romain qui, dans de nombreux cas, détermine la disparition de la *traditio* en sa corporalité originelle : la livraison reste formellement une exigence du transfert de la propriété, mais se vide substantiellement de son caractère concret et est de plus en plus soumise à la *vis attractiva* du document contractuel.

Il convient toutefois de noter qu'il s'agit là de lignes tendancielle, qui ne sont généralement pas acceptées dans le système juridique et ne sont présentes dans la compilation que sous forme d'exceptions, probablement dérivées de la pratique, compte tenu également du fait que, même s'il y a eu une transition au consensualisme dans l'ère post-classique, le classicisme de la compilation de Justinian, avec réaffirmation de l'efficacité obligatoire de l'*emptio venditio*, l'a certainement occulté.

De ces brèves considérations peut être faire l'hypothèse que le principe consensuel ne représente pas la rupture de l'idéal romain du *titulus* et du *modus*, mais une évolution naturelle et possible de celui-ci. En fait, il y aurait une relation de continuité entre les deux modèles de transfert de propriété, ou du moins ils ne seraient pas dans une relation d'opposition claire.

²⁴ S. RICCOBONO, *Traditio*, cit., 277.

4. *Le principe du consentement translatif dans le Code Civil : l'ordonnance 2016-131 et les nouvelles perspectives d'harmonisation des systèmes juridiques européens*

L'idée d'une transition d'un système à l'autre, d'ailleurs, me semble-t-il, se retrouve aussi dans le Code civil de 1804. La formulation originale du code, en fait, dans l'art. 1583 a déclaré que la vente «est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.» en affirmant fermement que la propriété est transférée au moment où les parties s'entendent sur l'objet de la vente et le prix, malgré le fait qu'il n'y a pas encore eu livraison de la marchandise ou paiement de la contrepartie²⁵.

A côté de cette disposition, d'une matrice consensualiste claire, il y a cependant la présence dans la rédaction de 1804 de l'art. 1138 qui précise que «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la *traditio* n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.» Cela signifie que ce qui fait de l'acheteur le propriétaire, comme il l'indique Vecchi²⁶ et Cannata²⁷, c'est la naissance de l'obligation de livrer la chose, ou de faire la *traditio*, reconnectant l'effet réel non au contrat, mais à la naissance de l'obligation de livrer la chose.

La coexistence de ces deux dispositions, les articles 1583 et 1138, contribue à donner à l'interprète l'image d'un système qui, bien que substantiellement consensualiste, a encore des liens étroits avec le transfert causal, à tel point qu'il est nécessaire de lier l'effet réel à l'obligation de livrer la chose, fait à mi-chemin entre le causalisme, qui exige que l'obligation soit remplie pour l'effet réel et le consentement pur, qui ne nécessite que le consentement au transfert du bien.

En ce qui concerne les expressions utilisées par le législateur, cependant, tant la doctrine que la jurisprudence a adopté des interprétations correctrices, garantissant que, dans la pratique comme dans l'interprétation, l'effet réel était sans équivoque lié au contrat, en alignant l'interprétation du Code civil conformément à l'intention des législateur de lier le transfert de propriété au

²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, III, Paris, 1992, 194; G. VETTORI, *Consensus*, cit., 18 ss.; P. M. VECCHI, *Il principio*, cit., 35.

²⁶ P. M. VECCHI, *Il principio*, cit., 34-35.

²⁷ C. A. CANNATA, *L'unificazione*, cit., 30-31.

contrat entre les parties.

Sur ce système, formellement en transition, mais consensuel dans son application pratique, a été greffée la récente ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, qui a abrogé l'article 1138 et a consacré une sous-section à l'effet translatif du contrat²⁸.

Le nouvel art. 1196, en effet, achève la voie de la transition vers le pur consensualisme, en affirmant que «Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.» en mettant en oeuvre de manière claire et sans équivoque le mode de transfert que les interprètes ont défini comme *'transfert solo consensu'*²⁹ et en supprimant toute référence à l'obligation de livrer la chose en relation avec le transfert du droit de propriété entre les parties : le transfert de propriété se fait par la conclusion du contrat, c'est-à-dire par l'échange mutuel du consentement des parties, et immédiatement.

La réforme, il faut le noter, codifie sur ce point les résultats auxquels la science et la pratique juridiques françaises étaient déjà parvenues³⁰ et, bien que pour cette raison sa portée innovante soit nécessairement limitée, c'est néanmoins un fait extrêmement intéressant pour l'interprète.

D'une part, en effet, on constate que l'évolution historique du système français redonne l'image d'une transition vers le consensualisme, récemment achevée, qui trouve également ses racines dans l'interprétation des sources romaines et dans certaines tendances non étrangères à ce système ; d'autre part, je crois d'ailleurs qu'une intervention théorique de cette ampleur est également à observer dans une perspective européenne.

L'intervention du législateur, en éliminant l'ambiguïté qui a reconnecté l'effet réel tant au contrat qu'à la naissance de l'obligation de livrer la chose, en plus de rapprocher davantage les dispositions du Code civil et

²⁸ M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, V, in *Petite affiches*, LXIV, 2016, 7 ss.; G. CHANTEPIE - M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Paris, 2018, 513 ss.; A. GAMBARO, *Il modello*, cit., 226-228; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année*¹², *Les obligations*, Paris, 2019, 445.

²⁹ P. SIMLER, *Obligation de donner et transfert de propriété. Contribution à la question de la classification des obligations*, in *Revue juridique Thémis*, XLV, II, 2011, 192 ss.; V. WESTER-OUISSE, *Le transfert de propriété solo consensu : principe ou exception?*, in *RTDCiv : Revue trimestrielle de droit civil*, II, 2013, 299 ss.

³⁰ V. MALLEVILLE, *Commentar uber das Gesetzbuch Napoleons*, III, Koln, 1809, 546; A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, VI, trad. it. éd. P. Liberatore, Napoli, 1848, 122 ss.; V. N. MARCADÉ, *Explication du Code Napoleon*, VI, Paris, 1855, 144 ss.

celles de l'article 1376 du Code civil italien³¹, a effectué une opération de rationalisation théorique et de mise en pratique des lois.

Ces deux spécificités sont d'une importance évidente pour l'accessibilité d'un système juridique tant pour les opérateurs que pour les juristes, contribuant à un niveau plus large à construire un périmètre des systèmes juridiques de l'Europe continentale fondé sur une compréhension mutuelle.

En effet, dans un domaine tel que celui des modèles de transfert de propriété, qui est l'un des traits qui caractérisent les systèmes juridiques nationaux, et donc traditionnellement résistant aux interventions d'uniformité qui modifient le substrat théorique, l'objectif des systèmes nationaux peut et doit être celui d'une intelligibilité mutuelle.

Je pense en effet que l'harmonisation du droit des différents systèmes juridiques des États membres doit s'entendre non seulement de la coordination des législations nationales conformément aux objectifs de l'Union, mais aussi de la préparation de mesures de réforme, comme la réforme française, qui, au niveau des différents systèmes juridiques, vise à rationaliser le système, à mettre la législation en conformité avec les indications de la science juridique qui ont été traduites en pratique et qui, sur un plan systématique, contribuent à créer un système qui est aussi accessible, clair et déchiffrable que possible.

Ainsi, même s'il existait un domaine comme celui des modes de transfert de propriété, dans lequel la création d'un droit européen uniforme apparaît comme une hypothèse impraticable, le système juridique national resterait perméable, au niveau transnational, tant par l'interprétation de la science juridique que par le recours aux praticiens du droit.

La nécessité d'une harmonisation qui ne fausse pas les différents modèles de transfert de propriété, mais les rend mutuellement compréhensibles, se reflète dans l'exemple de la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM).

Cette loi affirme explicitement son impartialité en matière de propriété à l'article 4(B), qui prévoit que la Convention ne couvre pas «les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues».

Toutefois, la neutralité marquée par cette disposition est réduite de manière problématique par les articles 66 et suivants de la Convention, qui lient la réglementation du transfert du risque non au transfert du domaine mais à la livraison³².

³¹ Surlequel : C.A. CANNATA, *Unificazione*, cit., 31; P.M. VECCHI, *Il principio*, cit., 37 ss.

³² P. SIRENA, *La nozione della vendita: gli effetti traslativi*, in *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 86 s.

Il s'agit d'une preuve immédiate que l'exemple donné, qui lie à la remise de la chose certains effets traditionnellement imputables au moment du transfert de propriété, est difficile à concilier avec un système consensuel, dans lequel la *traditio* n'est pas le *modus* qui intègre le transfert de propriété entre les parties, mais une obligation pour un vendeur qui, par suite de la conclusion du contrat, ne serait plus propriétaire du bien.

Florian Villalonga

Le manquement à une diligence : fondement possible de la prescription

SOMMAIRE : 1. Les fondements neutres de la prescription : l'écoulement du temps et la situation de fait contraire au droit – 2. Le fondement de la prescription centré sur le titulaire du droit : le manquement à une diligence.

La prescription fait indéniablement partie de ces vieilles règles de droit qui, survivant au temps¹, fournissent sans cesse le terreau d'une réflexion renouvelée. L'institution de la prescription, qui remonterait au règne de l'empereur romain Auguste², a ainsi traversé l'histoire sans modification majeure, si ce n'est quant aux délais précis qu'elle présuppose, mais a constamment divisé la doctrine juridique. Un des thèmes récurrents dans la littérature juridique porte en ce sens sur les fondements de la prescription.

Pour autant, il n'y a rien d'étonnant à ce que ce thème fasse l'objet d'analyses nourries et constamment renouvelées. La difficulté de parvenir à un accord définitif sur les fondements de la prescription tient sans doute dans la définition même du « *fondement* » qui suppose en un certain dynamisme. En ce sens, selon un célèbre dictionnaire juridique, le fondement serait en droit la « *valeur, référence de base (...) sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit* »³. Or les valeurs et les esprits diffèrent incontestablement selon les époques, leur variété résidant par ailleurs autant dans la singularité des esprits de chacun que dans l'esprit tout aussi changeant du droit dans son ensemble, si tant est qu'il en ait un.

Cette instabilité a permis à un auteur de diagnostiquer un véritable

¹ P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 15, Paris, 2017, 604. ; A. CABANIS, *L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, 171, cités par S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile, Thémis*, 1^{ère} édition, Paris, 2014, n° 77, 152.

² P. FARGE, *Attendre et espérer*, in *AJ Pénal*, 2016, 292.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, Paris, 2011, 464.

chaos de la prescription⁴ alimenté par l'existence d'un très grand nombre de fondements⁵ attribué à l'institution par les doctrines successives.

Cela n'a pas empêché des tentatives de systématisation récentes de cette thématique, que ce soit par le biais d'œuvres doctorales⁶ ou à travers divers articles de revue dont une controverse doctrinale puisant sa source dans une discussion relative aux délais butoirs semble être le point d'orgue⁷ et démontre la passion entourant ce thème.

Pourtant, le débat n'est pas clos, sans doute en raison des imperfections de chacune de ces présentations qui n'emportent jamais la conviction générale de leurs lecteurs.

Sans rentrer dans le jeu consistant à théoriser définitivement une institution changeante qui ne peut être réduite au regard d'une époque, pointer les inconvénients des grandes visions des fondements de la prescription permet de démontrer ensuite qu'une vision teintée de morale, existante dans des doctrines anciennes mais pourtant occultée dans les débats actuels, n'est pas moins pertinente. Il faut donc évoquer les écueils des fondements objectifs de la prescription, établis sur la base du constat de l'écoulement du temps ou de la présence de situations contraires au droit (1) pour envisager ensuite la pertinence d'une approche centrée sur la sanction des comportements par la prescription (2).

1. Les fondements neutres de la prescription : l'écoulement du temps et la situation de fait contraire au droit

La prescription s'articule autour de la notion de délai, c'est assez incontestable. Pour un auteur⁸, le délai est donc le grand tout au sein duquel vont se trouver d'autres délais plus précis correspondant à une approche différenciée. Ainsi, à l'intérieur de ce tout, la grande catégorie des délais

⁴ A. BENABENT, *Le chaos de la prescription extinctive*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses, Toulouse, 1996, 122-133.

⁵ Il faut mentionner la stabilité juridique, la sécurité juridique, l'apparence, le sacrifice des intérêts des négligents, la volonté d'abandonner des poursuites, entre autres.

⁶ A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, préface de D. FENOUILLET, *Defrénois*, Lextenso éditions, collection de thèses, Bordeaux, tome 46, 2010 ; J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, préface de N. MOLFESSIS, Paris, 2013.

⁷ J.-D. PELLIER, *Retour sur le délai butoir de l'article 2232*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 2148 et s. ; F. ROUVIERE, *La nature juridique du délai butoir*, in *RTD Civ*, 2019, 219 et s.

⁸ ROUVIERE, *La nature juridique du délai butoir*, cit., 219 et s.

se scindera en deux grands ensembles, le premier ensemble regroupant les délais probatoires, le second reposant sur l'idée de sanction et englobant des délais qui sanctionnent un manquement à agir ou une diligence à effectuer.

Dans ce cadre-là, une conception classique incorpore la prescription aux délais probatoires⁹, la prescription prouvant tantôt l'acquisition d'un droit, c'est la prescription acquisitive, tantôt la perte d'un droit, c'est la prescription extinctive. Le fondement de la prescription est alors « *l'écoulement du temps* »¹⁰, la fonction de cet écoulement du temps étant justement le curseur servant à prouver l'acquisition ou la perte du droit.

Par comparaison, toujours selon cette vision, la forclusion¹¹ tient compte du temps, il est évidemment question de délai là-aussi, mais elle inviterait surtout à la rapidité puisque ce délai n'est pas susceptible d'évoluer. La forclusion sanctionnerait ainsi le comportement du titulaire de droit qui, dans ce délai prédéfini à l'avance, n'a pas agi avec la promptitude nécessaire pour conserver son droit et, partant, doit en être privé.

Cette répartition offre une lisibilité évidente puisqu'elle scinde avec clarté la prescription et la forclusion, la première étant neutre et liée au temps, la seconde étant plus liée à des considérations de morale ou de politique juridique. Ceci explique que le juge doive soulever d'office le moyen résultant d'une forclusion en présence de considérations d'ordre public¹² mais ne pourrait en principe pas le faire concernant la prescription aux termes de l'article 2247 du Code civil¹³.

En effet, la forclusion serait articulée autour d'une idée de sanction des comportements lénifiants¹⁴, elle est dès lors autant un outil d'intérêt général qu'un outil d'ordre privé. Permettre aux juges de la soulever d'office revient

⁹ *Ibid.*

¹⁰ F. ROUVIERE, *La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion*, in *P.A.* n° 152, 31 juillet 2009, 7.

¹¹ La forclusion correspond à la perte du droit d'agir consécutive à l'écoulement des délais préfix. Selon le Vocabulaire juridique de G. Cornu, la forclusion est la « *sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire, d'une formalité lui incombant (...)* ». CORNU, *Vocabulaire juridique*, cit., 468. Pour certains auteurs, c'est « *un délai légal, d'une durée simple et limitée, prévu spécifiquement pour une action particulière, au-delà duquel l'action est considérée comme éteinte* » : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, 32^{ème} édition, Paris, 2014, paragraphe 173.

¹² F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz*, 12^{ème} édition, Paris, 2018, n° 1765.

¹³ Art. 2247 du Code civil : « *Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* ».

¹⁴ A. TRESCASES, *Les délais préfix*, in *P. A.* n° 22, 30 janvier 2008, 6.

donc à lui donner les moyens de policer les comportements individuels. En revanche, la prescription n'étant pas fondée sur le manquement à fournir un effort mais seulement sur l'écoulement du temps, le juge n'a plus ce rôle moralisateur, par conséquent il n'a pas à soulever d'office un moyen de réaliser un intérêt purement privé.

Pourtant, l'observation rapide de la jurisprudence démontre que le délai de forclusion n'est pas toujours d'ordre public, le cas échéant il sera impossible au juge d'en relever d'office le moyen¹⁵. La subtilité est d'ailleurs la même concernant l'aménagement conventionnel des délais de forclusion. Cette faculté, qui n'est pas offerte aux justiciables en principe dans le cadre de la forclusion, est permise lorsque cette dernière n'est pas teintée d'ordre public¹⁶.

De manière inversée, la prescription peut être soulevée d'office dans certains cas, tel qu'en droit de la consommation¹⁷, bien que la règle selon laquelle les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription « *s'applique lors même que la prescription est d'ordre public* »¹⁸ en principe.

In fine, dans la veine de l'article 125 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹⁹, c'est donc la considération d'ordre public qui influence fondamentalement l'office du juge en pratique, et pas une distinction dogmatique des notions sur la base de leurs fondements respectifs, même si la forclusion est réputée indisponible²⁰ contrairement à la prescription.

La vision qui fonde la prescription uniquement sur l'écoulement du temps semble donc trop réductrice par comparaison.

Plus récemment, un auteur a avancé une conception renouvelée de la prescription qu'il fonde principalement sur la force conjuguée de l'apparence et du temps²¹.

Selon l'auteur, le temps demeure un facteur de consolidation de la prescription mais il faut y ajouter l'apparence résidant dans l'apparition d'une situation de fait contraire au droit. C'est à dire que le facteur temps ne devient pertinent que lorsque le droit est contredit par une situation qui

¹⁵ Pour un exemple, Civ. 3^{ème}, 6 mars 1979, pourvoi n° 77-15.094, Bull. 1979, III, n° 56.

¹⁶ Civ. 2^{ème}, 14 octobre 1987, pourvoi n° 86-13.059, Bull. 1987, II, n° 195.

¹⁷ Article L. 141-4 du code de la consommation : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* », y compris les règles relatives aux délais de prescription.

¹⁸ Civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, Bull. civ. I, n° 293 : *RTD Civ.*, 1987, 763, obs. MESTRE.

¹⁹ Article 125 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* ».

²⁰ I. PETEL-TEYSSIE, *JCI, Civil code*, Art. 2219, spéc. n° 5, 22 à 32.

²¹ COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit.

lui est incompatible, auquel cas le temps rend compte de la pérennisation de cette contradiction à mesure qu'il passe. A défaut, le temps passe sans avoir d'effet sur la substance du droit.

L'auteur englobe toutes les situations en développant les différentes formes de contradiction suivant la nature du droit en voie de prescription.

En ce qui concerne les droits à réalisation subjective²², la contradiction résiderait dans le fait qu'un tiers se comporte comme son titulaire alors qu'il ne l'est pas pour les droits réels, tandis qu'elle s'assimile au comportement du débiteur qui agit comme s'il n'était tenu d'aucune obligation envers le titulaire de droits pour les droits personnels.

Pour les droits à réalisation objective²³, c'est l'existence de la situation à modifier en tant que telle qui formerait la contradiction. Bien que l'analyse menée pour les droits à réalisation subjective soit convaincante, il est en revanche plus difficile de se rallier à l'opinion selon laquelle l'existence d'une situation à modifier peut *in abstracto* constituer une contrariété au droit dans la mesure où le titulaire, qui n'a pas encore choisi de modifier la situation juridique qui le concerne, peut tout aussi bien décider de choisir de le faire, de ne pas le faire, voire ne pas choisir du tout. Il peut, par exemple, lever une option ou ne pas la lever, et il faudrait considérer une fois la réponse négative connue qu'il n'y a jamais eu de contradiction.

En s'intéressant à la modalité du choix, le contenu de la réponse du titulaire du droit ne saurait en toute hypothèse être inféré d'une inaction de sa part, son silence ne pouvant consister en un oui ou un non certain. La prescription à laquelle il se heurtera une fois qu'il choisira d'agir ne sera pas tant la consécration d'une contradiction, inexistante faute pour le sujet d'avoir au préalable manifesté sa volonté d'agir, qu'une manière de sanctionner sa négligence passée. *A minima*, la caractérisation d'une

²² Les droits à réalisation subjective, selon COLLIN, « se réalisent en imposant certains comportements aux autres sujets », ils sont « l'expression d'un rapport interpersonnel ». Parmi eux, il est possible de distinguer les droits réels qui concernent les rapports d'un titulaire d'un droit à la chose objet de son droit, une « exclusivité que les autres sujets doivent respecter », des droits personnels qui renvoient au pouvoir d'une personne sur une autre. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit., 111. Sur la distinction entre droits réels et droits personnels, voir aussi : J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, *Quadrige manuels*, Paris, 2004, 317 et s.

²³ Les droits à réalisation objective sont logiquement opposés aux droits à réalisation subjective. Selon Collin, ils doivent être assimilés aux droits potestatifs : COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit., 117. Les droits potestatifs sont eux-mêmes des droits permettant de modifier une situation juridique. En ce sens, voir I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1967.

contradiction porte en tous les cas à caution en matière de droits à réalisation objective, surtout dans le cas où le droit sera prescrit.

Abstraction faite de cette réticence, l'écoulement du temps, selon cette théorie, consoliderait la contradiction peu à peu jusqu'à sa solidification définitive qui marque la reconnaissance d'une situation juridique nouvelle légitimant la situation antérieurement contradictoire.

Là encore, il faut constater que la prescription peut tout aussi bien fonctionner sans contradiction. Nous faisons ici référence à l'acquisition de biens non appropriés par prescription. Ces derniers, lorsqu'ils ne font l'objet d'aucun régime juridique de destruction²⁴ ou de protection, sont en quelque sorte des biens inconnus du droit que leur utilisateur aspirant à un droit de propriété sur ceux-ci, va lui faire saisir²⁵. Or, il n'y a aucune contradiction à une quelconque situation juridique puisque, précisément, ces biens faisaient l'objet d'une vacance juridique auparavant. Le régime de la prescription acquisitive s'applique alors de manière neutre, la situation n'est d'ailleurs pas plus contradictoire que le présent l'est en rapport avec le passé, elle est même tout à fait légitime, et le possesseur devient propriétaire après l'écoulement d'un temps plus ou moins réduit durant lequel une certaine stabilité s'est instaurée dans son rapport au bien en cause²⁶.

C'est alors un retour à la boucle du temps, indépendante de toute contradiction, et resurgiront les mêmes écueils que ceux évoqués précédemment à propos d'une conception centrée uniquement sur le temps.

Malgré ces quelques écueils, cette conception peut être trouvée sur des présentations accessibles mais sans doute trop succinctes²⁷.

²⁴ L'article L. 426-1 du Code de l'environnement, qui dispose que la fédération départementale ou interdépartementale des chasseurs est tenue d'indemniser les agriculteurs pour les dommages causés à leurs cultures par des animaux de gibier, encourage ainsi la destruction de ces derniers, de même que toute la législation et la réglementation relative à la destruction d'animaux non domestiques. Voir notamment les le livre IV, titre II, chapitre VII du Code de l'environnement.

²⁵ Il est possible de prendre l'exemple du « trésor » visé par l'article 716 du Code civil.

²⁶ A chaque situation correspond évidemment des règles précises qu'une présentation succincte n'a pas vocation à étudier de manière exhaustive. Simplement, pour reprendre l'exemple du trésor, celui qui le découvre acquiert la propriété de ce bien, sauf s'il est découvert sur le fonds d'autrui, auquel cas il est partagé pour moitié entre le découvreur et le propriétaire du fonds.

²⁷ La fiche d'orientation Dalloz de la prescription extinctive indique que celle-ci « est la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un certain délai ». D'ailleurs, ne serait-ce que concernant les définitions des prescriptions acquisitives, extinctives, ou commerciales, il n'y a pas vraiment d'unité. Fiche d'orientation, *La prescription extinctive*, novembre 2019, *Dalloz*.

Cette vision a bien un intérêt théorique. Comme le démontre A. Collin²⁸, elle permet de comprendre notamment pourquoi certains droits sont imprescriptibles. En effet, les droits attachés à la personne, d'une part²⁹, se manifesteraient constamment tant que leur titulaire est en vie ; les attributs d'un droit³⁰, d'autre part, ne constituent que des éléments d'un droit dont ils sont l'expression ; les droits potentiels³¹, enfin, ne sont que la source de droits à venir et non actuels. Ils ont tous une structure particulière et sont imprescriptibles en raison d'un point commun : ils ne peuvent pas faire l'objet d'une contradiction. Mais là encore, raisonner par exemple ou illustration, si cela déconstruit une théorie, ne permet pas en revanche de la bâtir.

Il serait alors intéressant, pour perfectionner les points de vue précédents, de se détacher d'une vision centrée sur le droit pour se focaliser aussi sur le titulaire de droits comme ceci est classiquement fait en matière de forclusion.

2. Le fondement de la prescription centré sur le titulaire du droit : le manquement à une diligence

Selon la conception traditionnelle, le manquement à une diligence était le fondement attribué à la forclusion³², elle aurait pour unique justification le manque de combativité du titulaire de droit qui n'a pas conservé son droit dans le temps qui lui est imparti pour le faire. En exploitant la même idée en matière de prescription, il semblerait que cette considération puisse tout aussi bien fonder certaines prescriptions, translatives, commerciales ou

²⁸ COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit.

²⁹ Les libertés, les droits de la personnalité, les droits d'auteur. Par exemple, le droit à l'honneur ou à la présomption d'innocence.

³⁰ Pour une illustration : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, sont les attributs du droit de propriété. Il existe certaines subtilités selon lesquelles, notamment, le propriétaire d'une marque est tenu d'user de ses droits d'exploitation sur celle-ci à peine de déchéance. Voir sur ce point l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle : « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ».

³¹ L'archétype du droit potentiel est le droit à garantie, pour lequel le garant n'exécutera cette obligation qu'en cas de réalisation du risque. Il y'a en quelque sorte une garantie actuelle ayant vocation à faire naître des obligations dans le futur. Sur la question des droits potentiels ou éventuels, voir R. DEMOGUE, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, in *RTD civ.*, 1905, 723 et s.

³² Pour reprendre la répartition de départ : ROUVIERE, *La nature juridique du délai butoir*, cit., 219 et s.

extinctives notamment.

De la même manière qu'a été ajoutée au temps la contradiction, on peut considérer qu'il faille ajouter à la contradiction l'absence de combativité du titulaire de droit. En effet, la contradiction ne se suffit pas à elle-même. Encore faut-il que le titulaire du droit, face à la contradiction, soit inactif. Ce n'est qu'en raison de son inertie que la contradiction peut se perpétuer et se consolider. A l'inverse, l'action du titulaire de droit va avoir pour effet de stopper la prescription et, dans l'idéal, de rétablir la situation légitime. C'est d'ailleurs cette conception que semble retenir le législateur, en tout cas pour la prescription extinctive, puisque l'article 2219 du Code civil dispose que « *la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».

Pour reprendre l'exemple classique du propriétaire d'un bien, le possesseur ne deviendra propriétaire que si le propriétaire initial n'agit pas contre lui. De la même manière, le débiteur qui n'exécute pas une obligation n'en sera définitivement libéré que si le créancier n'agit pas contre lui. La prescription n'est alors pas tant un délai neutre qu'un moyen de sanction du titulaire de droit trop longtemps négligent³³.

Cette conception se retrouve par ailleurs dans bon nombre des écrits d'anciens auteurs cités par A. Collin. Pour Troplong, le droit contredit, « *cet héritage que vous avez négligé et répudié, abandonnez-le définitivement à celui qui, mieux que vous, peut en être appelé le maître ; car, par votre longue [tolérance] du droit d'autrui, vous l'avez autorisé à s'en croire propriétaire* »³⁴, pour Pothier, « *la loi (...) ayant donné [au créancier] un temps pendant lequel il peut intenter l'action qu'elle lui donne pour se faire payer, il ne mérite plus d'être écouté, lorsqu'il a passé ce temps* »³⁵, chez Aubry et Rau, « *dans tous les cas, l'exception péremptoire donnée contre son action tardive (celle du titulaire de droit prescrit) est une peine légitime infligée à sa négligence* »³⁶. Alexis Collin le conçoit enfin lui-même dans sa thèse, « *quelles que soient les circonstances, le non-exercice de son droit par son titulaire, pendant un long temps, est considéré comme relevant nécessairement d'une négligence de sa part, que la prescription a pour fonction de sanctionner en*

³³ Pour une approche neutre : B. GRIMONPREZ, *Règles de computation des délais*, Répertoire de droit civil, Conditions de la prescription acquisitive, *Daloz*, octobre 2018, paragraphe 60.

³⁴ M. TROPLONG, *Droit civile expliqué, Commentaire du titre XX du livre III du Code civil, De la prescription*, n° 9-10, 12.

³⁵ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 679, 374.

³⁶ C. AUBRY et F.C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 2, Les biens, *Librairie Marchal et Billard*, 7^{ème} édition, Paris, 1961, para. 210, 424.

éteignant purement et simplement le droit ainsi négligé »³⁷.

Cette position, qui a déjà les faveurs d'une partie de la doctrine³⁸, et se retrouve aujourd'hui dans certains manuels³⁹, permet de rendre compte de certaines subtilités pratiques du régime de la prescription.

Elle explique en effet pourquoi la prescription ne peut courir lorsque le titulaire de droit n'est pas en mesure d'agir afin de protéger ses droits selon l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*⁴⁰. Elle est suspendue tantôt *a priori* en cas d'impossibilité d'agir en justice pour le titulaire de droits en raison de sa qualité⁴¹, tantôt *a posteriori* en raison d'une situation invincible dans laquelle il se trouve⁴². L'on comprend bien que si le titulaire est dans une position dans laquelle il ne peut légitimement pas agir, la prescription n'a plus sa raison d'être puisqu'une sanction ne se justifie pas. *A contrario*, s'il recouvre

³⁷ COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit., 38.

³⁸ Les auteurs, y compris dans le cadre d'ouvrages d'introduction au droit, n'optent jamais pour un fondement unitaire de la prescription. Ils classent ainsi la négligence du titulaire de droit parmi d'autres fondements de cette institution, mais certains indices portent à penser que ce fondement peut se retrouver dans presque l'intégralité des configurations de la prescription.

³⁹ Par exemple : S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, Hypercours Dalloz*, 5^{ème} édition, Paris, 2017, 57 : « Le délai de prescription (...) repose sur une formulation négative, puisqu'il indique que le fait de ne pas agir constitue une abstention qui sera sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande à expiration du délai. (...) L'écoulement passif du temps s'analyse alors comme un fait fautif de négligence : à l'expiration de ce délai, il sera impossible de mettre en œuvre le droit d'action ».

⁴⁰ Sur cette règle, voir J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, in *Rev. crit. légis. et jurispr.*, 1937, 155. Par ailleurs, la notion de procès équitable tel que prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à ce que l'action soit prescrite avant même que le titulaire d'un droit ait pu le faire valoir. En ce sens, la prescription décennale prévue en droit suisse pour les actions en réparation des victimes de l'amiante, systématiquement expirée à la date de l'introduction d'une action compte tenu de la période de latence des maladies liées à l'exposition à ce minéral, a fait l'objet de l'arrêt Cour EDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10, 41072/11 : *Revue des contrats*, 2014, 506-509, F. MARCHADIER ; *JCP G*, 2014, n° 13, 621, L. MILANO. La Cour de cassation effectue elle-même un contrôle des délais de prescription courts au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. En ce sens, Civ. 2^{ème}, 24 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.585 : *RDSS*, 2013, 362, obs. DAGORNE-LABBE ; *JCP S*, 2013, n° 11, 47-50, note C.-F. PRADEL, V. PRADEL.

⁴¹ Ainsi, l'article 2224 du Code civil dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

⁴² Il faut ici s'intéresser à l'article 2234 du Code civil selon lequel « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention, ou de la force majeure ».

les moyens d'agir, son manque d'effort pourra lui être à nouveau reproché⁴³, la prescription retrouve alors un intérêt et elle reprend son cours. La prescription ne se préoccupe donc pas uniquement du temps et de la contradiction mais tient aussi compte du titulaire de droit et de ses facultés.

L'argument vaut de même en cas d'interruption de la prescription. La situation contradictoire est ici dénoncée par le titulaire de droit, il est diligent, la prescription est interrompue. Peu importe d'ailleurs qu'il soit combatif à bon escient, la prescription s'interrompt quand bien même le défendeur ne sait pas que le titulaire de droit agit à son encontre⁴⁴ et même quand l'action est introduite devant un juge incompétent⁴⁵. Il a voulu conserver son droit, c'est bien là l'important.

Il existe évidemment des contre-exemples visant à faire tomber cet édifice.

Après tout, l'impossibilité d'agir n'est prise en compte qu'en cas d'impossibilité absolue. Toutefois, si l'impossibilité est absolue, il est compréhensible que la personne n'agisse pas et l'idée de négligence est hors de propos. Tandis que si l'impossibilité est relative, il subsiste encore des moyens même complexes d'agir, et il faut sanctionner celui qui ne trouve pas ces bons moyens car il n'a pas été assez astucieux pour préserver ses droits.

L'argumentation demeure en revanche futile dans le cadre de la prescription acquisitive d'un bien qui n'a pas encore de propriétaire, même si l'on peut considérer à l'inverse que cette prescription vient récompenser la personne la plus combative et diligente dans l'acquisition du droit nouveau. La discontinuité de la possession, témoin d'une diligence perfectible, vicie en ce sens l'utilité de celle-ci.

Quid ensuite si la procrastination d'un titulaire de droit n'est pas due à son laxisme mais à sa tolérance ? On peut estimer peu judicieux de le sanctionner pour son inaction alors qu'il laisse en réalité une dernière chance à la personne qui contredit un de ses droits de se repentir en rétablissant d'elle-même la situation légitime. Certes, l'article 2262 du Code civil énonce que « *les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent*

⁴³ Il est possible d'englober dans ce reproche l'ignorance illégitime. Les articles 2224 et 2227 du Code civil se réfèrent en ce sens au jour où le titulaire de droit « *aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Il en serait privé dès lors qu'il n'a pas cherché à s'informer.

⁴⁴ L. CADIEP, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^{ème} édition, Paris, 2017, 388, spéc. note de bas de page n° 155.

⁴⁵ Par lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article 2241 du Code civil : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription (...), même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure* ».

fonder ni possession ni prescription ». Mais, outre la coloration naturelle ou para-juridique de cette tolérance, l'impératif de sécurité juridique impose plutôt de considérer qu'en l'absence d'aménagement conventionnel de la durée du délai de prescription, il n'est plus question de tolérance expliquée factuellement ou par convention mais d'inaction spontanée. Dans les faits, « le créancier qui agit soudainement contre son débiteur, après un long temps (de tolérance), est souvent perçu comme coupable d'une négligence blâmable qu'il s'agit de sanctionner »⁴⁶. Il est alors logique de constater la faible jurisprudence en lien avec cette disposition.

Il pourrait également être reproché que le droit de créance prescrit peut être soulevé comme moyen de défense, ou que la nullité d'un acte qui ne peut plus être invoquée par voie d'action peut l'être par voie d'exception⁴⁷. Comment expliquer une telle permissivité vis-à-vis du titulaire de droit laconiquement diligent ? La réponse réside peut-être là-encore dans la recherche des comportements respectifs des protagonistes.

Dans le cadre du droit prescrit, lorsque le titulaire de droit jusque-là négligent l'invoque par voie d'exception, encore faut-il préciser qu'il l'oppose en qualité de créancier à un débiteur qui n'avait pas exécuté ses obligations envers lui dans un premier temps. De cette façon, il n'est pas tolérable que le débiteur, premier fautif dans l'affaire, puisse se prévaloir de l'immobilisme du créancier.

Dans le cadre de l'action en nullité prescrite, la survie de l'exception s'explique sans doute par la raison sous-jacente à la nullité de l'acte. Bien souvent, cette raison est à rechercher dans le comportement des parties. Celui à l'encontre de qui est lancée une action en exécution de l'acte nul peut se défendre en soulevant sa nullité quand bien même le délai d'action pour ce faire est prescrit. Cela lui permet d'opposer à celui qui désire l'exécution de l'acte désormais nul sa part de responsabilité et d'éviter au surplus l'exécution d'un acte qui n'a plus lieu d'être. On peut même considérer que la demande d'exécution d'un acte nul est une contradiction, et espérer que la prescription ne courre logiquement qu'à partir du moment de l'introduction de ladite demande. Tant et si bien qu'il faudrait en réalité substituer à l'hypothèse de la survie de l'exception l'application pure et simple du nouveau délai de prescription et l'exception pourrait donc à nouveau confirmer la règle⁴⁸.

Sans rentrer dans des considérations trop approfondies, effleurer un

⁴⁶ COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, cit., 38.

⁴⁷ En vertu de l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ».

⁴⁸ L'intérêt pratique serait moindre pour le défendeur qui bénéficierait dans les deux cas d'une ligne de défense effective, peu importe sa nature.

tant soit peu l'idée d'un triple fondement de la prescription offre un moyen d'envisager un cumul des visions jusqu'ici opposées de la prescription, pour la définir *in fine* comme le moyen de sanctionner un titulaire de droit qui, par son manque de diligence, a laissé une situation de fait contradictoire au droit se consolider pendant un temps déterminé et échu⁴⁹.

Avec cette hypothèse, la prescription serait toujours très distincte des autres délais et notamment de la forclusion. En rappelant que, dans le cadre de la forclusion, la maxime *contra non valentem* ne joue pas⁵⁰, il peut être considéré que l'institution n'a que faire de la faculté d'agir qu'a un titulaire de droit contredit pour le faire valoir. Seul le temps compterait alors contrairement à la prescription. De même que, pour les délais présomptifs, leur écoulement ne sert qu'à présumer la non-conformité au droit de la situation de fait contradictoire. En conséquence, la subdivision initiale devient erronée puisque la forclusion qui devait sanctionner le manque de diligence manque à cette tâche cependant que la prescription est établie en considération d'un impératif de combativité du titulaire de droit, y compris la prescription acquisitive qui viendrait récompenser le plus combatif d'entre eux.

En quelque sorte, ce que la prescription n'était pas, elle l'est devenue, et ce que la forclusion était, elle n'est plus. Bien évidemment, il n'y a là qu'un point de vue parmi d'autres, une fenêtre théorique. Toutefois, ce point de vue invite à remarquer qu'établir les fondements d'une institution de façon dogmatique relève bien souvent de la généralisation excessive et qu'en matière de prescription, le péché originel réside peut-être dans la recherche d'un fondement unique. La multiplicité des usages de l'institution invite au contraire à la diversité d'approches au risque d'apporter le trouble là où semblait régner la quiétude.

⁴⁹ Cette définition serait évidemment un simple cadre général, rien n'empêchant les lois spéciales de s'adapter à la réalité de chaque situation, celles où un impératif de sanction ne se justifie pas ou celles exemptes de contradiction.

⁵⁰ Ni la règle *quae temporalia...* par ailleurs. Pour une critique, voir S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préface de L. CADIET, Paris, 2001, spéc. n° 71-74.

Andrea Pontecorvi

*Contractual freedom and majority rule:
comparing Italian and French private companies*

INDEX: 1. Introduction – 2. Majority rule in business companies – 3. Overview of decision-making regulations of public and private companies – 3.1. A comparative analysis of the *société par actions simplifiée* and the *società a responsabilità limitata* – 4. The regulatory issue and the French paradigm – 5. An interpretative proposal.

1. *Introduction*

This article compares the majority regime regulations of Italian and French private companies in the light of their access to capital markets. Generally, the main distinguishing characteristic of private companies is the restriction, or explicit prohibition, of capital raising from outside investors¹. However, since recent legal trends in European countries allow such companies to offer their shares to the public², the regulatory problem of the decision-making process has arisen. So far, Italian law has not dealt with it while French law has enacted specific provisions which may offer a useful perspective from which to evaluate the issue also from the Italian standpoint.

Taking inspiration from Otto von Gierke's insight that «the historical evolution of the majority rule reflects the metamorphosis in the fundamental understandings of human associationism»³, one may hypothesize an

¹ G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice Civile*. Commentario founded by P. Schlesinger, Milano, 2010, 499.

² See A. PERRONE, *Small and Medium Enterprises Growth Markets*, in *Capital Market Union in Europe* by D. Busch – E. Avgouleas – G. Ferrarini, Oxford, 2018, 256 ss.; O. CAGNASSO, *The Role of Financial Markets and how they can influence Corporate law*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2018, 1740 ss.; OSSERVATORI ENTREPRENEURSHIP & FINANCE, *Quaderno di ricerca. La finanza alternativa per le PMI in Italia*, Novembre 2018.

³ O. VON GIERKE in *Essays in Legal History Read Before the International Congress of Historical Studies Held in London in 1913* by Paul Vinogradoff, Oxford, 1913, also in

underlying core value that determines voting procedures and provides legitimacy to collective decisions.⁴ From this perspective, the essay is structured as follows: the first part identifies that underlying value among business companies and its connection with the aims and the theoretical constructions of the majority regime. The second part analyses the empirical background of these constructions and the distinction between public and private companies, followed by a more detailed analysis of the decision-making rules, respectively applicable to the French *société par actions simplifiée* and the Italian *società a responsabilità limitata*. In the third part the majority regime's regulatory problem and its French solution are considered. Finally, in the fourth part, the feasibility of the French solution in the Italian *società a responsabilità limitata* is investigated.

2. Majority rule in business companies

Business companies could be considered as deriving from a contract binding the parties to invest their capital for profit without risking more than the initial investment⁵. Therefore, the underlying value behind business companies may be identified as a purely economic one, based on a shared ownership in a collective limited liability entrepreneurial venture. Over time the normative expression of this value has oscillated between paternalistic and libertarian policies or, in legal terms, between mandatory and enabling rule approaches⁶.

Rivista delle Società, 1961, 1103 ss.

⁴ Examples from the past would be the Germans in which this value corresponded with the physical supremacy of a group and as a consequence with the clamour of their weapons in the assembly; whereas for the Catholic Church it was the spiritual union of the Church that could not accept a resolution composed of for and against votes on a proposal and, as a solution, formulated the concept of the "*maior and sanior pars*". See E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 2002, 24 ss.; F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, 28 ss.

⁵ For historical investigations see L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913, 201 ss.; P.J. STERN, *The Corporation in History*, in *The Corporation. A Critical, Multi-Disciplinary Handbook* edited by G. Baars and A. Spicer, Cambridge, 2017, 22 ss.; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, 27 ss.; A. MIGNOLI, *Idee e problemi nella evoluzione della «company» inglese*, in *Rivista delle Società*, 1960, 636 ss.; M. RADIN, *Handbook of Anglo-American Legal History*, St. Paul, 1936, 472 ss.

⁶ K. HOPT, *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?*, in *Rivista delle Società*, 2016, 13; A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 104.

With these considerations in mind, three synthetic archetypical majority regimes in the decision-making structure of business companies can be identified:

- a) *the conventional regime: based on a “capitalistic” criterion whereby the magnitude of an individual’s investment corresponds to that individual’s financial risk and therefore, proportionally, to his/her voting power*⁷. Accordingly, strict majority rules are provided for shareholder meetings, with the effect that the resulting applicable majority is fixed in a minimum and inalterable percentage;
- b) *the “institutional” regime: based on the assumption that the sum of all converging constituencies in the firm is greater and therefore almost as important as the interest of the shareholders*⁸. For this reason, the main priority of the voting procedure is to allow and facilitate the functioning of the legal entity by letting either an individual or a collective body decide, even if this entails the potential predominance of a scarcely perceptible majority⁹.
- c) *the “contractual” regime: where the decisions and the decision-making process are purely determined by private negotiation among participants*¹⁰. Such free bargaining could even replace shareholder meetings

⁷ This regime is usually provided as default rule. For a comparative study see M.S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi Europei*, in *Rivista delle Società*, 2015, 135 ss.; ISS EUROPE, ECGI, SHEARMAN & STERLING, *Report on the Proportionality Principle in the European Union*, 18 May 2007.

⁸ See A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Rivista delle Società*, 1959, 615; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 15; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, Milano, 2016, *Introduzione*; Y. GUYON, *Les Sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, in *Traité des contrats* sous la direction de J. Ghestin, Paris, 2002, 20; D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, J.C.P., 1995, 488; D. PORACCHIA, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1 juin, 2019.

⁹ A historical example could be the decision-making regime of the Dutch East India Company based on the distinction between shareholders and “sub-shareholders”; see A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, cit., 639 ss. A current example comes from the French legal system, in which the *Loi 19 juillet 2019* n. 744 excludes abstentions from the computation of *société anonyme*'s shareholder meeting majorities as well as for shares owned by the *société anonyme* itself. On the contrary, the Italian legal system includes both the abstentions and shares owned by the company in the majority's computation of the *società per azioni*. For an analysis of the implications of these differences see A. PONTECORVI, *Sul potere della minoranza assembleare in conseguenza dell'acquisto di azioni proprie*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2019, 493 ss.

¹⁰ See M. GERMAIN, *La Contractualisation du droit des sociétés depuis le loi 24 juillet 1966*,

and the majority rule by adopting alternative systems based, for example, on written decision, the granting of individual powers, or, unanimous agreement. This means that, in case of unsolved conflicts among shareholders, the dispute resolution criterion will rely on the civil law principle of good faith rather than a going concern paradigm¹¹.

The aim of all three regimes is to combine the underlying economic value with the public interest that, on the one hand, consists of the broad interest of the “wealth of the Nation”, and thus proper economic development and wealth maximization, and on the other hand, the interest to protect investors, especially minority investors. Both aspects of public interest (i.e. the organization and the contract¹²) often coexist in a dipolar relationship and show an inherent contradiction regarding several regulatory problems, the most relevant being the issue of who wields decision-making power, the upward or downward composition of the quorums, the allocation of votes, the right to participate in or protest against resolutions and the judicial ruling of voting right abuses¹³.

3. Overview of decision-making regulations of public and private companies

With reference to the Italian context, in the commercial code of 1882, a particularly conventional regime acted as default rule while the shareholders still had significant contractual freedom to adopt their preferred decision-making procedure¹⁴. In 1942 the decision-making regime become largely

in *Revue des Sociétés*, 2019, 295; J. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1996, 595; P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1996, 715; L.A. BEBCHUK, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, in *Columbia Law Review*, 1989, 1395 ss.

¹¹ In other words, the reduction of mandatory rules corresponds to the increase of general clause applications; see R. SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 170; C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1987, 11.

¹² See C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* directed by G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 124 ss.

¹³ For a list of judicial cases see *Assemblés Générales*, Levallois, 2016, 478 ss.

¹⁴ The default rule of art. 157, comma 1, of the commercial code of 1882 provided a decrease in voting power proportional to the increase of the shareholder's entire participation.

mandatory¹⁵.

Similar decision-making trends occurred in other European countries, for example in France, with the passage from the de-regulated approach of the commercial code of 1807, to the mandatory provisions of shareholder meetings as provided in the *loi 24 juillet 1867*¹⁶.

Although a similar trend could be identified, it is important to notice that each country tends to emphasize single aspects of the contractual or institutional regime¹⁷. Nevertheless, over and above the specificity of each legal system, what is certain is that the mandatory conventional regime typically tends towards an institutional model whenever a company raises its capital through the mass of the investors, the reasons being to protect minority shareholders from overly centralized powers by ensuring them some form of participation while at the same time preventing the decentralized decision-making procedures from adversely affecting the functioning of the company by not guaranteeing individual return on investments¹⁸. Moreover, in the case of privately held companies, it is also certain that each legal system is used to recognise broader spaces of contractual freedom for corporate charters by giving the parties the freedom to shape their contractual arrangements¹⁹. Consequently, decision-making procedures of these entities used to be characterized by the adoption of a default conventional regime (based on the contractual model). With this last consideration in mind, the Italian and French legal system, the *société par actions simplifiée* and the *società a responsabilità limitata*, will now be considered²⁰.

¹⁵ For an historical reconstruction of the academic and political debate between the two codes see A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 205 ss.

¹⁶ References in C. MONTAGNANI, *Tipologia delle società di capitali e seconda convocazione*, Milano, 1984, 21 ss.

¹⁷ See nt. 9.

¹⁸ The «investor protection hypothesis» of J.N. GORDON, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, in *Columbia Law Review*, 1989, 1556. Also see Y. GUYON, *Droit des Affaires*, Paris, 2003, 484; P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2015, 161; G. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1967, 113 ss.

¹⁹ References in L.A. BEBCHUK, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, cit., 1396.

²⁰ This essay will also not investigate the French *société à responsabilité limitée* because of its strict mandatory regulation and limitation to contractual freedom which make its charter “*pris sur l'étagère*” but unsuitable for the chosen comparison. For a comparative analysis of the *société à responsabilité limitée* and the *société par actions simplifiée* see M. GERMAIN – V. MAGNIER, *Les Sociétés commerciales*, in *Traité de Droit des Affaires*. G. Ripert – R. Roblot, Issy-les-moulineaux, 2017, 39 – 225 ss.

3.1. *A comparative analysis of the société par actions simplifiée and the società a responsabilità limitata*

The two types of private companies derive from the will of the legislator to create a flexible corporate scheme for the entirety of medium and small entrepreneurial ventures²¹, and, since the 1999 and 2008 French laws²², as well as the 2003 Italian company reform²³, they have represented the triumph of the contractual regime and the final emancipation of contractual freedom within the business entities.

Nevertheless, the triumph of the contractual regime in those companies has found its expression through different legislative methods. An analysis of the rules governing a *société par actions simplifiée* shows that its structure constitutes an autonomous type of company²⁴, connoted by a broad contractual freedom but yet combined with a general enabling reference for the cases, which are not provided for by charter clauses, to the rules governing the *société anonyme*²⁵. That general method finds some exceptions, such as, for example, those concerning the whole Section regulating the shareholders

²¹ For references concerning the historic origins of private companies see T. ASCARELLI, *Le società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1924, 447; A. BRUNETTI, *Riflessioni sulla società a responsabilità limitata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949, 617; O. CAGNASSO, *Dalla società per azioni alla società a responsabilità limitata: vicende storiche e prospettive di riforma*, in *Rivista delle Società*, 1971, 516 ss.; C. MONTAGNANI, *Tipologia delle società di capitali e seconda convocazione*, cit., 59 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *La società a responsabilità limitata dalle codificazioni dell'Ottocento al Codice della crisi d'impresa*, in *Rivista delle Società*, 2019, 651; A.L. SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca – Galgano* edited by G. de Nova, Bologna, 2014, 2; R. SZRAMKIEWICZ – O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, Paris, 2013, 414 ss.; A. COURET, *L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2016, 433; Y. GUYON, *Droit des Affaires*, cit., 515; P. BISSARA, *L'Inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, in *Revue des Sociétés*, 1990, 553; D. PORACCHIA, *Le Rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, in *Revue des Sociétés*, 2000, 223.

²² The *loi 12 juillet 1999* authorized natural persons to set up a *société par actions simplifiée* while the *loi 4 août 2008* introduced many modernisations in the *société par actions simplifiée's* regulation.

²³ D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. For a general overview see C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 1 ss.

²⁴ Y. GUYON, *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, in *Revue de Sociétés*, 1994, 207; A. COURET, *Les vingt ans de la SAS*, in *Bulletin Joly Sociétés*, févr. 2014, 61.

²⁵ On the one hand, article L. 227-1, 3 stipulates «*Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes sont applicables à la société par actions simplifiée*».

meetings²⁶. It follows that the decision-making procedure of the *société par actions simplifiée*, apart from matters in which a collective resolution is expressly required²⁷, may provide individual or unanimous decision-making systems, written decisions, or even a shareholders meeting with the power to freely establish quorums and participation requirements²⁸.

In the Italian legal system, the *società a responsabilità limitata* can be considered as an intermediate type of company between joint stock companies and partnership²⁹, in which specific references to both models are envisaged³⁰. In other words, it lacks a general formula allowing for a resolution of cases not expressly regulated by the shareholders, although this is due, in part, to a broad recognition of the shareholder's personal

²⁶ On the other hand, article L 227 – 1, 3 stipulates «à l'exception de l'article L. 224-2, du second alinéa de l'article L. 225-14, des articles L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243, du 1 de l'article L. 233-8 et du troisième alinéa de l'article L. 236-6» (L. 225-17 to 225-95 concerns the Section of «De la direction et de l'administration des sociétés anonymes», while L. 225-96 to 225-126 concerns the Section of «Des assemblées d'actionnaires»). Consequently, rules on shareholder meetings are not even provided as residual rules.

²⁷ Article L. 227-3 provides that «La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés.» while article L. 227-9, 2 and 4 alinéa provides that «les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés» (resolutions on capital operations, mergers and transformations, auditor appointments and annual budget approval should be collectively adopted) and article L. 227-19 provides that «Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés. Les clauses statutaires mentionnées aux articles L. 227-14 et L. 227-16 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts».

²⁸ Article L. 227-9, 1 provides that the charter determines which (and how) decisions should be taken by the shareholders. In other words, the contractual regime is pure, as shareholder agreements outweigh shareholder meetings and the majority rule. Consequently, charter integrations in the *société par actions simplifiée* are not an option but a need for the functioning of the company. In this sense, see Y. GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., 164; ID, *Droit des Affaires*, cit., 519; M. GERMAIN, *Le droit de vote dans la SAS*, in *Petites Affiches*, 4 mai 2011, 11; M. GERMAIN - L. PERIN, *La société par actions simplifiée*, Paris, 2013, 303; E. GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, L.G.D.J., 2005, 84.

²⁹ T. ASCARELLI, *La società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, cit., 456, P. BENAZZO, *La "nuova" s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Rivista delle Società*, 2006, 662.

³⁰ For a specific point of view see G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cicu – Messineo*, 1982, 49.

involvement in the management of the company's business³¹. In this regard, each shareholder has information and inspection rights in order to control the company's management³², can ask for the judicial removal of directors³³, protest shareholder resolutions, and bring suit on behalf of the company against both directors and shareholders who took an active part in the decisions causing liability³⁴. Indeed, regarding collective issues, the company's charter may recognise individual decision-making power for shareholders within the limits of the mandatory rules³⁵. Apart from this, and cases of exclusive competence³⁶, all company decisions might be delegated

³¹ The company management could be almost completely delegated to the shareholders and this represents the main distinguishing characteristics with the *società per azioni* after the company reform of 2003. It follows that analogical application of the *società per azioni*'s rules must be limited only to cases not regulated, whether directly or indirectly by the rules of the *società a responsabilità limitata*. See P. BENAZZO, *La "nuova" s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, cit., 661; M. STELLA RICHTER JR., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giustizia Civile*, 2004, 11; G. ZANARONE, *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, cit., 341; A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum G.F. Campobasso, Torino, 2007, 479.

³² Art. 2476, c. 2, c.c. stipulates «*i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione*».

³³ Art. 2476, c. 3 and 7, c.c. stipulates «*[...] ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi [...]. Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori*».

³⁴ Art. 2476, c. 3 and 8, c.c. stipulates «*l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio [...]. Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*».

³⁵ Art. 2468, c. 3, c.c. stipulates «*resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili*»; see P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, cit., 707.

³⁶ Art. 2475, c.5, c.c. for the directors' mandatory competence («*La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo*»), as well as art. 2479, c. 2, c.c. for the shareholders' mandatory competence («*In ogni caso sono riservate alla competenza dei soci: 1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili; 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori; 3) la nomina nei casi previsti dall'articolo 2477 dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti; 4) le modificazioni dell'atto costitutivo; 5) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci*»).

to the shareholders by a specific charter clause, or a request of the directors, or one third of the shareholders³⁷. The shareholder meeting is the default procedure for resolution because alternative system could be adopted³⁸. However, for certain matters, or on request of the directors or one third of the shareholders, the shareholders meeting is mandatory³⁹. In both the shareholder meeting or the alternative system provided by the charter, the parties are free to settle the quorums and the majority requirements⁴⁰.

Thus, with regard to the decision-making process, it can be said that the space afforded to contractual freedom is practically the same as that of the *société par actions simplifiée*, but with the important difference that even if “weak”, a corporate organization does exist for the *società*

³⁷ Art. 2479, c. 1, c.c. stipulates «*i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione*».

³⁸ Art. 2479, c. 3, c.c. stipulates «*l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto*». See S. ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, 273 ss.; P. REVIGLIONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, 2012, 1170; O. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Rivista delle Società*, 2005, 149 ss.

³⁹ Art. 2479, c. 4, c.c. stipulates «*Qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione di cui al terzo comma e comunque con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma del presente articolo nonché nel caso previsto dal quarto comma dell'articolo 2482-bis oppure quando lo richiedono uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'articolo 2479-bis*».

⁴⁰ Artt. 2479, c. 6, («*salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale*») and 2479-bis, c. 3, c.c. («*salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta*»). Regarding the possibility for charters to provide unanimity see CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 42*; P. BENAZZO, *Art. 2479-bis*, in *Codice commentato delle s.r.l.* edited by P. Benazzo e S. Patriarca, Torino, 2006, 422, L. RESTAINO, *Art. 2479*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6* edited by di V. Santoro e M. Sandulli, Torino, 2003, 166; P. RAINELLI, *Art. 2479*, in *Codice commentato delle s.r.l.* edited by P. Benazzo – S. Patriarca, Torino, 2006, 415; S. CLERICÒ, *Regola unanimitica nelle assemblee della s.r.l. e limiti all'autonomia statutaria*, in *Rivista del Notariato*, 2006, 536 ss.; L. SALVATO, *Principio di unanimità e derogabilità della regola maggioritaria nelle s.r.l.*, in *Società*, 2000, 591; F. MARTORANO, *Quorum costitutivi e quorum deliberativi nelle assemblee di società a responsabilità limitata: regime legale ed autonomia statutaria*, in *Rivista delle Società*, 2009, 41; for court cases see Cass. 18 febbraio 2005 n. 7663; 15 aprile 1980 n. 2450.

a *responsabilità limitata*⁴¹ whereas, for the *société par actions simplifiée*, a corporate organization is merely optional⁴².

Setting aside these differences, the two models of companies present many similarities, especially as to their legal development because of the on-going European harmonization process and the regulatory competition among legal systems which have resulted in many institutions of company law being standardized in the Member States over the years⁴³. In this regard, and for the specific purpose of this survey, mention should be made to the Italian and French laws that, between 2009 and 2017, allowed private companies to offer their shares to the public, despite of the general provisions to the contrary as contained in article 227-2 of the French commercial code and article 2468 of the Italian civil code⁴⁴.

⁴¹ P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 38; M. RESCIGNO, *Le regole organizzative della gestione delle S.r.l.*, Id., 323.

⁴² See M. GERMAIN – V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, cit., 11.

⁴³ See K. HOPT, *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?*, cit., 28; A. BARTOLACELLI, *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, 519 ss.;

⁴⁴ According to articles L. 227-2 of the commercial code (modified by the *ordonnance* 30 mai 2014 n. 559 in the sense that «*la société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres mentionnées...*») and its reference to L. 411-2 of the *code monétaire et financier*, a *société par actions simplifiée* could promote a public offering through an investment service provider to an exclusively restricted circle of investors acting on their own or to qualified investors. The total amount of the offer could not exceed the amount fixed by decree of the *Autorité des Marchés Financiers*. Otherwise, the public offering could be made through a licensed crowdfunding platform according to the regulations provided by the *ordonnances* 30 mai 2014 n. 559 and 28 avril 2016 n. 520 as well as by the decrees of the *Autorité des Marchés Financiers*. For a detailed study see J.J. DAIGRE – B. FRANCOIS, *La société par actions simplifiée: une société pouvant faire appel au marché?*, in *Revue de Sociétés*, 2010, 11 ss.; M. CHAABEN, *Le financement participatif (Crowdfunding)*, Saint-Denis, 2016, 133 ss. A. COURET – B. DONDERO, *La Loi n. 2012-387 du 22 mars 2012*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2012, 360; D. PORACCHIA, *Emission de valeurs mobilières et circulation des titres de la SAS*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2015, 99. According to the Italian art. 26, c. 5 d.l. 179/2012 and art. 57, c. 1, d.l. 95/2017 («*in deroga a quanto previsto dall'art. 2468 ... le quote di partecipazione in P.M.I. costituite in forma di s.r.l. possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali...*») a *società a responsabilità limitata* defined as a Small and Medium Enterprise (SME) could either promote a public offering below the regulatory threshold provided in art. 100, c. 1 lett. c), T.U.F. and art. 34-ter of Regolamento Emittenti or through a crowdfunding platform in accordance with art. 100-ter T.U.F. See A. GUACCERO, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2014, 707

4. *The regulatory issue and the French paradigm*

The public offering of equity securities in a private company does, however, create a regulatory problem⁴⁵. In a large public of investors, a purely contractual regime could determine harmful effects to their interests in terms of shareholder involvement in company resolutions. In this sense, a charter clause that grants decision-making power to certain controlling shareholders might exclude all other shareholders from the resolutions inherent to the interest of the company as a whole.

In the same way, a charter provision that requires unanimity (or supermajorities) for shareholder meeting resolutions might cause the effect of minority shareholders' interference in corporate operations through veto. This might mean a loss in net earnings and overall return on shareholder investment⁴⁶.

It follows that if a private company opens up to the market and encounters the broader interest of investors, contractual freedom would find itself paying a price for economic public order⁴⁷, which means that a mandatory majority regime for decision-making procedure, based on the institutional-conventional model, would prevail⁴⁸. Accordingly, this is exactly what happens when a *société par actions simplifiée* offers its shares to the public, as article 227-2-1 directly overrides a part of article 227-1 and provides mandatory application of some shareholder meeting rules prescribed for the *société anonymes*⁴⁹.

ss.; N. DE LUCA – S.L. FURNARI – A. GENTILE, *Equity Crowdfunding*, in *Digesto. Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, Torino, 2017, 164 ss.

⁴⁵ See R. KRAAKMAN – J. ARMOUR – P. DAVIES – L. ENRIQUES – H. HANSMANN – G. HERTIG – K. HOPT – H. KANDA – E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2010, 36; D. PORACCHIA – D. VELARDOCCHIO, *Le financement participatif par offre de titres financiers*, in *Bulletin Joly Sociétés*, dec. 2014, 742.

⁴⁶ M. GERMAIN, *Les droit des minoritaires*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, 401; Y. GUYON, *Droit des affaires*, cit., 484 ss.

⁴⁷ P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, cit., 717; P. BENAZZO, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della "nuovissima" s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l.-PMI aperta?*, in *Rivista delle Società*, 2018, 1451.

⁴⁸ See C. FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 113.

⁴⁹ As already seen, article L. 227-1, 3 excludes the application of the whole Section regulating the *société anonyme* shareholder meeting whereas article L. 227-2-1 stipulates: «par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier ... les articles L.

The French solution corresponds to an efficiency rule, which, through reference to some provisions governing *société anonymes*, imposes *ex ante* the adoption of shareholders' meetings and the strict application of the majority rule⁵⁰. Through this rule French law grants protection to investors and ensures the functioning of the company replacing charters that may include unusual or inadequate clauses such as those providing for resolutions to be taken by an individual or, on the contrary, unanimously. In this perspective, then, reference to the provisions of the *société anonyme* shareholders meetings could be summarized as follows:

- a) *shareholders' decisions must be adopted through resolution, considered at a shareholder meeting in accordance with the majority rule;*
- b) *consequently, decisions adopted by an individual member or with alternative methods will no longer be valid;*
- c) *shareholders' meetings will be regulated in accordance with provisions such as those preventing the reduction of quorums or the increase of majority requirements for subsequent callings of a shareholders' ordinary meetings⁵¹. In this latter case, the primary resolutions of companies concerning the appointment of directors and auditors and the annual budget approval are adopted by the simple majority of the shareholders participating in the meeting.*

However, nothing of this kind was envisaged in Italy for the *società a responsabilità limitata*, despite the afore-mentioned laws having introduced many changes, including the possibility for such companies to create standardized share class⁵², and, if necessary, shares without voting and

225-96 à L. 225-98 sont applicables (rules on shareholder meeting competence, quorums and majority) ... le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable (concerning shareholder's meeting agenda and the correlative rules of R 225-62, R 225-66, R 225-70 on convocations formalities)». However, is missing the reference to the separate shareholder meetings for class of shareholders prescribed at L. 225-99. See M. GERMAIN - L. PERIN, *La société par actions simplifiée*, cit., 208.

⁵⁰ See articles L. 225 - 96, 2, and L. 225- 98, 2, as prescribed after the *Loi 26 juillet 2005*.

⁵¹ See Y. GUYON, *Droit des Affaires*, cit., 313; G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1980, 789; also A. GRAZIANI, *Regime legale e regime statutario dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Rivista delle Società*, 1990, 447; A. DALMARTELLO, *Ancora sul regime legale e statutario dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Rivista delle Società*, 1990, 450.

⁵² See M. NOTARI, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, 335; G. PALMIERI, *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, in *Rivista delle Società*, 2012, 883; M. SPERANZIN, *S.r.l. piccole-medie imprese tra autonomia statutaria e ibridazione dei tipi (con*

participation rights⁵³. As a consequence, an academic debate has arisen regarding the possible systematic interpretation of the rules of such a new “public company”⁵⁴, so that currently the application of some rules specific to a *società per azioni* and the exclusion of other rules of a *società a responsabilità limitata* is considered as, moreover, has been the case in France⁵⁵.

Therefore, when French and Italian private companies open to the market it could be said that the different legal methodologies involve two opposite approaches. On the one hand, French approach imposes a limitation to contractual freedom by adopting a mandatory shareholders’ meetings procedure, while on the other hand Italian law expands contractual freedom for parties. However, apart from specific charter amendments, the regulatory problem still persists in general, as is demonstrated by the Italian scholars’ interpretative effort. In this respect the French solution seems to be useful, not meaning that the same regulation can be applied in Italy, which is impossible in the absence of an express legislative provision, but rather as representing a solution to part of the problem, consistent with the logical and chronological path so far followed.

5. An interpretative proposal

particolare riferimento alle partecipazioni prive del diritto di voto), in *Rivista delle Società*, 2018, 348 ss.

⁵³ The most recent regulations of the *società a responsabilità limitata* insist on its flexible scheme in order to allow the company to adopt a corporate scheme consistent with the financial structure adopted after a public offering. However, this possibility and its implications concerns only the *società a responsabilità limitata* defined as Small and Medium Enterprises (SME). For a general overview see M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Rivista delle Società*, 2018, 817 ss.; O. CAGNASSO, *Profili organizzativi e disciplina applicabile alle s.r.l. P.M.I.*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2018, 1517 ss. On the other hand, the *société par actions simplifiée* might also create non-proportional share classes but cannot deprive them of the vote; see M. GERMAIN - L. PERIN, *La société par actions simplifiée*, cit., 303.

⁵⁴ See P. BENAZZO, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della “nuovissima” s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l.-PMI aperta?*, cit., 1452; M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, cit., 818 ss.; M. MALTONI, P. SPADA, *L’impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *Rivista del Notariato*, 2013, 586. In a similar way also see M. GERMAIN - V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, cit., 208; D. BUREAU, *L’altération des types sociétaires*, in *Mélanges offerts à Paul Dider*, 2008, 57; L. GODON, *Lèclatement des forms sociales*, in *Revue de Sociétés*, 2017, 5.

⁵⁵ See M. MALTONI - P. SPADA, *L’impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, cit., 596; O. CAGNASSO, *Il socio di s.r.l. privo del diritto di voto*, cit., 1356; P. BENAZZO, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della “nuovissima” s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l.-PMI aperta?*, cit., 1462.

According to what has been considered, the core issue of this paper could be approached as:

- i) a downstream problem concerning the participation of shareholders and their need to be involved in the matters they mandatorily deal with;
- ii) an upstream problem concerning the functioning of the company in order to avoid decreasing share prices and guaranteeing return of individual investment.

It follows that reference of the *société par actions simplifiée* to the *société anonyme* shareholders' meeting rules ensures:

- i) shareholders' participation and protection by the mandatory provision of the meeting and its strict procedures;
- ii) the efficiency of the decision-making process, at the risk of reducing shareholders' participation through a prohibition to raise the majority requirements in subsequent ordinary meeting calls⁵⁶ (concerning the company primary resolutions).

As already seen, the *società a responsabilità limitata* has a "weak" corporate organization in which the contractual regime is combined with the mandatory provisions of the shareholder meeting for certain matters, or upon the shareholders' or the directors' request and with the attribution of a strong set of individual shareholders' rights. It follows that:

- i) in the absence of specific legislation expressly providing for the mandatory application of the rules of the shareholder meetings prescribed for the *società per azioni* in artt. 2368-2369 of the Italian civil code⁵⁷ the French solution seems unhelpful to solve the downstream problem. However, this does not seem necessary considering that the residual organization of the *società a responsabilità limitata* ensured some measure of shareholder involvement, *ex ante*, through the right of the director or the third of the shareholders', to require a shareholder meeting resolution on matters of collective competence⁵⁸ and *ex post* by the individual right of control and

⁵⁶ See nt. 53.

⁵⁷ As well as in the absence of charter clause that provides for this.

⁵⁸ See C. MONTAGNANI, *Decisioni dei soci e delibere assembleari: brevi riflessioni sull'autonomia statutaria in tema di quorum*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2019, 245. Furthermore,

reaction against unfair behaviours and resolutions⁵⁹;

- ii) as far as the upstream problem is concerned, it seems that the French solution may be useful as it represents the expression of a public order rule⁶⁰, founded on an economic rationale and coherent with the historical expression of the majority rule within business companies. In this sense, when public ownership occurs, the overall shareholder interest seems to outweigh all contractual terms that indirectly recognize a veto power to some shareholders through the setting of particularly high majority requirements. Consequently, since the shareholders' meeting in the *società a responsabilità limitata* is generally optional, a simple majority mechanism in its successive calling could not be directly applied so that it may be only argued that the company's primary resolutions could not be delegated to the unanimity, or a similarly supermajority, of the shareholders. The acknowledgement of this economic rationale behind the decision-making procedure of a business company as an implicit limit to contractual freedom could pass through: an extensive interpretation of the corresponding rule of the simple majority for the *società per azioni*'s successive calling on ordinary meeting regulated by art. 2369 comma 4 of Italian civil code⁶¹, as well as by considering the *società a responsabilità limitata*'s quorums on shareholder meeting as a mandatory threshold (for the company's primary resolutions) with the consequent prohibition to raise them.

Therefore, it is possible to conclude the following by considering that the majority rule in private companies is based on an identical historical

this rule should be connected with artt. 2475 and 2086 c.c. in the sense that, for certain matters or company circumstances, the request for a shareholder meeting could be understood almost as part of the directors' duty of care. See M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Rivista delle Società*, 2019, 270. However, as for the French legal system (see nt. 51) the lack of regulation for the separate meeting of class of shareholders persists.

⁵⁹ O. CAGNASSO, *Il socio di s.r.l. privo del diritto di voto*, cit., 1354 correctly argued that the rules applied to the *società a responsabilità limitata* are both too many and not rigorous enough.

⁶⁰ See Y. GUYON, *Les Sociétés*, cit. 24; M. GERMAIN - L. PERIN, *La société par actions simplifiée*, cit. 207.

⁶¹ See N. DE LUCA, *Artt. 2368-2369*, in *Le società per azioni* directed by P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, 932; C. MONTAGNANI, *Artt. 2368-2369*, in *Società di capitali*. Commentario edited by G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 494.

rationale and, although it may be developed according to different legislative methods, it nevertheless does converge on common perspectives when these companies open to the market. Accordingly, it seems suggestive that the French methodology is *de facto* followed by the intentions of the Italian scholars, who pursue the same aims through a specific systematic construction of the rules in order to achieve a mechanism whereby rules can be either dispensed with, or added to, along the lines of the same paradigm. In this sense, the majority rule definitely appears as a solution proving to be able to guarantee both the market and the minority shareholders⁶². Nor is it a coincidence that European law, currently the most uniform and mandatory of all, has recognized the function played by the shareholders' meeting in listed companies and is currently pursuing the goal of developing a rich set of uniform rules inherent to the procedures of the meeting and to the shareholders' participation rights.

⁶² G. ZANARONE, *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, cit., 350; A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, cit., 514; K. HOPT, *Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?*, cit., 25; M. COZIAN – A. VIANDER – F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, Paris, 2002, 365.

DEUXIÈME SESSION

Martina Cavaliere

*Invenzioni “accademiche” del salarié
et régimes d’appartenance des droits*

SOMMAIRE : 1. Remarques préliminaires sur l’évolution du système de protection des résultats de la recherche publique en Italie – 2. La propriété des inventions universitaires dans l’expérience internationale – 3. Le modèle de «titularité institutionnelle» aux États-Unis et dans certains systèmes juridiques européens (Allemagne, France et Ukraine) – 4. Le modèle singulier de «titularité individuelle» en Italie. Profils problématiques liées au c.d. professor’s privilege et solutions interprétatives possibles. – 5. Conclusions. Une réforme est-elle nécessaire en Italie ?

1. Remarques préliminaires sur l’évolution du système de protection des résultats de la recherche publique en Italie

La question de la propriété des inventions réalisées par les chercheurs universitaires ou autres institutions publics de recherche¹ a suscité un

¹ La littérature sur les inventions des employés est relativement abondante. Voir, au moins, les contributions de V. PAMPANIN, *Invenzioni dei dipendenti statali*, in *Rivista di diritto industriale*, 1967, 1, 82; L.C. UBERTAZZI, *I profili soggettivi del brevetto*, Milano, 1985; ID., *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, in AA.VV., *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, tome II, Milano, 2004, 1727; G. FLORIDIA, *Ricerca universitaria ed invenzioni brevettabili*, in *Il Diritto industriale*, 1996, 6, 446; ID., *Le invenzioni universitarie*, *ivi*, 2007, 4, 313; C. GALLI, *Problemi in tema di invenzioni dei dipendenti*, in *Rivista di diritto industriale*, 1997, 1, 19; ID., *La nuova disciplina delle invenzioni realizzate dai pubblici ricercatori*, in *Diritto e pratica societaria*, 2002, 2, 37; M. RICOLFI, *Invenzioni brevettabili e ricerca universitaria ed ospedaliera: fra regole e contratto*, in *Il Diritto industriale*, 1998, 1, 10; G. SENA, *Una norma da riscrivere*, in *Rivista di diritto industriale*, 2001, 6, 243; V. DI CATALDO, *Le invenzioni delle università. Regole di attribuzione di diritti, regole di distribuzione di proventi, e strumenti per il trasferimento effettivo delle invenzioni al sistema delle imprese*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, 6, 337; M. LIBERTINI, *Appunti sulla nuova disciplina delle “invenzioni universitarie”*, in *Foro italiano*, 2002, 7-8, 2171; ID., *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Rivista di diritto industriale* 2006, 2, 49; A. MUSSO, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni*

intérêt considérable en Italie, ainsi qu'à l'étranger, depuis les années 80 du siècle dernier, marquées par une attention accrue aux questions posées par le développement des technologies, telle que la protection et la valorisation des découvertes scientifiques. Entre les années 50 et 70, le nombre de brevets relatifs aux inventions technologiques dans le domaine public est assez limité²: de 1957 à 1980, l'Agenzia Nazionale per le Nuove tecnologie, l'Energia e lo Sviluppo economico sostenibile (ENEA)³ a déposé un peu plus de 100 brevets, alors que de 1966 à 1980, les brevets déposés par le Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)⁴ n'ont pas été plus de 168, ne produisant pas ailleurs aucune divulgation, publicité ou transfert technologique aux entreprises⁵. Si, dans cette phase, la stratégie du monde

“universitarie” (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali), in AA.VV., *Studi in onore di Adriano Vanzetti: proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2004, II, 1061; M. GRANIERI, *La disciplina delle invenzioni accademiche nel Codice della proprietà industriale*, in *Il Diritto industriale*, 2005, 1, 29; A. BAX, *Le invenzioni dei ricercatori universitari: la normativa italiana*, in *Il Diritto industriale*, 2008, 3, 205; M. TRAVOSTINO, *Le invenzioni dei ricercatori universitari di cui all'art. 65 c.p.i. e la mancata attuazione della delega*, in N. BOTTERO (éd.), *La riforma del codice della proprietà industriale*, Milano, 2011, 202. Parmi les discours les plus récents sur le sujet, on peut citer E. AREZZO, *La tutela e la valorizzazione della ricerca universitaria in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2013, 3, 148; C. DEL RE, *Il modello di titolarità dei risultati della ricerca universitaria come parametro di efficienza del trasferimento tecnologico accademico: la preferibilità del modello di titolarità istituzionale*, *ivi*, 2016, 6, 272.

² L'absence d'études au cours de ces années montre, d'une part, un intérêt réduit, au niveau politique et institutionnel, pour l'activité de brevetage des universités et autres instituts de recherche ; d'autre part, une certaine difficulté à obtenir les données quantitatives nécessaires pour mener des enquêtes empiriques.

³ Pour une analyse approfondie des données quantitatives sur les brevets ENEA de 1957 à nos jours, voir ENEA, *Proprietà Intellettuale e Brevetti. Brevetti ENEA-Dati statistici* (<http://industria.enea.it/proprietà-intellettuale-brevetti/brevetti/dati-statistici>).

⁴ Pour une reconstruction historique précise des fonctions et activités du CNR et de son apport à la génération de brevets, voir A. CAPPELLONI, A. FRANDI, *Repertorio dei trovati depositati dal Consiglio Nazionale delle Ricerche dal 1966 al 2016*, in CNR, *Dalla ricerca al brevetto. Repertorio dei trovati depositati dal Consiglio Nazionale delle Ricerche dal 1966 al 2016*, Roma, 2017, 119 ss. Toujours dans une perspective historique, voir l'essai de R. MAIocchi (du), *CNR e la ricostruzione*, in R. SIMILI, G. PAOLONI (éd.), *Per una storia del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, vol. II, Bari, 2001.

⁵ R. MABILIA, *Invenzioni, brevetti e trasferimento alle aziende: il CNR e la sfida dell'innovazione tecnologica*, in CNR, cit., 81 ss., qui précise que, dans ces années-là, «le monde académique italien n'était pas très sensible à la question du brevet, n'accordant que peu d'importance aux objectifs et aux effets de cette institution juridique, par rapport à des préjugés envers la valeur de la recherche appliquée, considérée par beaucoup comme secondaire à la recherche fondamentale «pure», d'où la référence accordée aux publications scientifiques dont dépendaient les carrières académiques et le prestige professionnel».

de l'entreprise a toujours été d'améliorer les connaissances obtenues, par l'utilisation de la propriété intellectuelle et de ses formes d'exploitation, on ne peut pas en dire autant du milieu universitaire italien qui a manifesté un certain désintérêt pour le système des brevets, haut en diffusant l'invention à travers des publications dans les revues scientifiques spécialisées et la participation à des conférences⁶.

Dans les années 80 et 90, avec un certain retard par rapport aux autres grands pays industrialisés, les organismes publics de recherche italiens ont manifesté un plus grand intérêt envers les brevets et un système efficace de transfert de la technologie⁷. Il est devenu de plus en plus évident que le droit exclusif découlant du brevet était un moyen approprié de réduire le risque d'appropriation des inventions par des tiers, avec des retombées économiques négatives pour le titulaire du brevet⁸. Avec l'évolution du climat général du pays – accompagnée d'une majeure propension de la communauté académique à l'«esprit d'entreprise»⁹ – la relation entre le

⁶ G. ABRAMO, A. D'ANGELO, *La ricerca pubblica in Italia: per chi suona la campana?*, in *Economia pubblica*, 2005, 6, 99: «les chercheurs publics considèrent la publication scientifique (81 % des cas) comme le meilleur (ou le plus pratique) moyen de coder les nouvelles connaissances développées dans une recherche et de les diffuser/évaluer. Le brevet est un outil qui est très souvent utilisé comme une forme de codage d'un résultat, mais seulement comme une deuxième option». Plus récemment, pour une analyse de l'évolution de l'activité et des stratégies de valorisation de la recherche scientifique produites par les universités italiennes au cours des dernières années, voir C. BALDERI, G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *Eppur si muove! Il percorso delle università italiane nelle attività di brevettazione e licensing dei risultati della ricerca scientifica*, in *Economia dei servizi*, 2010, 2, 203 ss.

⁷ Ce besoin devient plus évident dans un document du Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR, *Proposte per una politica brevettuale del C.N.R.*, Roma, 1982) approuvé par le Conseil d'administration de l'institution le 16 juin 1982 (procès-verbal n° 1005). Ce document a représenté, selon certains, «une étape fondamentale pour la définition d'un système moderne de politique des brevets. En fait, elle a jeté les bases d'une gestion correcte et efficace du brevet comme un instrument finalisé au transfert des résultats de la recherche, de la protection des investissements de la communauté, de l'évaluation coûts-bénéfices de l'activité de recherche» (R. MABILIA, *Invenzioni, brevetti e trasferimento alle aziende: il CNR e la sfida dell'innovazione tecnologica*, cit., 85-86).

⁸ Sur les raisons sociales, économiques et juridiques d'une politique plus efficace en matière de brevets et licences industriels dans le domaine de la recherche scientifique, voir F.K. BEIER, *Problemi della utilizzazione economica dei risultati della ricerca di base (scoperte, invenzioni, brevetti industriali e licenze)*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, 47 ss.

⁹ Sur le concept d'«université entrepreneuriale» et le lien entre l'orientation entrepreneuriale des départements universitaires et la capacité à générer des brevets, voir A. RIVIEZZO, M.N. NAPOLITANO, *Orientamento imprenditoriale e performance: un'indagine tra le*

système public de recherche et le monde industriel s'est intensifié, avec une explosion des activités de brevetage et de transfert technologique de la part des institutions publiques de recherche nationales¹⁰.

Les universités et les instituts de recherche publics sont, toutefois, confrontés à un besoin accru de ressources financières qui n'a pas été suivie par une augmentation correspondante de financement public pour la recherche et développement (R-D)¹¹, avec une tendance très négative

università italiane, in *Sinergie*, 2014, 93, 193.

¹⁰ Pour une reconstruction de l'impact socio-économique de la capacité de production et du transfert de technologie des universités italiennes et d'autres organismes publics de recherche avec une comparaison internationale, voir les enquêtes réalisées, année par année et par classe technologique, par M. BALCONI, S. BRESCHI, F. LISSONI, *Il trasferimento di conoscenze tecnologiche dall'università all'industria in Italia: nuova evidenza sui brevetti di paternità dei docenti*, in *Quaderni di Dipartimento n. 141*, Università di Pavia, Dipartimento di Economia politica e Metodi quantitativi, 2002; G. ABRAMO, S. LUCANTONI, *Ricerca pubblica e trasferimento tecnologico: il caso del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, in *Economia e politica industriale*, 2003, 119, 77 ss.; G. ABRAMO, F. PUGINI, *L'attività di licensing delle università italiane: un'indagine empirica*, *ivi*, 2005, 3, 43; R. CASO, *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Bologna, 2005; F. LISSONI, F. MONTOBBIO, *Brevetti universitari e economia della ricerca in Italia, Europa e Stati Uniti. Una rassegna dell'evidenza recente*, in *Economia e politica industriale*, 2006, 259; S. BRESCHI, A. DELLA MALVA, F. LISSONI, F. MONTOBBIO, *L'attività brevettuale dei docenti universitari: l'Italia in un confronto internazionale*, *ivi*, 2007, 2, 43; G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti*, Milano, 2011; C. BALDERI, C. DANIELE, A. PICCALUGA, *Gli uffici di trasferimento tecnologico delle università italiane: numeri ma non solo numeri*, in *Economia e politica industriale*, 2012, 4, 135; P. MONTANARO, R. TORRINI, *Il sistema della ricerca pubblica in Italia*, dans *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, Roma, 2014, 45 ss. Pour une analyse plus récente, voir NETVAL, *La rete del trasferimento tecnologico si rafforza con la clinical innovation*, XIV Rapporto Netval sulla valorizzazione della ricerca, Pavia, 2018; ID., *Trasferimento tecnologico pubblico-privato: quando le persone fanno la differenza*, XV Rapporto Netval sulla valorizzazione della ricerca, Pavia, 2019; PATRIS, *I Brevetti degli Istituti di Ricerca Italiani*, 2019 (<http://patiris.uibm.gov.it/home>).

¹¹ OCSE, *Manual de Frascati*, Paris, 2015, 47 et 48, qui fournit, depuis plus d'un demi-siècle, les définitions de la recherche et du développement expérimental (R-D) ainsi que de ses composantes, qui sont la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental. L'expression recherche et développement (R-D) «englobe trois types d'activité : la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental. La recherche fondamentale consiste en des travaux de recherche expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste en des travaux de recherche originaux entrepris en vue d'acquérir de nouvelles connaissances et dirigés principalement vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux systématiques – fondés sur les

pendant les années de la crise économique et financière de 2008-2012¹². Ce sont des données de plus en plus inquiétantes, qui n'ont pas amélioré dans les années suivantes et qui montrent un déclin des possibilités de production de connaissances dans les institutions publiques, dont les activités de recherche sont fondamentales pour le pays, au regard, en particulier, du niveau de performances scientifiques et technologiques de ses chercheurs.

2. La propriété des inventions universitaires dans l'expérience internationale

En ce qui concerne la question de la titularité des droits des inventions universitaires, compte tenu de l'absence d'une certaine forme de réglementation harmonisée de la matière au niveau communautaire et international, il convient de prendre en considération les modèles d'appartenance des inventions dans le domaine public adoptés par les différentes législations nationales. La référence est aux modèles de «titularité institutionnelle» et de «titularité individuelle»¹³. La *titularité institutionnelle* représente le modèle le plus diffusé dans la plupart des systèmes juridiques nationaux. Dans ce cas, l'établissement public de recherche est le seul propriétaire des droits sur les produits ou procédés obtenus dans le cadre de la relation de travail avec l'employé-inventeur et a le pouvoir exclusif de négocier ses propres licences avec les autres parties contractantes. De leur côté, les chercheurs n'ont donc d'autre obligation que de communiquer à l'organisme auquel ils appartiennent leur invention (c.d. *disclosure*). Le régime de la *propriété individuelle*, en revanche, se caractérise par la reconnaissance au salarié-inventeur de la propriété exclusive sur les droits,

connaissances tirées de la recherche et l'expérience pratique et produisant de nouvelles connaissances techniques – visant à déboucher sur de nouveaux produits ou procédés ou à améliorer les produits ou procédés existants».

¹² CNR, *Relazione sulla ricerca e l'innovazione in Italia. Analisi e dati di politica della scienza e della tecnologia*, Roma, 2018, 52 (tableau 1.3) e 53 (tableau 1.4).

¹³ Pour une représentation détaillée des modèles de titularité des inventions universitaires dans l'expérience nationale et internationale, voir G. GRANIERI, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria: invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Bologna, 2010, 159 ss. Plus récemment, voir C. DEL RE, *Il modello di titolarità dei risultati della ricerca universitaria come parametro di efficienza del trasferimento tecnologico accademico: la preferibilità del modello di titolarità istituzionale*, cit., 272. Sur la question, voir également M. CERVANTES, *Academic Patenting: How universities and public research organizations are using their intellectual property to boost research and spur innovative start-ups*, OECD, Paris, 2013.

moraux et patrimoniaux, découlant du résultat inventif brevetable réalisée dans le cadre de son contrat de travail. Le système de propriété individuelle est basé sur le fait que l'intérêt égoïste personnel du chercheur stimule davantage à la recherche et l'exploitation des inventions réalisées dans le cadre de la recherche universitaire, là où une gestion bureaucratique des droits de propriété industrielle de la part des institutions publiques de recherche peut agir comme un frein¹⁴.

3. Le modèle de "titularité institutionnelle" aux États-Unis et dans certains systèmes juridiques européens (Allemagne, France et Ukraine)

Aux États-Unis – déjà avec le *Bayh-Dole Act* de 1980¹⁵ – il a été établi que la propriété des brevets devrait être attribuée à l'institut auquel appartient l'inventeur, plutôt qu'aux organismes de financement, et que l'institut de recherche, afin d'encourager sa commercialisation, devrait permettre au secteur privé d'exploiter l'innovation financée par les fonds publics fédéraux¹⁶. L'idée était que, ce faisant, on aurait favorisé une allocation efficace des résultats de la recherche dans les domaines technologiques à haut risque et on aurait stimulé les investissements privés nécessaires pour transformer l'invention en un «produit industriel»¹⁷.

¹⁴ *Contra*: M. LIBERTINI, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 54, selon lequel la solution rationnelle serait de renforcer le pouvoir de négociation des universités et de leur permettre de rechercher des partenaires industriels directement intéressés par le développement des universités.

¹⁵ *Bayh-Dole Act or Patent and Trademark Law Amendments Act (Public Law 96-517*, 12 décembre, 1980), a été codifié au §200 du titre XXXV du Code des États-Unis, consacré aux brevets, et au §401 du titre XXXVII du Code des règlements fédéraux.

¹⁶ Pour une reconstruction historique complète de la législation américaine en matière d'inventions académiques, voir G. GRANIERI, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori. Il trasferimento tecnologico dal mondo universitario all'industria e la nuova disciplina delle invenzioni d'azienda*, in *Rivista diritto industriale*, 2002, 2, 61; ID., *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria: invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, cit., 47 ss.; D. WECKOWSKA et. al., *University patenting and technology commercialization – legal frameworks and the importance of local practice*, in *R&D Management*, vol. 48/1, 2018, 89-108. Sur la question, voir également M. KENNEY, D. PATTON, *Reconsidering the Bayh-Dole Act and the Current University Invention Ownership Model*, in *Research Policy*, n. 38, 2009, 1407-1422; E. FÄRNSTRAND DAMSGAARD, M.C. THURSBY, *University entrepreneurship and professor privilege*, in *Industrial and Corporate Change*, vol. 22, n. 1, 2013, 183-218.

¹⁷ En 2018, à la University of California: 1,735 nouvelles inventions ont été découvertes

Vers la fin des années 90, la plupart des systèmes nationaux européens se sont orientés dans la même direction qu'outre-Atlantique. Dans certains pays, les régimes de propriété individuelle au chercheur ont été abandonnés au profit des systèmes de propriété institutionnelle.

En Allemagne, jusqu'à la réforme de 2002, la loi sur les inventions des salariés (*Gesetz über Arbeitnehmererfindungen* ou «*ArbNErfG*») ¹⁸ prévoyait la règle de la propriété individuelle (§ 42). L'employeur pouvait être informé de l'exploitation de l'invention et du montant de la rémunération perçue en vertu de l'article § 42 (2) de la loi *ArbNErfG* dans la mesure où il avait alloué des fonds spéciaux à la recherche. Par la loi du 18 janvier 2002 (*Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen*) ¹⁹, la législation allemande, renversant le système antérieur de propriété des inventions, a introduit la règle de la propriété institutionnelle, bien qu'à titre dérivé, en partant du principe que la solution du *hochschullehrerprivileg* (privilege du professeur) n'avait pas permis, au fil des années, de valoriser et de transférer au monde industriel les résultats inventifs réalisés dans les laboratoires publics ²⁰. L'article § 42 (2) du *ArbNErfG* prévoit en particulier la «liberté de publication négative», c'est-à-dire qu'un chercheur ou un professeur, en raison de sa liberté d'enseignement et de recherche (*Lehr- und Forschungsfreiheit*), a le droit, à titre originaire, de ne pas révéler une invention à son employeur s'il ne souhaite pas la voir publiée. Autrement,

par des chercheurs de l'UC; 1,908 demandes de brevets américains pour des inventions de l'UC ont été déposées; et 615 brevets américains pour des inventions UC ont été délivrés. En plus, 233 nouvelles licences ont été accordées, dont 55 pour de nouvelles variétés végétales. Actuellement, l'University of California possède 4,923 brevets américains actifs. (v. UNIVERSITY OF CALIFORNIA, *Technology Commercialization Report*, Oakland (CA), 2018). Toujours en 2018, la University of Stanford a délivré 526 brevets américains et 150 nouvelles licences ont été accordées, dont 76 non exclusives, 41 exclusives et 33 étaient des accords d'options (v. UNIVERSITY OF STANFORD, *Office of Technology Licensing. Annual Report*, Redwood City (CA), 2018).

¹⁸ *Das deutsche Bundesgesetzblatt (BGBI), Jahrgang 1957 - Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, Teil I, Vom 25 Juli 1957, 756.*

¹⁹ *Das deutsche Bundesgesetzblatt (BGBI), Jahrgang 2002 - Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, Teil 1, Vom 23 März 2002, 414, entrée en vigueur le 7 février 2002.*

²⁰ S. VON PROFF, G. BUENSTORF, M. HUMMEL, *University Patenting in Germany before and after 2002: What Role Did the Professors' Privilege Play?*, in *Industry and Innovation*, vol. 19/1, 2012, 23-44, qui ont examiné les modèles de propriété des brevets inventés par l'université allemande avant et après l'abolition du «privilege des professeurs» en 2002 pour comprendre l'impact du changement juridique sur les activités de brevetage. L'analyse empirique a révélé une augmentation du nombre de brevets des chercheurs individuels cédés aux universités, qui indique que les chercheurs qui n'avaient pas de soutien institutionnel dans le passé peuvent maintenant avoir accès à un système de transfert plus efficace.

l'invention doit être communiquée immédiatement à l'employeur, celui-ci peut se voir attribuer, à titre dérivé, un droit de propriété sur l'invention²¹.

A la différence du système juridique allemand, les universités et organismes publics de recherche français ont toujours lutté pour s'imposer comme des acteurs centraux du système public de recherche, et encore plus pour acquérir l'autonomie nécessaire à cette fin²². En France, on estime qu'environ 90% des inventions sont réalisées par des inventeurs salariés²³: ainsi, par exemple, le Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) a obtenu plus de 750 brevets publiés en 2018, dont plus de 120 proviennent d'inventions réalisées par l'Institut des Sciences de l'Ingénierie et des Systèmes (INSIS), qui est concerné par près d'un tiers des activités d'innovation globales du CNRS²⁴. En matière d'inventions des salariés²⁵, il est acquis que les dispositions de l'article L. 611-7 du c.p.i.²⁶ sont applicables, dans les mêmes termes, aux inventions réalisées par les agents du secteur public

²¹ Pour la doctrine, A. Musso, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni "universitarie" (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, cit., 1065 et 1066, le droit de l'inventeur de ne pas communiquer l'invention à son employeur pourrait être comparé au droit relatif aux œuvres de génie inédites.

²² Cette difficulté a des racines historiques profondes. Pour une reconstruction historique complète sur le rôle des instituts de recherche publics français, voir A. DELLA MALVA, F. LISSONI, P. LLERENA, *Institutional change and academic patenting: French universities and the Innovation Act of 1999*, in *Journal of Evolutionary Economics*, vol. 23(1), 215 ss.

²³ Sur la question, voir F. AHNER, J.J. TOUATI, *Inventions et créations de salariés : du code du travail au code de la propriété intellectuelle*, éd. III, Paris, 2015; J. AZÉMA, J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, éd. VIII, Paris, 2017, 379.

²⁴ Voir CNRS, *Rapport d'activité CNRS*, Paris, 2018. En France, les *royalties* des technologies brevetées appartenant aux institutions universitaires reviennent pour 50% aux inventeurs, pour 25% au laboratoire et pour 25% à l'institut lorsque l'invention génère moins de 300 000 euros de *royalties* par an. Les *royalties* se répartissent en 25% pour les inventeurs, 25% pour le laboratoire et 50% pour l'institut (v. N. CARAYOL, *La production de brevets par les chercheurs et enseignants-chercheurs*, in *Économie & prévision*, vol. 4-5, 2006, 117-134).

²⁵ Le régime légal des inventions des salariés a été introduit dans le c.p.i. par la loi du 13 juillet 1978, entrée en vigueur le 1er juillet 1979. Avant cette loi, la question était réglée par «le recours soit aux contrats de travail, soit aux conventions collectives et à défaut, d'une construction jurisprudentielle qui s'est élaborée au fil des années» (v. J.P. MARTIN, *Droit des inventions de salariés*, Paris, 2005). Pour une reconstruction historique complète de la discipline américaine dans le domaine des inventions académiques, voir J. AZÉMA, J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, cit., 380 ss.

²⁶ *Code de la propriété intellectuelle*, Loi n. 92-597 du 1 juillet 1992. L'article L. 611-7 du c.p.i. prévoit un régime dérogatoire : l'article L. 611-6, alinéa 1^{er}, du c.p.i. établit que "Le droit au titre de propriété industrielle mentionné à l'article L. 611-1 appartient à l'inventeur ou à son ayant cause".

(chercheurs, enseignants)²⁷. En ce qui concerne la titularité des droits sur l'invention, il convient de distinguer deux types d'invention: l'«invention de mission» et «toutes les autres inventions». Lorsqu'un salarié du secteur public fait une invention dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées (c.d. «invention de mission»)²⁸, les droits moraux appartiennent à l'inventeur tandis que le droit au brevet appartient, *ab initio* et automatiquement²⁹, à l'employeur,

²⁷ Sur la question, voir A. ROBIN, *Valorisation de la recherche scientifique, propriété intellectuelle, innovation*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, vol. 7, 2017, 205-221.

²⁸ Pour une clarification du concept de «invention de mission», voir J. LARRIEU, *Qu'en est-il du droit de la recherche?*, Open Edition Books, 2008, 159, qui précise: «l'article L. 611-7 invite à différencier deux situations: d'un côté les missions permanentes et de l'autre les missions occasionnelles. Dans la première hypothèse, l'invention est réalisée par un salarié affecté à une fonction de recherche à titre permanent. De ce fait, la preuve d'une mission inventive résultera du contrat de travail. Dans la seconde hypothèse, l'invention est réalisée par le salarié en exécution d'une mission occasionnelle, mission explicitement attribuée par l'employeur».

²⁹ En Italie aussi, il y a eu un débat autour de l'art. 23 de la loi sur les inventions (actuellement art. 64 c.p.i.) sur la manière dont les droits patrimoniaux de l'invention peuvent être acquis, soit à titre originaire, soit à titre dérivé. Selon une orientation minoritaire initiale, mais sans doute autoritaire, les droits patrimoniaux découlant de l'invention seraient acquis, immédiatement et à l'origine, indépendamment de tout événement de transfert. La *ratio* de l'attribution à titre originaire est déterminée par l'inclusion du travailleur et de son activité inventive dans l'entreprise de l'employeur et non, par conséquent, dans le contrat de travail (Sur la thèse minoritaire, voir, *ex multis*, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: lezioni di diritto industriale*, cit., 600; P. VERCELLONE, *Le invenzioni dei dipendenti*, cit., 80 ss.; P. GRECO, P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., 227 ss.; V. DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e i modelli ornamentali. Artt. 2584-2594*, cit., 234 ss.; A. VANZETTI (éd.), *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2014, 788; M.N. BETTINI, *Le invenzioni del lavoratore*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. I, éd. V, Milano, 2017, 2187 ss.). D'autre part, la doctrine majoritaire, que je partage, considère que l'employé acquiert, à l'origine, les droits de paternité et les droits de propriété sur l'invention, alors que le transfert *ipso iure* de cette dernière à l'employeur aurait lieu à titre dérivée, uniquement sur la base de la portée que la loi reconnaît à la relation de travail (Sur la thèse majoritaire, voir, *ex multis*, F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, éd. 35, Napoli, 1995, 133 ss.; G. PELLACANI, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, cit., 344 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, cit., 1731 ss.; A. MUSSO, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni "universitarie" (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, cit., 1065). Il semble plus logique de considérer qu'au moment de la création de l'invention inventive, les droits moraux et patrimoniaux sont constitués par l'auteur de l'invention et l'attribution des seuls droits patrimoniaux à l'employeur a lieu, *illico et immediate*, en vertu du contrat de travail qui constitue la base

qui devra payer à l'inventeur une rémunération supplémentaire³⁰, fixée par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail. Pour la deuxième catégorie, l'article L. 611-7, alinéa 2, du c.p.i., précise que «toutes les autres inventions³¹ [qui ne peuvent être qualifiées d'invention de mission] appartiennent au salarié». Toutefois, il faut noter que le texte de l'article susmentionné invite à distinguer deux situations : d'un côté, les «inventions hors mission attribuables» et, de l'autre, les «inventions hors mission non attribuables». Dans la première hypothèse, l'invention «est faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle». Dans ce cas, attendu que l'invention présente des liens étroits avec l'entreprise, la propriété de l'invention est du salarié mais «l'employeur a le droit (...) de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié». L'employeur a alors le droit de choisir de se faire attribuer la propriété de l'invention (droit d'attribution) ou uniquement sa jouissance (la concession d'une licence d'exploitation). Si l'employeur exerce son droit d'attribution, il devra payer le juste prix³² au salarié. Quant aux «inventions hors mission non attribuables», l'invention est réalisée en dehors de toute mission confiée par l'employeur et ne présente aucun lien avec l'entreprise. Le salarié est le seul propriétaire des droits sur l'invention et l'employeur, s'il veut revendiquer un droit sur l'invention elle-même, doit prouver qu'elle relève d'une autre catégorie que celle des inventions hors mission non attribuables. Un cas particulier, en France, concerne les inventions des stagiaires. Dans le secteur privé, le stagiaire ne se voit pas attribuer la propriété de l'invention et le régime des inventions de salarié lui est inapplicable. Par contre, un sort différent est réservé au stagiaire doctorant ou post-doctorant boursier de l'université ou de l'organisme qui l'accueille. La Loi de programme pour la recherche du 14 avril 2006 établit

de la relation entre les parties.

³⁰ Sur le calcul du montant de la rémunération, voir J. AZÉMA, J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, cit., 393 ss. En plus, voir également l'étude de l'Observatoire de la propriété intellectuelle INPI, *La Rémunération des Inventions de Salariés. Pratiques en vigueur en France*, Paris, 2016.

³¹ Pour plus d'informations sur le concept de «toutes les autres inventions» et sur les droits et devoirs des chercheurs en matière d'invention, voir A. MAUREL, *Les chercheurs saisis par la norme. Contribution à l'étude des droits et devoirs des chercheurs*, Paris, 2014, 139 ss.

³² Sur le calcul du juste prix, voir J. AZÉMA, J.C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, cit., 408 ss.

que «les bénéficiaires de ces allocations ont droit à la protection sociale de droit commun» (art. 10)³³; donc, le statut de salarié leur est reconnu et le régime de l'article L. 611-7 CPI est applicable.

Dans d'autres pays encore, comme l'Ukraine, les règles relatives à la propriété des inventions financées par des fonds publics sont fixées dans différents actes juridiques, contenant des dispositions contradictoires. Cette situation crée une certaine ambiguïté, de l'incertitude et de la confusion³⁴. L'article 429 du *Code Civil* en Ukraine, introduit, *ex lege*, un régime de co-titularité, à titre originaire, des droits de propriété intellectuelle économiques résultant de l'invention entre le salarié du secteur privé et l'employeur³⁵: le salarié est le titulaire des droits moraux, tandis que les droits patrimoniaux appartiennent conjointement au salarié, qui a réalisé l'invention, et à l'employeur, sauf disposition contraire prévue par un accord écrit et accepté de part et d'autre.

Toujours dans le secteur privé, un régime de titularité différent sur les inventions du salarié est prévu par la *Loi sur le droit d'auteur et les droits connexes*³⁶, qui attribue le droit exclusif de propriété sur une œuvre à l'employeur, sauf stipulation contraire entre l'auteur et l'employeur (art. 16), et la *Loi sur les inventions et les modèles d'utilité*³⁷, qui dispose que, dans certaines circonstances, les droits de propriété peuvent revenir à l'employé-inventeur. Le droit à obtenir le brevet de l'invention appartient à l'employeur, qui devrait déposer une demande dans un délai de quatre mois à compter de la date de réception de la communication de la réalisation de

³³ *Loi n° 2006-450 de programme pour la recherche*, du 18 avril 2006.

³⁴ L'Ukraine dispose d'un cadre juridique varié dans le domaine de la propriété intellectuelle, notamment le *Code Civil* (n. 435-IV du 16 janvier 2003), la *Loi sur les droits relatifs aux inventions et aux modèles d'utilité* (n.1771-III du 1^{er} juin 2000), la *Loi sur la protection des dessins industriels* (n. 3688-XII du 15 décembre 1993), la *Loi sur le droit d'auteur et les droits connexes* (n. 3792-XII du 15 décembre 1993), la *Loi sur le transfert de technologie* (n. 143-V, du 14 septembre 2006), la *Loi sur l'innovation* (n. 40-IV du 4 juillet 2002), la *Loi sur les activités techniques et scientifiques* (n. 1977-XII du 13 décembre 1991), la *Loi sur l'enseignement supérieur* (n. 1556-VII du 1^{er} juillet 2014). Il s'agit d'un cadre réglementaire qui suit les derniers développements mondiaux en matière de réglementation des DPI, couvrant les principaux types de droits, leur durée et leurs limites/exemptions. Sur la question, voir M. STANKOVIĆ, *Ukraine. Intellectual Property and Technology Transfer Regulatory Review*, The World Bank Group, Washington, 2017, 20-23.

³⁵ Le *Code Civil* en Ukraine, du 16 janvier 2003, n. 435-IV, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

³⁶ *Loi sur la "Protection de droit d'auteur et des droits connexes"*, n. 3792-XII du 15 décembre 1993.

³⁷ *Loi sur la "Protection des droits aux inventions et aux modèles d'utilité"*, n.1771-III du 1^{er} juin 2000.

l'invention par l'employé. Dans le même délai, l'employeur doit conclure un accord avec l'employé en indiquant le montant de la rémunération et les modalités de paiement. En cas d'absence d'accord ou de défaut de dépôt de la demande de brevet, le droit d'obtenir un brevet appartient à l'employé et l'employeur a un droit de priorité pour obtenir une licence (art. 9). Enfin, la *Loi sur le transfert de technologie*³⁸ prévoit un autre système de titularité des droits sur les inventions réalisées dans le secteur public : les droits découlant des inventions financées par des fonds publics appartiennent à l'institut publique de recherche. Si la recherche est financée par des fonds mixtes (public/privé), les droits de propriété sont répartis conformément à l'accord de transfert de la technologie. Les dispositions contradictoires du système juridique ukrainien, d'une part, pourraient décourager les chercheurs d'effectuer des recherches en vue de leur transfert au secteur privé ; d'autre part, ces lacunes pourraient également décourager les entreprises, les partenaires potentiels ou les investisseurs de financer la technologie en question, car ils ne sont pas certains du régime de propriété applicable aux technologies dans lesquelles ils ont décidé d'investir³⁹.

4. Le modèle singulier de «titularité individuelle» en Italie. Profils problématiques liées au c.d. professor's privilege et solutions interprétatives possibles

En Italie, jusqu'à la réforme de 2001, la réglementation des inventions universitaires a suivi celle des inventions des salariés du secteur privé, avec l'attribution de droits patrimoniaux à l'employeur⁴⁰. Le régime consolidé

³⁸ *Loi de l'Ukraine sur la "Réglementation de l'Etat dans le Domaine du Transfert de Technologie"*, n. 143-V, du 14 septembre 2006.

³⁹ Pour un approfondissement de l'expérience des institutions de recherche et des universités ukrainiennes dans le domaine de la création, protection et utilisation des droits de propriété intellectuelle, voir A. KELLY, K. UKRAINSKI, T. METS, *Improvement of regulatory and institutional framework of academia- industry knowledge transfer and development of core implementation competencies of knowledge transfer to enhance the knowledge based economy in Ukraine. Theoretical, methodological and empirical background report*, in *Estonian Research Information System*, 2016, 1-78 (http://www.ciptt.nas.gov.ua/en/report_final.pdf). Sur la question, voir également I.I. KHOMENKO, K.S. SHAKHBAZIAN, *Improvement of regulatory and institutional framework of academia-industry knowledge transfer: experience of Ukraine, EU and USA*, in *Наука, технології, інновації*, 2017, n. 2, 36-44; M. STANKOVIĆ, *Ukraine. Intellectual Property and Technology Transfer Regulatory Review*, cit., 2017.

⁴⁰ Au fil des ans, un certain nombre de modifications législatives importantes ont été apportées en ce qui concerne la propriété des droits sur les inventions par les employés

de la propriété institutionnelle a été renversé de manière inattendue par le «*Pacchetto Tremonti*»⁴¹ du 2001, du nom du Ministre de l'Économie et des Finances qui l'a proposé. L'art. 7 de cette loi, dont le slogan était les «inventions aux inventeurs», a introduit le nouvel art. 24-*bis* dans la *Loi sur les inventions*⁴², qui stipule: «Par dérogation [à la discipline des inventions des salariés] (...), lorsqu'une relation de travail existe entre le chercheur et une université ou une administration publique ayant, parmi ses objectifs institutionnels, des finalités de recherche, le chercheur est le titulaire exclusif des droits découlant de l'invention brevetable dont il est l'auteur»⁴³, à l'exclusion du droit des entités publiques d'obtenir une part des redevances et des revenus liées à la concession de licences d'exploitation des brevets⁴⁴.

publiques. Depuis au moins les années cinquante, le législateur a été chargé d'introduire dans le droit national certaines règles spéciales régissant le système d'appartenance des droits découlant d'inventions obtenues dans le cadre d'une relation de travail avec l'État. Ces règles ont été incluses à l'origine dans une législation spéciale en dehors du code, c'est-à-dire l'art. 34 t.u.imp.civ.St., considéré applicable à toutes les catégories de fonctionnaires de l'Etat, y compris les professeurs et les chercheurs (v. *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, approuvé avec le D.P.R. du 10 janvier 1957, n. 3, et publié dans la G.U. du 25 janvier 1957, n. 22). La disposition en question se limitait à suivre, presque entièrement, la discipline des artt. 23 ss. de la *Loi sur les inventions* (*Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti industriali*, approuvé avec le R.D. du 29 juin 1939, n. 1127, et publié dans la G.U. du 14 août 1939, n. 189), pour les inventions d'employés des entreprises privées, prévoyant un système de droit au brevet modulé en fonction du degré de causalité, plus ou moins directe, entre le résultat inventif obtenu et l'activité réalisée par l'employé inventeur public dans l'exécution de sa tâche. Les règlements visés sont conformes à la sous-division entre les *i) inventions d'entreprise*, les *ii) inventions de service* et les *iii) inventions occasionnels*. En ce qui concerne les droits découlant de l'invention, les normes en matière d'inventions de l'employé réservent expressément à l'employé-inventeur uniquement le droit moral d'être reconnu comme l'auteur de l'invention obtenue ; les droits patrimoniaux correspondants sont attribués à l'employeur qui, selon le type de lien de causalité entre l'activité inventive et la tâche exécutée par le chercheur, devra payer à l'inventeur une rémunération supplémentaire spécifique ou un juste prix.

⁴¹ *Loi 18 octobre 2001, n. 383, "Primi interventi per il rilancio dell'economia"* (G.U. n. 248 du 25 octobre 2001).

⁴² *R.D. 29 juin 1939, n. 1127, "Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti industriali"* (G.U. 14 août 1939, n. 189).

⁴³ Dans le cas où l'invention a été réalisée par une équipe de plusieurs inventeurs, la règle semble attribuer les droits à l'invention, sauf en cas d'accord indiquant le contraire, aux co-inventeurs «à parts égales», mais indépendamment de toute évaluation de leur contribution à l'invention.

⁴⁴ Selon, A. BAX, *Le invenzioni dei ricercatori universitari: la normativa italiana*, cit., 206, «L'article 7 de la loi n° 383/2001 a sans aucun doute représenté une «révolution copernicienne» dans le domaine des inventions réalisées dans les universités».

L'entrée en scène en Italie du «privilege du professeur» – dans un moment historique où le législateur allemand s'alignait lui aussi sur le modèle de la titularité des droits en faveur des universités – semble avoir eu pour objectif d'encourager l'activité de recherche et, surtout, la valorisation et le transfert de la propriété intellectuelle, en partant de l'idée que seul l'intérêt «égoïste» personnel du chercheur propriétaire aurait encouragé des résultats⁴⁵. Il a été constaté, d'une part, la faible utilisation des brevets par les instituts de recherche et, d'autre part, un prétendu manque d'intérêt et une incapacité de ceux-ci à gérer et à exploiter les résultats de la recherche réalisée dans leurs laboratoires et centres de recherche. Toutefois, en ce qui concerne le domaine d'application objective, le texte de la norme n'était pas particulièrement clair. L'ancien art. 24-*bis* l.inv. ne faisait aucune distinction entre la recherche c.d. «libre», c'est-à-dire la recherche effectuée librement par le chercheur dans le cadre de l'université en utilisant les fonds publics alloués à cette fin, et la recherche c.d. «limitée», à savoir la recherche effectuée sur commission. Sur ce point, la doctrine majoritaire considérait que l'article en question ne faisait aucune distinction entre la recherche libre et la recherche limitée et qu'il s'appliquait à tous les types de recherche⁴⁶. Quelqu'un d'autre, par contre, s'est exprimé dans le sens que l'article *de quo* se référait exclusivement à la recherche libre parce que, dans ce cas précis, on ne pouvait pas parler exactement d'«inventions du salarié», puisque le chercheur avait mené sa propre recherche *motu proprio*; au contraire, on pourrait en parler dans le cas d'inventions obtenues dans le cadre d'une recherche liée, ou associée, à des contrats ou accords dans l'intérêt d'autres sujets, y compris des sujets privés, extérieurs à l'Université⁴⁷. La *ratio* de cette interprétation minoritaire était certainement de ne pas décourager le

⁴⁵ Dans ce sens, voir M. LIBERTINI, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 53.

⁴⁶ Pour tous, V. DI CATALDO, *Le invenzioni delle università. Regole di attribuzione di diritti, regole di distribuzione di proventi, e strumenti per il trasferimento effettivo delle invenzioni al sistema delle imprese*, cit., 343; G. SENA, *Una norma da riscrivere*, cit., 246; L.C. UBERTAZZI, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, cit., 1733.

⁴⁷ Dans ce sens, G. FLORIDIA, *Le invenzioni universitarie secondo il pacchetto Tremonti*, in *Il Diritto industriale*, 2002, 1, 10 ss. Dans un sens conforme, M. LIBERTINI, *Appunti sulla nuova disciplina delle "invenzioni universitarie"*, cit., 2171, qui considère que l'interprétation selon laquelle le nouvel article 24-*bis* n'affecte pas la recherche contractuelle devrait être acceptée, même si le contrat concerne des projets universitaires ou mixtes. Dans le sens contraire, pour tous, V. DI CATALDO, op. ult. cit., 343 et 344, qui précise que cette distinction n'est pas prévue dans le texte de la norme; également, G. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di Codice della Proprietà Industriale*, cit., 48; L.C. UBERTAZZI, op. ult. cit., 1732.

financement extérieur de la recherche académique; par conséquent, dans le cas d'une recherche liée, le résultat inventif obtenu (et par conséquent également l'éventuelle invention brevetable), sauf disposition contraire dans le contrat, appartenait au commanditaire de la recherche. Malgré les critiques sévères⁴⁸ de l'art. 24-*bis* l.inv. et les doutes (peut-être excessifs) sur l'application objective et la légitimité constitutionnelle de la loi⁴⁹ – qui ont abouti, entre autres, à une série d'initiatives législatives infructueuses visant à restaurer un régime de titularité institutionnelle⁵⁰ – la règle de la titularité individuelle a été préservée et incluse dans le code italien de la propriété

⁴⁸ Sur la question, voir, *ex multis*: G. SENA, *Una norma da riscrivere*, cit., 243, «La loi, telle qu'elle est rédigée, est donc absolument équivoque et créerait des problèmes insolubles dans son application»; M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 806, qui est d'avis que la réforme «manque d'une logique claire»; V. DI CATALDO, *Le invenzioni delle università. Regole di attribuzione di diritti, regole di distribuzione di proventi, e strumenti per il trasferimento effettivo delle invenzioni al sistema delle imprese*, cit., 341, qui dit que «La solution italienne semble vraiment être le résultat d'un provincialisme, d'un manque de conscience des positions communément adoptées dans le monde et de leurs raisons». *Contra*: G. FLORIDIA, *Le invenzioni universitarie secondo il pacchetto Tremonti*, cit., 9-11, selon lequel l'article 7 a la finalité d'assurer la sécurité juridique en clarifiant d'éventuelles interprétations contradictoires de règles qui contiennent des ambiguïtés considérables. Donc, «La critique de cette disposition me semble totalement injustifiée»; A. MUSSO, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni "universitarie" (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, cit., 1080: «l'art. 24-*bis* l.inv. ne mérite pas toutes les critiques qui lui sont opposées, qui découlent, probablement, plus des abstraites craintes idéologiques de principe que d'une analyse approfondie du cadre institutionnel de référence». De plus, «la disposition en question ne semble pas entrer en conflit avec la structure systématique du système italien des brevets, ni avec les principes du système constitutionnel (...) avec d'éventuels résultats patrimoniaux plus avantageux pour les universités elles-mêmes».

⁴⁹ Pour tous, L.C. UBERTAZZI, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, cit., 1738 ss.; C. GALLI, *La nuova disciplina delle invenzioni realizzate dai pubblici ricercatori*, cit., 41; G. GHIDINI, M. PANUCCI, *La disciplina dei brevetti per invenzione nel nuovo codice della proprietà industriale*, in *Il Diritto industriale*, 2005, 1, 26 ss; M. GRANIERI, *La disciplina delle invenzioni accademiche nel Codice della proprietà industriale*, cit., 32 ss.

⁵⁰ Le référence est au *d.d.l. C-2328 de 2002* et aux premières versions de l'article 65 du projet de c.p.i. de 2003 et 2004. A ce propos, voir en détail A. MUSSO, op. ult. cit., 1070 ss.; G. GHIDINI, M. PANUCCI, op. ult. cit., 26 ss.; C. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di Codice della Proprietà Industriale*, in L.C. UBERTAZZI (éd.), *Il codice della proprietà industriale, Quaderni Aida*, Milano, 2004, 36; G. GRANIERI, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria: invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, 170 ss.; G. FLORIDIA, *Il decreto correttivo al Codice della proprietà industriale: una riforma necessaria*, in *Il Diritto industriale*, 2010, 5, 405; A. VANZETTI (éd.), *Codice della Proprietà Industriale*, cit., 788 ss.; L.C. UBERTAZZI (éd.), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, éd. VI, 2016, 274.

industrielle mais avec l'ajout d'un nouveau (et dernier) alinéa⁵¹, ce qui semble confirmer l'orientation minoritaire.

Le 5e alinéa de l'art. 65 du c.p.i., en prévoyant une «dérogação à la dérogação», se limite à déclarer inapplicables les dispositions du présent article dans le cas de recherches financées, en tout ou en partie, par des entreprises privées ou réalisées dans le cadre de projets de recherche spécifiques, financés par des entités publiques autres que l'université, l'organisme ou l'administration dont relève le chercheur⁵². Cette disposition, qui, dans les intentions du législateur, aurait dû faciliter le transfert technologique en stimulant l'investissement privé dans la recherche publique, n'a en réalité créé que des inconvénients. La raison en est que la disposition ne précise pas expressément quelle règle est applicable à tous les cas auxquels le régime «spécial», visé à l'article 65 du c.p.i., ne s'applique pas. Mais, surtout, on ne comprend pas à qui revient la propriété de ces inventions : à l'organisme auquel appartient l'inventeur ou au bailleur de fonds pour la recherche. Le seul fait qui semble émerger avec certitude, c'est que la propriété n'est pas reconnue au chercheur-inventeur.

Suite au silence de la loi sur ce point, je pense que, dans le cas de recherche financée par des sujets privés ou par d'offres public (ex. PRIN), on devrait considérer comme applicable la discipline générale prévue par les employés du secteur privé (art. 64 c.p.i.)⁵³. La titularité des droits appartient

⁵¹ Art. 65 du *D. Lgs. Du 10 février 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale* (G.U. 4 mars 2005, n. 52), et modifications ultérieures.

⁵² Sur la question, pour tous, voir M. LIBERTINI, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 62 ; G. GHIDINI, M. PANUCCI, op. ult. cit., 27; L. RINALDI, *Le invenzioni industriali e gli altri prodotti dell'ingegno dei dipendenti e dei ricercatori universitari alla luce del nuovo codice della proprietà industriale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, 6, 446; G. GHIDINI, F. DE BENEDETTI, *Codice della Proprietà Industriale. Commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, Giuffrè, 2006, 182; A. BELLAN, *Prospettive di modifica per la disciplina delle invenzioni universitarie*, in *Il Diritto industriale*, 2009, 3, 213; G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti*, cit., 21.

⁵³ Art. 64 du *D. Lgs. Du 10 février 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale* (G.U. 4 mars 2005, n. 52), et modifications ultérieures. Sur la distinction entre «*invenzioni d'azienda*», «*invenzioni di servizio*» et «*invenzioni occasionali*» dans le système juridique italien, voir, *ex multis*: P. VERCELLONE, *Le invenzioni dei dipendenti*, Giuffrè, Milano, 1961; G.G. AULETTA, V. MANGINI, *Artt. 2584 - 2601 cod. civ. Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali. Della concorrenza*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (éd.), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, éd. III, 1987; G. VIDIRI, *Il codice della proprietà industriale e le invenzioni del lavoratore*, in *Massimario della giurisprudenza lavoro*, 2005, 712; V. DI CATALDO, *Le invenzioni. I modelli*, cit., 93 ss.; G. SENA, voce «*Invenzioni del prestatore di lavoro*», cit., 456. Toujours sur la question, voir

à l'employeur (*rectius* organisme public de recherche) et le chercheur a droit à une rémunération spécifique ou un juste prix⁵⁴, selon que l'activité inventive est prévue *ex ante* comme objet du contrat de travail, et «à cette fin rémunérée» (c.d. «*invenzione di servizio*») ou se limite à représenter un *quid* exceptionnel qui fait cependant partie de l'objectif général que le salarié aurait dû se fixer dans l'exécution de son contrat de travail (c.d. «*invenzione d'azienda*»). Il n'est toutefois pas exclu que l'organisme public de recherche, dans le contrat ou accord *ad hoc*, attribue la titularité d'invention au bailleur de fonds ou aux deux dans des proportions différentes.

Outre les problèmes d'interprétation du dernier paragraphe, l'art. 65 du c.p.i. soulève d'autres doutes sur lesquels le législateur n'est pas encore intervenu. Il n'est pas clair, tout d'abord, s'il est possible de déroger à cette règle d'attribution individuelle des droits et si les accords préalables, prévoyant l'attribution des droits aux universités ou à d'autres organismes publics, sont valables. Sur ce point, il semble plus correct de considérer que la discipline visée à l'article 65, comme celle prévue pour les inventions du salarié, peut faire l'objet d'une dérogation, mais seulement en faveur du chercheur⁵⁵. L'inventeur individuel, sauf dans de rares cas de «propension aux affaires», a tendance à être peu motivé à faire face aux coûts, souvent considérables pour l'individu, de brevetage et de commercialisation de l'invention, tandis que les universités et les autres instituts de recherche bénéficient des structures internes capables de sélectionner les idées inventives et de les transformer progressivement en produits industriels, dans un processus continu d'amélioration et d'innovation. Le chercheur, peu porté aux affaires, pourrait donc décider de transférer, par voie de négociation, les droits patrimoniaux de l'invention réalisée à des tiers, y

G. PELLACANI, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, cit., 91 ss.; M. MARTONE, *Le invenzioni del lavoratore e la ricerca: attività, risultato, corrispettivo, premio*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 1999, 5, 361; M.N. BETTINI, *Le invenzioni del lavoratore*, cit., 2182; S. D'ASCOLA, *Gli apporti originali e le invenzioni del lavoratore autonomo*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (éd.), *Commentario breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2018, 301.

⁵⁴ Dans ce sens, G. PELLACANI, *Tutela del lavoro e tutela della proprietà industriale. Per una lettura costituzionalmente orientata della disciplina delle invenzioni del lavoratore*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, 49; G. FLORIDIA, *Le invenzioni universitarie*, cit., 313; G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti*, cit., 22; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, éd. VIII, Milano, 2018, 430.

⁵⁵ Voir L. RINALDI, *Le invenzioni industriali e gli altri prodotti dell'ingegno dei dipendenti e dei ricercatori universitari alla luce del nuovo codice della proprietà industriale*, cit., 432, qui exclut la possibilité de déroger à la discipline en *peius* pour le chercheur.

compris à l'institut de recherche public auquel il appartient. La dérogation à cette disposition ne pourrait se faire qu'*ex post* et non *ex ante*, car tout transfert automatique des droits de propriété pour l'invention non encore obtenue serait invalidée parce qu'elle entrerait en conflit avec la règle de la propriété individuelle prévue à l'art. 65 c.p.i.⁵⁶.

Le domaine d'application subjectif de l'art. 65 c.p.i. est plus problématique. Du point de vue de l'organisme, le législateur se réfère à la fois à l'université, qui est un sujet facilement identifiable, et à une administration publique ayant parmi ses finalités institutionnelles la recherche (ex. CNR, ENEA). Je me demande, toutefois, si une association créée par une université ou dans laquelle a des parts celle-ci et qui effectue des recherches dans le cadre de ses missions, doit être considérée comme relevant de la discipline visée à l'art. 65 c.p.i.⁵⁷. D'un point de vue subjectif également, le législateur ne fait référence qu'au chercheur. Sur ce point, je considère que le terme «chercheur-employé» désigne autant le chercheur que tout le personnel qui, à titres divers, exerce ses activités au sein de l'organisme, comme les boursiers et les doctorants de recherche, les techniciens de laboratoire⁵⁸.

⁵⁶ Dans ce sens, M. LIBERTINI, *Appunti sulla nuova disciplina delle "invenzioni universitarie"*, cit., 2176. Voir également V. DI CATALDO, *Il nuovo codice della proprietà industriale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 4, 571 ; G. GALLI, *Le invenzioni dei dipendenti nel progetto di Codice della Proprietà Industriale*, cit., 48. *Contra*: L.C. UBERTAZZI, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, cit., 1742, qui affirme qu'«Un direction possible des universités italiennes pourrait être de prévoir cette discipline de l'appartenance en général et ex ante dans leurs règlements universitaires»; G. GRANIERI, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori. Il trasferimento tecnologico dal mondo universitario all'industria e la nuova disciplina delle invenzioni d'azienda*, cit., 81, selon lequel l'art. 24-bis l.inv. a un caractère «dispositif» et le régime précédemment prévu, ou encore un régime alternatif, «peut être (ré)établi par des voies contractuelles et préventives entre l'université et le chercheur»; A. BAX, *Le invenzioni dei ricercatori universitari: la normativa italiana*, cit., 210, qui affirme qu'«Une bonne solution pourrait donc être de prévoir une telle possibilité dans les règlements universitaires, et/ou de temps à autre au moment de la conclusion des contrats individuels, y compris de la recherche».

⁵⁷ Sur la question, G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti*, cit., 19.

⁵⁸ Dans ce sens, A. MUSSO, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni "universitarie" (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, cit., 1099, selon lequel si les règles en question ne s'appliquaient pas également à ces personnes, il y aurait une disparité de traitement entre co-inventeurs ayant des titres contractuels différents, avec le même apport inventif. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par certains règlements universitaires : par exemple, l'art. 5 de la *Discipline ENEA relative à la Propriété Industrielle* précise que «Les droits et obligations que cette Discipline impose à l'inventeur s'appliquent à tous les employés et personnes non employés co-inventeurs en proportion des quotes-parts respectives». *Contra*: M. LIBERTINI, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti*

En dernière analyse, en ce qui concerne l'objet de la discipline, on peut se demander si la législation en question peut s'appliquer uniquement aux inventions brevetables ou également à d'autres résultats de recherche publique, ayant un contenu à la fois technologique et esthétique, effectués par le chercheur universitaire⁵⁹. Le législateur prend en considération la question de l'attribution des droits patrimoniaux relatifs aux dessins et modèles, aux modèles d'utilité, aux topographies des produits semi-conducteurs, aux variétés végétales nouvelles, aux programmes d'ordinateur et base de données, aux dessins industriels et aux œuvres de génie créés par les salariés dans l'exercice de leurs fonctions ou sur instruction de l'employeur, dont aucun ne fait toutefois expressément référence à l'art. 65 c.p.i.⁶⁰. Donc, vu le caractère exceptionnel de la règle de l'art. 65 c.p.i., il semblerait que le régime de la propriété individuelle, avec le droit de propriété qui en découle pour le salarié-inventeur, ne s'applique qu'aux types de créations incorporelles qui rappellent indirectement les règles relatives aux inventions des salariés, à savoir les modèles d'utilité, les topographies des produits semi-conducteurs, les nouvelles variétés végétales et le *know-how* industriel, en tant qu'invention non (encore) protégée. En dehors de ces cas, la règle générale à appliquer est celle de la propriété institutionnelle.

5. Conclusions. Une réforme est-elle nécessaire en Italie ?

La législation italienne sur les inventions universitaires, qui isole le système italien de tous les autres systèmes nationaux, apparaît mal formulée et incertaine. Il serait donc souhaitable, à la lumière de ce qui précède, que le législateur national clarifie les doutes sur la légitimité constitutionnelle et les incertitudes interprétatives qui, encore aujourd'hui, gravitent autour de l'art. 65 c.p.i. et, surtout, qu'une solution harmonisée soit trouvée au niveau européen.

La contre-réforme du système devrait également prendre en compte

nel codice della proprietà industriale, cit., 53, qui considère que le terme «chercheur» ne s'applique qu'à un employé ayant des fonctions de recherche spécifiques; voir également L.C. UBERTAZZI, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, cit., 1730.

⁵⁹ Pour une analyse plus approfondie, voir A. MUSSO, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni "universitarie" (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, cit., 1100 ss.

⁶⁰ Voir, respectivement : art. 38, al. 3, c.p.i.; art. 86, al. 2, c.p.i.; art. 89, al. 2, c.p.i.; art. 111, al. 2, c.p.i.; art. 12-*bis* l.d.a.; art. 12-*ter* l.d.a.; art. 88, al. 2, l.d.a.

les progrès rapides de la science et l'évolution du contexte organisationnel et gestionnaire des instituts publics de recherche, et de leurs bureaux de valorisation et de transfert de technologie, dans lesquels opèrent les inventeurs individuels⁶¹. Dans l'intérêt d'une plus grande efficacité du marché, compte tenu de la portée dérogatoire de la discipline, la création de règles impératives permettrait aussi d'éviter le risque que les conditions sous-jacentes à chaque rapport soient laissées au pouvoir de négociation du plus forte, plutôt qu'à la substance et à la qualité des résultats obtenus⁶².

⁶¹ V. TURSI, *L'ambito di applicazione della riforma: le pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (dir.), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, tome I, éd. V, 2004, 28, qui rappelle qu'au cours des années quatre-vingt-dix, le secteur universitaire, comme celui des écoles et de la Santé, a été affecté par une profonde réorganisation «qui a conduit, d'une part, à la configuration de l'autonomie universitaire dans des termes non plus comparables à ceux, traditionnels, de l'organisation; d'autre part, à l'attribution de la personnalité juridique également aux structures opérationnelles des écoles et soins de la Santé».

⁶² D'un point de vue juridique et économique, sur la nécessité d'une forme de réglementation de la propriété des inventions académiques, voir G. GRANIERI, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria: invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, cit., 2010, 159 ss.

Romane Mondonnet

*La lutte anti-terrorisme,
illustration de la mutation de la police administrative*

SOMMAIRE : 1. Les pratiques de la lutte antiterrorisme : une invitation à repenser le régime juridique de la police administrative – 2. L'impact théorique de la lutte antiterrorisme : une invitation à repenser la notion de police administrative.

« C'est l'état d'urgence, en France, depuis des mois, parce que c'était une urgence d'État de répondre à la menace invisible du terrorisme, par des mesures visibles, peut-être inefficaces, mais bien visibles »¹. Et en effet, l'état d'urgence rend visible ce que le citoyen n'a pas l'habitude de voir : des militaires en armes sur le sol national, et la police administrative en action. Depuis les attentats de 2015, sans forcément dire son nom, elle est au cœur du débat public, alors qu'elle s'exerce normalement dans une relative indifférence. Mais ce que l'état d'urgence n'a peut-être pas, ou pas assez, hormis dans les textes scientifiques, rendu visible, c'est que cette police administrative est en mutation.

La France est un pays de tradition juridique libérale, qui retient des libertés une conception lockienne. En ce sens, son ordre juridique marque une préférence nette pour un régime *répressif*, laissant les libertés s'exprimer et sanctionnant *a posteriori* les abus éventuels, contrevenant aux limites absolues et générales fixées par le législateur.

Cependant, les libertés ne peuvent s'exprimer que s'il règne un ordre minimal, que l'État, toujours dans la même conception lockienne, doit assurer. Il existe donc également un régime *préventif*, qui vise à maintenir l'ordre public : c'est la police administrative. On peut définir l'ordre public comme « tout intérêt général qui, à un moment et dans une collectivité donnés, est considéré comme suffisamment important pour justifier une restriction aux droits et libertés dans le dessein d'en garantir l'exercice »². Cet ordre

¹ T.B. REVERDY – S. VENAYRE, *Jardin des colonies*, Paris, 2018, 90.

² J. PETIT, *Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif*, in *La police administrative*, édité par C. VAUTROT-SCHWARZ, Nancy, 2013, 208.

public constitue le titre et la limite de compétence de l'administration pour encadrer l'exercice des libertés : en dehors de cette finalité libérale, la police administrative n'a en principe aucune légitimité. En conséquence, elle peut être définie comme « *tout encadrement administratif des activités sociales justifié par une exigence d'intérêt général qui autorise une limitation des droits et libertés pour en permettre le jeu* »³. Partant, la police administrative se distingue de la police judiciaire qui a pour but de rechercher les auteurs d'infractions pénales et de préparer la répression éponyme.

Au vu de cette définition, la nature des mesures de lutte anti-terrorisme ne fait guère de doute. Définies comme les mesures « *ayant pour but l'identification et l'anéantissement précoces de la menace [terroriste] considérée comme permanente, transnationale et structurée et qui [justifient] le développement d'une stratégie proactive de lutte contre ce phénomène* »⁴, elles relèvent incontestablement de la police administrative. Il ne s'agit pas de condamner ou d'évaluer le comportement d'une personne pour les sanctionner pénalement, mais bien de prévenir la survenance d'attentats et d'éviter des conséquences dommageables pour la sécurité des citoyens.

Pendant, force est de constater qu'en matière de lutte anti-terrorisme⁵, la définition de la police administrative est largement battue en brèche. Le législateur attribue aux autorités administratives chargées de prévenir ce phénomène des pouvoirs d'encadrement de l'exercice des libertés inédits. Ce même législateur définit de façon extrêmement large les comportements pouvant faire l'objet d'un encadrement ou d'un contrôle administratif. La nécessité d'adapter les méthodes de lutte anti-terrorisme pour prévenir tous les risques, quels qu'ils soient, justifie alors une réduction très forte des libertés.

Deux raisons peuvent expliquer cette tendance dite sécuritaire, dont l'origine remonte au milieu des années 80. C'est d'abord l'augmentation du sentiment d'insécurité⁶, parfois utilisé par une partie de la classe politique française à des fins électoralistes qui peuvent être critiquables. C'est ensuite la survenance périodique de vagues d'attentats menés par des individus ou des réseaux affiliés à des groupes djihadistes, tels Al-Qaïda ou DAESH, sur

³ PETIT, *Le contrôle*, cit., 208.

⁴ O. CAHN, « *Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre* » : *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi*, in *Archives de politique criminelle*, 2016, 89.

⁵ Les orthographes « lutte antiterrorisme », voire « lutte antiterroriste » semblent admises. Ce basculement sémantique est intéressant : les deux termes ne sont pas synonymes. Par un truchement de termes, d'une lutte contre un phénomène, on passe à une lutte contre des personnes.

⁶ Pour une étude consacrée à la réalité du sentiment d'insécurité voir : P. ROBERT et R. ZAUBERMAN, *Du sentiment d'insécurité à l'État sécuritaire*, Lormont, 2017.

le territoire national, s'inscrivant dans un contexte international de guerre contre le terrorisme.

La vague d'attentats qui a touché la France depuis 2015 a réactivé et mis en lumière de façon spectaculaire cette tendance sécuritaire. Bien entendu, la manifestation la plus symptomatique de cette logique sécuritaire est la proclamation de l'état d'urgence à la suite des attentats du 13 novembre 2015⁷. Régime d'exception dérogatoire au droit commun, applicable « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »⁸, l'état d'urgence « *tend à concentrer et à étendre les pouvoirs de police entre les mains des autorités nationales* »⁹. Le but de l'état d'urgence est de mettre fin au péril mentionné, ici la menace terroriste, la gravité de la menace étant présentée comme justifiant un « *déséquilibre [...] privilégiant nettement l'ordre et la sécurité publique au détriment des libertés individuelles* »¹⁰. Cette rupture du schéma libéral classique a fait l'objet de nombreuses critiques¹¹. Celles-ci ne seraient pas justifiées si la législation anti-terrorisme, et en particulier l'état d'urgence, restait une réponse *contextuelle* limitée matériellement et temporairement.

Or, si le chef de l'Etat a officiellement mis fin à l'état d'urgence en octobre 2017, force est de constater que ce dernier est entré dans le droit commun. La loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (dite loi SILT) du 31 octobre 2017 a en effet repris la plupart des mesures prévues par l'état d'urgence¹². Les perquisitions administratives

⁷ Les attentats commis en 2012 par Mohamed Merah avaient produit une réaction du même type, et donné lieu à l'adoption de deux lois renforçant les pouvoirs de police administrative : la loi n. 2014-1353, 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme et la loi n. 2015-912, 24 juillet 2015, relative au renseignement.

⁸ Art. 1, loi n. 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence.

⁹ X. PRETOT - C. ZACHARIE, *La police administrative*, Issy-les-Moulineaux, 2018, 119.

¹⁰ P. CASSIA, *Contre l'état d'urgence*, Paris, France, 2016, 52.

¹¹ CASSIA, *Contre l'état*, cit. ; CENTRE DE RECHERCHES ET D'ÉTUDES SUR LES DROITS FONDAMENTAUX (CREDOF), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence : rapport de recherche pour le Défenseur des droits*, Nanterre, 2018.

¹² À propos de la loi SILT, voir les commentaires suivants : G. BEAUSSONIE, *Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme*, in *RSC*, 2017, 777 ; J. BUISSON, *Sécurité intérieure et lutte contre le terrorisme*, in *Procédures*, 2017, 29 ss. ; O. CAHN - J. LEBLOIS-HAPPE, *Loi numéro 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : perseverare diabolicum*, in *AJDP*, 2017, 468 ss. ; O. LE BOT, *Un état d'urgence permanent ?*, in *RFDA*, 2017, 1115 ss. ; J.-B. PERRIER, *La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit*, in *D.*, 2018, 24. ; E. RASCHEL, *La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017*, in *Dr. pén.*, 2017, 7 ss.

(renommées visites domiciliaires), les assignations à résidence (désormais connues sous le nom de mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, ou MICAS), les zones de sécurité (désignées par la loi sous le nom de périmètres de protection), et les fermetures administratives des lieux de culte peuvent désormais être utilisées de tous temps et en tout lieu, sans que les autorités administratives n'aient à justifier d'un péril éminent¹³.

Il y a donc eu *généralisation dans le temps* de mesures très liberticides. De plus, les mêmes méthodes apparaissent dans d'autres branches du droit. Apparaît ici une modification *structurelle* de la définition de la police administrative, qui évolue progressivement au gré des exigences opérationnelles et des éléments de contexte faisant apparaître des menaces plus ou moins diffuses. La conséquence est la mise en place d'une réduction, généralisée et sourde, des libertés. Sans questionner l'efficacité de mesures étudiées, qui pourrait faire l'objet d'une étude *per se*, il est aujourd'hui possible de décrire avec précision l'influence de la lutte anti-terrorisme sur la police administrative.

Avec l'émergence de méthodes nouvelles, la lutte anti-terrorisme influe sur le régime juridique de la police administrative (1.). Et même si ces modifications se font sans démarche ni vision théorique d'ensemble, et sans avoir la prétention de modifier ladite théorie, ces nombreux accrocs admis pour des raisons purement opérationnelles finissent par modifier l'essence même de la notion de police administrative (2.).

1. *Les pratiques de la lutte antiterrorisme : une invitation à repenser le régime juridique de la police administrative*

La lutte anti-terrorisme suppose des enjeux spécifiques. Il n'est donc pas inadmissible d'adapter les méthodes de la police administrative pour lutter et prévenir un phénomène aussi complexe. Ce sont les *modalités concrètes* de cette adaptation qui doivent interroger. Tout d'abord, la lutte anti-terrorisme passe par la consécration de méthodes de maintien de l'ordre prédictives, qui conduisent à admettre un véritable contrôle administratif de la population (A.), renforcé par l'admission de techniques coercitives d'une ampleur jamais égalée dans le domaine de la police administrative (B.).

¹³ Pour une liste exhaustive des mesures anti-terroristes existantes en France, voir le titre II du CSI, dont les principales dispositions seront étudiées *infra*.

a) *L'admission inédite de techniques de maintien de l'ordre prédictives*

Pour rappel et pour bien comprendre le basculement opéré, la police administrative possède une finalité préventive, puisqu'elle vise à maintenir l'ordre public, soit en évitant les éventuels troubles à celui-ci, soit en prévenant la réitération de ces troubles. Partant, la police administrative ne porte normalement pas d'appréciation sur les situations ou les comportements qu'elle régit, mais se préoccupe uniquement d'éviter les conséquences nuisibles de ces comportements. En ce sens, « *les situations à l'origine de troubles ne sont pas visées en tant que telles, mais seulement en tant qu'elles induisent des menaces à l'ordre public* »¹⁴.

Ce schéma classique n'est pas reproduit dans le domaine de la lutte anti-terrorisme. En effet, les autorités administratives responsables de cette lutte peuvent en effet agir dès lors qu'il existe des « *raisons sérieuses de penser que [le] comportement [d'une personne] constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public* ». Synthétisée par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence tel que modifié par la loi du 20 novembre 2015 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, cette formule est déclinée de façon plus ou moins explicite dans tous les textes concernant la lutte anti-terrorisme adoptés depuis 2014. Ici, le risque est postulé par un comportement, d'où la qualification de « *mesures de divination comportementale* »¹⁵ parfois attribuée à ces mesures. Autrement dit, ce dernier crée une présomption de risque. La lutte anti-terrorisme devient alors prédictive, cherchant à éviter un risque virtuel. A titre illustratif, l'interdiction de sortie du territoire prévue à l'article L.224-1 CSI repose sur l'enchaînement de cinq probabilités successives : que la personne sorte de France ; qu'elle sorte de France pour se rendre sur un territoire théâtre d'actions terroristes ; qu'elle s'y rende pour s'y entraîner ; qu'elle revienne en France ; qu'elle décide à son retour de porter atteinte à l'ordre public, par quelque moyen que ce soit. Partant, l'entorse au régime libéral traditionnel de police est très forte. Il est possible de se voir interdire de quitter le territoire français, d'y revenir, ou d'être surveillé par les services de renseignements, pour un trouble à l'ordre public que l'on *pourrait* commettre.

Renforcée par les nouveaux outils technologiques dont disposent les services de renseignements, cette logique d'évaluation comportementale utilise cependant une des caractéristiques classiques de la police administrative : sa

¹⁴ M. CHAMBON, *La redéfinition de la police administrative*, in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : Implications juridiques*, édité par J. ALIX e O. CAHN, Paris, 2017, 136.

¹⁵ CASSIA, *Contre l'état*, cit., 74.

dimension holiste. En vertu du principe de l'autonomie de l'ordre public et de la loi pénale¹⁶, des comportements légaux et même anodins peuvent justifier l'adoption d'une mesure de police relevant de l'anti-terrorisme, sans que l'administration n'ait à démontrer un risque concret (et d'ailleurs, elle ne le fait jamais). Ont par exemple justifié l'adoption d'une mesure de police administrative le fait « *d'être en possession de 195 téléphones portables, 209 clés USB, de nombreuses méthodes destinées à l'apprentissage de langues étrangères, et de nombreux billets de train confirmant des déplacements en France, en Belgique, et en Allemagne* »¹⁷, ou « *la pratique d'un art martial au fin de s'aguerrir dans une logique djihadiste* »¹⁸ et « *la consultation de sites d'informations écrits en arabe* »¹⁹. Pour combler le caractère parfois dérisoire de ces éléments, l'administration expose souvent des motifs liés à des condamnations pénales pour des faits de terrorisme, mais passées²⁰, voire des condamnations pour des faits de droit commun²¹, ou même à la fréquentation de personnes elles-mêmes condamnées²².

Deux analyses de ces mesures sont acceptables. La première d'entre elles est que la lutte anti-terrorisme dessine une police des *intentions*, visant à identifier un contexte, qui prouverait une intention de passer à l'acte, une dangerosité. Celle-ci serait caractérisée par un ensemble de signaux comportementaux. Un comportement tout à fait légal, parce qu'il serait associé à une idéologie perçue comme radicale par l'administration, pourrait être lu comme indiquant une intention de passer à l'acte, et donc représenter une menace pour la sécurité publique. Au titre de ces idéologies, on trouverait la radicalisation salafiste²³, mais aussi l'adhésion à des idées d'extrême-gauche²⁴. Cette lecture est corroborée par l'utilisation massive

¹⁶ P.-H. TEITGEN, *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, 1934, 60.

¹⁷ CAA Marseille 16 mai 2016, n. 16MA00655, *inédit au recueil Lebon*, concl. M. Revert

¹⁸ L. BORREDON, *État d'urgence : dénoncé à tort par un collègue, un assigné fait reculer le ministre*, in *Le Monde*, 2015.

¹⁹ BORREDON, *État d'urgence*, cit.

²⁰ CE, ord. 23 novembre 2016, n. 404916, *M. D. A.*, *inédit au recueil Lebon*.

²¹ CE, ord. 20 mai 2016, n. 399692, *M. D. C.*, *inédit au recueil Lebon*.

²² CE, ord. 29 janvier 2016, n. 396449, *M. E. B.*, *inédit au recueil Lebon*.

²³ 427 décisions de justice concernant les mesures adoptées lors de l'état d'urgence mentionnaient, de manière directe ou indirecte, l'adhésion des personnes visées aux thèses de l'islam radical. Voir à ce sujet : S. SLAMA, *Radicalisation religieuse et état d'urgence*, in *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, édité par O. BI-XUAN, Bayonne ; Paris, 2018, 73.

²⁴ 24 décisions de justice rendues sous l'état d'urgence concernaient des militants altermondialistes - certains, de façon intéressante, n'étaient pas considérés comme dangereux. Là encore, voir : SLAMA, *Radicalisation religieuse*, cit., 75.

des perquisitions administratives lors de l'état d'urgence, ou des visites domiciliaires de la loi SILT, dans un objectif de levée de doute, pour des individus considérés comme dangereux, mais dont le dossier ne suffisait pas pour procéder à une judiciarisation²⁵. Mais l'intention reste une donnée indémontrable. On peut d'ailleurs avancer que « *c'est précisément parce que la police administrative a atteint son but que les menaces envisagées restent des intentions* »²⁶. Une seconde lecture est alors possible, centrée sur le comportement des personnes. En effet, ce dernier représentante en lui-même, selon les textes organisant la police de l'anti-terrorisme, une menace pour l'ordre public. C'est donc ici une police des *suspects*, non au regard d'une quelconque menace, mais au regard de la norme sociale. Autrement dit, le jugement de l'administration se déplace. Le critère d'évaluation n'est plus l'atteinte aux droits d'autrui, mais l'utilisation des libertés dans un sens qui paraît admissible ou non à l'administration, au nom de certaines valeurs sociales réputées communément admises. Ce qui est alors en jeu, c'est un ordre public immatériel, composé de ces valeurs perçues comme fondatrices et donc indispensables à l'État de Droit même. La fondamentalisation de la notion de sécurité, de plus en plus assimilée à un droit et à une valeur fondamentale²⁷, semble aller dans ce sens. Partant, la consécration d'une police de l'intention ou de la dangerosité s'intègre en réalité parfaitement dans le cadre de la police des suspects. Il ne s'agirait, *in fine*, que d'une forme de prévention de la déviance par rapport à la norme sociale de sécurité. A ce titre, un basculement s'opère d'une police de prévention des troubles objectifs à une forme de contrôle administratif et social de la population.

Ce contrôle administratif semble pouvoir s'étendre à toutes les activités. En effet, le raisonnement prédictif déborde désormais du cadre de la lutte anti-terrorisme. En réalité, il est même apparu dans le droit commun. Ainsi, la rétention de sûreté, créée en 2008²⁸, utilisait un raisonnement voisin à des fins de prévention de la récidive des criminels de droit commun considérés comme particulièrement dangereux. Le législateur a également créé une interdiction administrative de stade, visant les hooligans, qui

²⁵ O. CAHN, *Regards croisés sur les mesures de recherche (visites et perquisitions)*, in *La distinction entre les police administrative et judiciaire a-t-elle encore un sens ?*, édité par D. THOMAS-TAILLANDIER e B. LAVERGNE, Tours, 2018 (verbatim).

²⁶ CHAMBON, *La redéfinition*, cit., 140.

²⁷ C. MAUBERNARD, *Vers une fondamentalisation du droit à la sécurité ?*, in *La sécurité : mutations et incertitudes*, édité par M. AFROUKH, C. MAUBERNARD e C. VIAL, Bayonne, Montpellier, 2019, 173.

²⁸ Loi n. 2008-174, 25 février 2008, relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

peuvent constituer une « *une menace pour l'ordre public [...] à raison de [leur] comportement d'ensemble à l'occasion de manifestations sportives* »²⁹. Plus récemment, le Conseil d'Etat a jugé que l'interdiction du spectacle d'un humoriste controversé, et condamné par la justice pénale à de nombreuses reprises, était justifiée au regard du « *risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine* »³⁰ et « *pour éviter que des infractions pénales[ne] soient commises* »³¹. Là encore, la réitération de ces infractions n'était que probable, et non certaine. Enfin, en réaction à un contexte social tendu et à la crise des « Gilets Jaunes », le législateur a adopté la loi dite « anticasseurs »³². Dans sa version originelle, celle-ci créait une interdiction individuelle administrative de manifester applicable aux personnes dont les « *agissements à l'occasion de manifestations sur la voie publique ayant donné lieu à des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ainsi qu'à des dommages importants aux biens ou par la commission d'un acte violent à l'occasion de l'une de ces manifestations, [et qui constituent] une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* »³³. Cependant, cette disposition a été censurée par le Conseil Constitutionnel³⁴. Ce coup d'arrêt au développement de la logique prédictive n'est peut-être que provisoire, mais il est sans doute bienvenu du point de vue des libertés, car la justification de cette logique reste très contestable au vu de son caractère liberticide.

b) La justification contestable de techniques de maintien de l'ordre coercitives et liberticides

Sur le plan du droit des libertés, les mesures de lutte anti-terrorisme ont eu des effets ravageurs. Cela tient à leur caractère extrêmement coercitif, inédit en matière de police administratif, qui ne cesse de se renforcer.

Ce caractère vient évidemment de la logique prédictive qui traverse ces mesures et de l'absence de nécessité de démontrer un risque objectif pour l'ordre public. Puisque l'administration n'a pas à démontrer la réalité du

²⁹ C. Sport, art. L. 332-16.

³⁰ CE, ord. 9 janvier 2014, n. 374508, *Ministre de l'intérieur c. Société « Les Productions de la Plume » et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, in *Rec. Leb.*

³¹ CE 374508, *M. Dieudonné M'Bala M'bala*, cit.

³² Loi n. 2019-290, 10 avril 2019, visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

³³ Proposition de loi n. 226, 5 février 2019, visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations (texte adopté en première lecture), art. 3.

³⁴ Cons. Const. 4 avril 2019, n. 2019-780 DC, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

risque qu'elle entend prévenir, il y a une possibilité d'instrumentalisation de ces outils. Dans le cadre de l'état d'urgence, ont ainsi pu être assignés à résidence certains militants écologistes durant la COP21, pour les motifs pour les moins vagues et tirés du « *risque d'une action symbolique dont les modalités restent à définir* »³⁵, et de « *la forte mobilisation des forces de l'ordre pour lutter contre la menace terroriste ne saurait être détournée, dans cette période, pour répondre aux risques d'ordre public liés à de telles actions* »³⁶. En effet, le Conseil d'Etat admet que les dispositions de la loi du 3 avril 1955 « *n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'assignation à résidence* »³⁷. Cela signifie que l'administration, dans le cadre de l'état d'urgence, peut utiliser ces mesures à l'encontre de personnes qui ne sont pas des terroristes. Elle peut donc potentiellement se servir de ce pouvoir de restrictions des libertés pour limiter l'ampleur de certaines manifestations lors de conflits sociaux, comme ici, ce qui crée un fort risque d'arbitraire. À titre d'exemple, le préfet d'Ille-et-Vilaine a pu interdire le séjour³⁸ d'un professeur d'université dans la ville de Rennes pendant les manifestations liées à l'adoption de la loi « Travail », au motif « *qu'il avait été remarqué comme "meneur activiste" lors de manifestations dont certaines avaient été l'occasion de violences sur les forces de l'ordre ou de dégradations* »³⁹. De même, le juge administratif a validé l'interdiction d'une manifestation de soutien aux migrants, prononcée par la préfète du Pas-de-Calais, décidée en lien avec l'état d'urgence⁴⁰. De ce point de vue, on ne peut que se féliciter que les mesures prévues par la loi SILT ne puissent être mises en œuvre qu'aux « *seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme* », ce qui limite le risque de dévoiement de ces mesures.

De plus, la nature même des mesures envisagées dans la lutte anti-

³⁵ Note blanche produite par l'administration dans l'affaire Domenjoud (CE 11 décembre 2015, n. 395009, *Domenjoud*, in *Rec. Leb.*, concl. X. DOMINO), telle que citée par Olivier Cahn (O. CAHN, *Regards croisés*, cit.).

³⁶ CE 395009, *Domenjoud*, cit.

³⁷ CE 395009, *Domenjoud*, cit.

³⁸ Mesure ultérieurement déclarée inconstitutionnelle et abrogée (Cons. Const. 9 juin 2017, n. 2017-635 QPC, *M.Émile L.*) avant d'être rétablie et précisée en juillet 2017 par le législateur (loi n. 2017-1154, 11 juillet 2017, prorogeant l'application de la loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence).

³⁹ Cité par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis concernant l'état d'urgence : CNDCH, *Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures antiterroristes de la loi du 21 juillet 2016*, Paris, 26 janvier 2017, 19.

⁴⁰ TA Lille, ord. 30 septembre 2016, n. 1607369.

terrorisme contribue à leur conférer un caractère liberticide. Par exemple, en ce qui concerne les mesures d'assignations à résidence décidées dans le cadre de l'état d'urgence, le Ministre de l'Intérieur peut obliger une personne à demeurer dans un lieu fixé par lui. Ainsi décrites, il est donc difficile de préciser en quoi ces mesures sont distinctes d'une peine privative de liberté sur le plan substantiel, et pourquoi le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle selon l'article 66 de la Constitution, est écarté de leur contrôle. Pourtant, si le Conseil Constitutionnel admet que « *ces dispositions portent [...] atteinte à la liberté d'aller et de venir* »⁴¹, il considère que les dispositions relatives à l'assignation à résidence « *ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* »⁴², sous réserve que la mesure d'assignation à résidence ne dépasse pas une plage horaire « *fixée à douze heures par jour* »⁴³. Si tel était le cas, les mesures d'assignation à résidence devraient alors être « *regardée[s] comme [constituant des] mesure[s] privative[s] de liberté, dès lors soumise[s] aux exigences de l'article 66 de la Constitution* »⁴⁴. Une telle décision surprend. Si la distinction entre mesures privatives de liberté et mesures restrictives de liberté repose uniquement sur une durée horaire, cela la fragilise considérablement. A douze heures et une minute, on serait en présence d'une mesure privative de liberté, ce qui n'a pas beaucoup de sens. De plus, la position du Conseil Constitutionnel semble fragile au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, pour qui « *entre privation de liberté et restrictions à la liberté de circuler [...] il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »⁴⁵.

Si la loi SILT a permis d'encadrer le recours aux mesures individuelles de contrôle et de surveillance, d'autres mesures restent discutables. Au vu de la rédaction des dispositions prévoyant l'interdiction administrative de sortie du territoire, le Ministre de l'Intérieur peut virtuellement priver quelqu'un à vie de la possibilité de quitter le territoire français. Il n'est pas certain que cela soit véritablement conforme à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme...

Le droit à la vie privée est également remis en cause. Ainsi, les pouvoirs de surveillance des services de renseignement présentent une intensité inédite, soit parce que ces services ont désormais accès à « *des moyens qui étaient jusqu'alors*

⁴¹ Cons. Const. 22 décembre 2015, n. 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*

⁴² Cons. Const. 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, cit.

⁴³ Cons. Const. 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, cit.

⁴⁴ Cons. Const. 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, cit.

⁴⁵ CEDH, Grde Chbre 17 janvier 2012, n. 36760/0, *Stanev*.

réservés à la police judiciaire, dans le cadre d'une procédure pénale »⁴⁶, tels que la géolocalisation, l'infiltration virtuelle, ou la sonorisation de lieux privées⁴⁷. Dans certains cas, la loi a même attribué à ces services « *des outils parfois plus liberticides que la police judiciaire* »⁴⁸, tel que le recours aux *IMSI-catchers*⁴⁹. Or, l'utilisation de cette technique, qui vise à recueillir des données de trafic de téléphonie mobile et à suivre les données de localisation des terminaux, et donc de leurs propriétaires, présente le désavantage de capter les données de toutes les personnes présentes dans la zone, y compris celles qui ne seraient pas suspectées de terrorisme...

Enfin, il faut mentionner la difficulté liée à la défaillance structurelle⁵⁰ du contrôle juridictionnel des mesures de lutte anti-terrorisme. Si l'on dresse un bilan chiffré de l'état d'urgence, on constate qu'environ 7500 mesures ont été adoptées dans ce cadre⁵¹, pour environ 750 recours contentieux, et 600 requérants⁵². Ce faible nombre de recours⁵³ s'explique dans un premier temps par la *situation* des administrés visés : un manque de moyens financiers, voire même une ignorance pure et simple de la possibilité d'effectuer un recours devant le juge administratif doivent être pris en compte. Le paramètre de *l'inutilité de certains recours* peut également être avancée : l'annulation de l'ordre de perquisition administrative, lorsque celle-ci a été effectué, n'a finalement qu'une portée symbolique. Enfin, il faut relever une certaine *méfiance à l'encontre du juge administratif*. Au vu du

⁴⁶ J. ALIX, *La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative*, in *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, édité par M. TOULLIER, Paris, 2017, 152.

⁴⁷ Procédés cités par Julie Alix dans le même article : ALIX, *La lutte*, cit., 152.

⁴⁸ ALIX, *La lutte*, cit. 152.

⁴⁹ Ce déséquilibre ayant cependant été corrigé depuis (voir loi n. 2016-731, 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale).

⁵⁰ L'expression est empruntée à Olga Mamoudy : O. MAMOUDY, *Le contrôle par le juge administratif des mesures prises en application de l'état d'urgence*, in *Autour de l'état d'urgence français : le droit politique d'exception, pratique nationale et sources internationales*, édité par R. MAISON e O. MAMOUDY, Bayonne, Paris, 2018, 89.

⁵¹ Pour les chiffres cités, nous renvoyons au travail d'analyse du contentieux de l'état d'urgence effectué par le CREDOF : S. HENNETTE-VAUCHEZ – M. KALOGIROU – N. KLAUSSER – C. ROULHAC – S. SLAMA – V. SOUTY, *L'état d'urgence au prisme contentieux : analyse transversale de corpus*, in *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, édité par CREDOF, Nanterre, 2018, 167.

⁵² Une même personne pouvant être concernées par plusieurs mesures.

⁵³ Cette tendance semblant par ailleurs se poursuivre concernant les mesures de la loi SILT, comme en témoignent les premiers chiffres liés à l'application de cette loi : P. JANUEL, *Banalisation des mesures issues de l'état d'urgence*, in *Dalloz Actualités*, 2018.

faible nombre de décisions favorables aux requérants, il est difficile d'infirm cet argument : dans le cadre de l'état d'urgence, seules 139 décisions, soit 19,7 % du total, ont donné au litige une issue favorable au requérant⁵⁴. Pour les assignations à résidence, ce taux tombe même à 10,8 %⁵⁵.

Si ce taux d'annulation est si faible, malgré le renforcement indéniable du contrôle du juge administratif⁵⁶, cela est en grande partie lié à l'admission par celui-ci des « notes blanches » comme mode de preuve de la nécessité des mesures de police considérées⁵⁷. Les notes blanches sont des « *rapports de police* [ayant] *la particularité d'être sans en-tête, non signés et non sourcés* »⁵⁸, produites par les services de renseignements. Pour être acceptées comme preuve, elles doivent être débattues contradictoirement, et ne pas être trop « *floues, imprécises ou inconsistantes* »⁵⁹. Néanmoins, il existe un *a priori* en faveur de l'administration. Bernard Stirn soulignant : « [Le Conseil d'État part] *du principe que les services de renseignement travaillent de façon honnête, et qu'ils n'affabulent pas dans les notes blanches* »⁶⁰. Ce faisant, le juge administratif fait alors peser la charge de la preuve sur les requérants. Cela est peut-être admissible au vu du contexte, pour des raisons opérationnelles, mais cela est éminemment discutable sur le plan du droit au recours effectif au juge : comment prouver devant ce dernier, en tant que simple

⁵⁴ Cela concerne les « *annulations ou suspensions totales ou partielles, refus d'autorisations d'exploitation de données, injonctions favorables au requérant* » : HENNETTE-VAUCHEZ – KALOGIROU – KLAUSSER – ROULHAC – SLAMA – SOUTY, *L'état d'urgence*, cit., 232.

⁵⁵ Tous degrés de juridictions confondus, 411 recours en annulation ont été déposés à l'encontre de mesures d'assignations à résidence : HENNETTE-VAUCHEZ – KALOGIROU – KLAUSSER – ROULHAC – SLAMA – SOUTY, *L'état d'urgence*, cit., 175.

⁵⁶ Notamment en ce qui concerne les perquisitions administratives : voir CE, avis, Ass. 6 juillet 2016, n.398234, *Napol et a.*, in *Rec. Leb.*, concl. B. BOURGEOIS-MACHUREAU.

⁵⁷ L'apparition des notes blanches dans le contentieux administratif est cependant déconnectée de la proclamation de l'état d'urgence. Mentionnées pour la première fois par le Conseil d'État en 1991, elles avaient alors pu justifier l'expulsion d'un ressortissant étranger : CE, Ass. 11 octobre 1991, n. 128128, *Moumen Diouri*, in *Lebon T.*, concl. M. DE SAINT-PULGENT. De même, leur admission comme moyen de preuve par l'administration n'est pas nouvelle, puisque ce régime défavorable au requérant a été établi il y a seize ans par le Conseil d'État : CE 3 mars 2003, n.238662, *Ministre de l'Intérieur c. Rakhimov*, in *Rec. Leb.*, concl. I. DE SILVA.

⁵⁸ S. SLAMA, *Du droit des étrangers à l'état d'urgence : des notes blanches au diapason*, in *Plein droit*, 2018, 37.

⁵⁹ Tel qu'avait pu le préciser le vice-président du Conseil d'État aux députés chargés du contrôle parlementaire de l'état d'urgence : D. RAIMBOURG – J.-F. POISSON, *Rapport n° 3784 sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence - Auditions de M. M. J.-M. Sauvé et B. Stirn*, Paris, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, Paris, 2016, 29.

⁶⁰ RAIMBOURG – POISSON, *Rapport n° 3784*, cit., 29.

particulier, que les services de renseignements et l'Etat français ont porté une appréciation erronée sur un comportement ?

Cette logique opérationnelle est à l'œuvre dans toutes les dispositions qui ont pu être citées. Le cadre juridique de la lutte anti-terrorisme a globalement pour but de faciliter l'action opérationnelle de l'administration, au détriment des libertés des administrés, soupçonnés ou non de terrorisme. Sa logique prédictive, inédite, renforce les pouvoirs des services de police et contribue à la réduction de ces libertés. Ces dispositions, qui ne constituent finalement qu'une réaction à un contexte de troubles, s'ancrent néanmoins progressivement dans le paysage juridique français. Peu à peu, c'est la théorie même de la police administrative qui est modifiée. Et si pour des raisons contextuelles, l'empilement des différentes législations anti-terrorisme a fini par modifier de façon structurelle la notion de police administrative, il faut alors repenser l'ontologie même de cette notion.

2. L'impact théorique de la lutte antiterrorisme : une invitation à repenser la notion de police administrative

La police administrative repose normalement sur deux caractéristiques bien établies. D'une part, elle est considérée comme distincte de la police judiciaire. Cependant, l'évolution récente de la législation anti-terrorisme pourrait signifier que cette distinction est aujourd'hui obsolète (A.) D'autre part, la police administrative procède d'une logique libérale qui légitime la fonction de maintien de l'ordre public. Mais celle-ci est remise en cause, ou plutôt concurrencée par une fonction de maintien de l'ordre social. La police administrative semble se dédoubler et poursuivre des finalités différentes selon qu'elle vise à régir l'activité du citoyen ou qu'elle cherche à encadrer celle d'une nouvelle catégorie de personne : l'ennemi (B.).

a) Vers la fin de la distinction police administrative-police judiciaire ?

Classiquement, la police administrative est considérée comme préventive⁶¹. Elle a pour but de prévenir la survenance ou la réitération

⁶¹ Pour la systématisation initiale de cette distinction, voir deux arrêts fondateurs : CE, sect. 11 mai 1951, n. 2542, *Consorts Bauds*, *Rec. Leb.*, 265, concl. J. DELVOLVÉ et Trib. Confl. 7 juin 1951, n. 1316, *Dame Noualek*, in *Rec. Leb.*, 636, concl. J. DELVOLVÉ, et l'étude classique du professeur Moreau : J. MOREAU, *Police administrative et police judiciaire : recherche d'un critère de distinction*, in *AJDA*, 1963, 68.

d'un trouble à l'ordre public. Quant à la police judiciaire, elle est « chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs »⁶², afin de préparer la répression pénale. Si ce critère finaliste, dont la valeur est sans doute idéalisée et dont la portée est avant tout pédagogique, est malmené depuis longtemps, la lutte anti-terrorisme achève de brouiller les pistes.

Ce brouillage se fait d'abord quant aux moyens. Les mesures de lutte anti-terrorisme, donc de police administrative, sont matériellement identiques à celles de la police judiciaire. L'exemple emblématique est celui des perquisitions administratives/visites domiciliaires, puisque celles-ci permettent de pallier l'absence des conditions requises pour ordonner une procédure judiciaire. La similarité des moyens de renseignements, d'écoute, de recueil des données évoqués *supra*, utilisables indifféremment dans le cadre de la procédure administrative ou de la procédure pénale, indique également une communauté de méthodes⁶³.

Si les méthodes sont communes, c'est que les finalités semblent se rapprocher et même converger. Concrètement, il est envisageable qu'un individu, ou des individus, liés à un projet d'attentat fassent l'objet des mesures prévues par le code de la sécurité intérieure en termes de surveillance et de prévention de la menace terroriste. Mais il est aussi envisageable qu'une enquête judiciaire soit ouverte pour entreprise individuelle terroriste⁶⁴ ou associations de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste⁶⁵. Dans ce cadre, la préparation de l'acte terroriste, constituée d'un ou plusieurs faits matériels, est également incriminée. Partant, si une condamnation pénale intervient, elle pourra être « détachée de toute réalisation effective, non seulement d'une action terroriste mais encore de tout trouble à l'ordre public »⁶⁶. Dès lors, l'enquête judiciaire vise moins à préparer la répression pénale qu'à rechercher et éviter la réalisation de projets en germes : c'est ce que l'on nomme des « infractions-obstacles ». Partant, le but de ce type d'infractions, d'ailleurs apparues avant le renforcement actuel des pouvoirs de police administrative⁶⁷, semble finalement similaire à celui des mesures de lutte

⁶² CPP, art. 14.

⁶³ Voir : M. TOUILLIER, *La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure para-pénale ?*, in *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, édité par M. TOUILLIER, Paris, 2017, 159 ; ALIX, *La lutte*, cit.

⁶⁴ C. Pén, art. 421-2-6.

⁶⁵ C. Pén, art. 421-2-1.

⁶⁶ ALIX, *La lutte*, cit., 150.

⁶⁷ J. ALIX et O. CAHN, *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale*, in RSC, 2017, 845.

anti-terrorisme. Il n'est pas irraisonnable, dans ces conditions, de parler de « *prévention répressive* »⁶⁸, ou d'administratisation de la police judiciaire.

Enfin, les mesures de police administrative et judiciaire, en matière terroriste, conduisent aux mêmes conséquences. La police judiciaire mène au prononcé d'une sanction pénale, et dans le cadre des infractions terroristes, à une peine privative de liberté. Certaines des mesures de police administratives considérées, telles les interdictions de séjour, de sortie du territoire, ou encore les assignations à résidence, pourraient également être qualifiées de sanctions. Différencier les mesures de police administratives des sanctions administratives est toujours un exercice complexe⁶⁹, mais la lutte anti-terrorisme rend cette entreprise plus difficile encore. En retenant la qualification de police des suspects développée *supra*, et au vu du caractère individualisé de la mesure, il n'est pas inadmissible de considérer que celle-ci constitue la sanction d'une faute au regard de la norme sociale. Autrement dit, serait sanctionnée la déviance par rapport à une norme sociale supposée établie, le contenu et l'origine de cette norme sociale restant à déterminer. On pourrait alors parler de « *répression préventive* »⁷⁰, ou de judiciarisation de la police administrative.

Même si on admet que ces mesures ont une finalité préventive et non pas répressive, les mesures d'assignation à résidence, et par extension, les MICAS, restent *substantiellement* des mesures privatives de liberté, qui sont normalement réservées à la matière pénale. La distinction opérée par le Conseil Constitutionnel⁷¹ entre mesures restrictives de liberté, pouvant donc être adoptées dans le cadre de la police administrative, et mesures privatives de liberté est pour le moins fragile et artificielle, comme indiqué *supra*, dans la mesure où la limite de douze heures, fixée par le Conseil, semble arbitraire. Dans ces conditions, il est extrêmement regrettable, sur le plan de la garantie des droits, que l'action administrative ne soit pas contrôlée par le juge judiciaire. D'autant que cela est parfaitement possible. Le Conseil Constitutionnel a déjà admis, concernant les hospitalisations d'office, mesures privatives de liberté par excellence, qu'elles soient décidées par l'administration à des fins de maintien de l'ordre, à la conditions d'être contrôlée par le juge judiciaire⁷². Même qualifiées de mesures

⁶⁸ R. PARIZOT, *La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ?*, in *Le code de la sécurité intérieure : artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, édité par M. TOUILLIER, Paris, 2017, 140.

⁶⁹ J. PETIT, *Police et sanction*, in *JCP Adm.*, 2013, 20.

⁷⁰ PARIZOT, *La distinction*, cit., 140.

⁷¹ Cons. Const. 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, cit.

⁷² Cons. Const. 9 juin 2011, n. 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B.* et *a.*

privatives de liberté, l'autorité administrative pourrait décider de la mise en place d'assignations à résidence et MICAS : la crainte d'une paralysie de l'administration est donc infondée. Il faudrait simplement que, comme pour les hospitalisations d'office, le juge judiciaire soit saisi « *dans les plus brefs délais* »⁷³. Certes, cela signifierait que c'est la nature de la mesure qui commande son régime juridique, et non sa finalité administrative ou judiciaire. Pour certains auteurs, cela risquerait « *de pulvériser la distinction entre police administrative et judiciaire* »⁷⁴. Outre que cela n'est pas tout à fait exact (ce n'est pas le critère finaliste qui est remis en cause, mais ses effets sur le plan de la compétence juridictionnelle), quitte à admettre des dérogations aux règles contentieuses et/ou au critère finaliste, qu'au moins ces dernières renforcent aussi les garanties accordées aux citoyens...

Car si cette confusion interroge sur le rôle même de la police administrative, son impact n'est pas que théorique. En effet, le régime des sanctions pénales présente bien plus de garanties que celui de la police administrative. Il exige notamment le respect du principe de légalité des délits et des peines⁷⁵, principe peu compatible avec le respect la norme sociale visé par la police des suspects mentionnée *supra*, apparemment définie par l'administration elle-même, à l'œuvre dans le cadre de la lutte anti-terrorisme, d'autant que la loi pénale est d'application stricte. Il exige ensuite l'exclusivité de la compétence du juge judiciaire pour contrôler la validité de ces mesures, et partant toutes les garanties liées à l'exigence d'un procès équitable, qui ne sont pas applicables aux mesures de police administrative.

Cette confusion est d'autant plus regrettable qu'elle semble envahir progressivement toute la police administrative et toute la police judiciaire. On ne peut que se féliciter que le Conseil d'Etat ait limité la mission de prévention des infractions attribuée à la police administrative aux seules infractions « *susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public* »⁷⁶, sans quoi cela vaudrait consécration généralisée de la police prédictive évoquée *supra*. Dans le même temps, on peut également regretter que le Conseil Constitutionnel évoque comme objectif à valeur constitutionnelle « *la*

⁷³ Cons. Const. 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B. et a.*, cit.

⁷⁴ PARIZOT, *La distinction*, cit., 145.

⁷⁵ Consacré solennellement par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ce principe a valeur constitutionnelle. Le code pénal réaffirme également ce principe : *C. pén.*, art.111-3.

⁷⁶ CE 9 janvier 2015, n. 376107, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les producteurs de la Plume et M. D... M...*, *Rec. Leb.*, concl. A. BRETONNEAU.

prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »⁷⁷ et non plus la seule prévention des atteintes à l'ordre public. Tout comme les juridictions, le législateur concourt à généraliser cette confusion, notamment en consacrant de nouvelles infractions-obstacles. Cela concerne par exemple le délit d'embuscade, constitué par le fait d'attendre un représentant de l'ordre pour commettre des violences à son encontre⁷⁸. C'est aussi le cas de la participation à un groupement formé en vue de la préparation de violences⁷⁹, infraction souvent invoquée par les autorités pendant la crise des « Gilets Jaunes », ou encore dans le cadre du G7 du 26 août 2019. Il est d'ailleurs devenu un lieu commun de parler d'interpellations ou d'arrestations préventives⁸⁰. Par ailleurs, le mouvement des « Gilets Jaunes » a également révélé une pratique encore plus contestable, consistant à détourner la procédure de garde à vue de son objet judiciaire⁸¹. En effet, dans une note adressée aux procureurs parisiens, le Procureur de la République de Paris, Rémy Heitz invitaient ceux-ci à « *privilégier les levées de garde à vue le samedi soir ou le dimanche matin, même si les faits sont tenus et même s'il y a classement sans suite, afin d'empêcher les interpellés de retourner grossir les rangs des fauteurs de troubles* »⁸², ce qui montre que la garde à vue a bien été utilisé comme outil de gestion de l'ordre public des manifestations ayant lieu chaque samedi depuis novembre 2018. C'est aussi potentiellement un détournement de l'objet de la garde à vue, passible de la qualification d'abus de pouvoir par une autorité, sanctionné par le code pénal⁸³.

Ainsi, les frontières externes de la notion de police administrative sont remises en cause par les mesures de lutte anti-terrorisme. Mais son but même, la défense de l'ordre public, semble aujourd'hui être redéfini, voire se doubler d'une mission de défense de l'ordre social. Cela aboutirait à un dédoublement nouveau de la police administrative, dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler un droit administratif de l'ennemi.

⁷⁷ Cons. Const., 23 juillet 2015, n. 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*.

⁷⁸ C. pén., art. 222-15-1.

⁷⁹ C. pén., art. 222-14-2.

⁸⁰ V. BRENGARTH, « Stop aux arrestations préventives », *Dalloz Actualités*, 18 juillet 2019.

⁸¹ Voir CPP, art. 62-2, pour la liste des finalités pouvant justifier le placement garde à vue.

⁸² M. LEMAIRE - T. PONTILLON, « Gilets jaunes » : une note du procureur de la République de Paris préconise de ne lever les gardes à vue qu'après les manifestations », *Franceinfo*, 26 février 2019.

⁸³ C. pén., art. 432-4.

b) *Vers un droit administratif de l'ennemi ?*

L'étude des mesures de lutte anti-terrorisme mène à une réflexion qui dépasse sans doute la police administrative, et que l'on peut synthétiser par deux questions : avec les mesures d'exception étudiées ici, sommes-nous toujours dans un État de Droit ? Si la réponse est négative, dans quel État sommes-nous ? Deux lectures des mesures anti-terrorisme et de leur généralisation à tout le droit existent, aboutissant à un constat radicalement différent. Pour Giorgio Agamben⁸⁴, l'adoption de mesures exceptionnelles conduit à entrer dans un état d'exception, où cette dernière devient la règle. Il y a ici ni plus ni moins que « *suspension de l'ordre juridique lui-même* »⁸⁵. Le risque est alors celui d'une « *dérive d'une mesure provisoire et exceptionnelle en technique de gouvernement* »⁸⁶, et donc de passer d'un État de Droit à un État de Sécurité. Celui-ci viserait à « *établir une nouvelle relation avec les hommes, qui est celle d'un contrôle généralisé et sans limites* »⁸⁷. Michel Troper s'oppose à cette théorie. Pour ce dernier, « *la suspension n'est jamais que partielle* »⁸⁸ : autrement dit, tout l'ordre juridique n'est pas concerné. Ensuite, l'état d'exception n'est pas auto-référentiel : il ne remplace pas le droit par autre chose. C'est en ce sens que M. Troper indique : « *si une règle permettant de concentrer les pouvoirs fait une exception à une règle précédente, celle-ci était nécessairement une règle juridique et par conséquent l'exception est juridique elle-aussi* »⁸⁹.

Ces deux théories comprennent toutes deux d'intéressantes clefs d'analyse. Comme l'indique M. Troper, l'état d'urgence est effectivement organisé par le droit ; il ne suspend que certaines règles, notamment en matière de police administrative. Cependant, le constat de M. Agamben est, au moins partiellement, vérifiable : l'état d'urgence, en France, se banalise et se généralise. De plus, il ne semble pas inadmissible de reconnaître que la finalité de la police administrative n'est plus systématiquement la protection de l'État de Droit, quand bien même les règles définies par l'état d'exception resteraient juridiques⁹⁰.

⁸⁴ Dans le même sens : M. DELMAS-MARTY, *État de droit, État de surveillance, surveillance sans État ?*, in *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, édité par M. TOUILLIER, Paris, 2017, 247.

⁸⁵ G. AGAMBEN, *L'état d'exception*, in *Le Monde*, 2002.

⁸⁶ AGAMBEN, *L'état d'exception*, cit.

⁸⁷ G. AGAMBEN, *De l'État de droit à l'État de sécurité*, in *Le Monde*, 2015.

⁸⁸ M. TROPER, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, in *Le droit et la nécessité*, Paris, 2011, 105.

⁸⁹ TROPER, *L'état d'exception*, cit., 105.

⁹⁰ Il ne nous semble pas, contrairement à ce qu'écrit le professeur Troper, que « *de telles affirmations reposent uniquement sur des jugements de valeur sur le contenu des règles et*

Pour mieux comprendre le mouvement qui s'opère, et les mutations en cours, il nous semble qu'il faut évoquer deux éléments qui ne recourent pas exactement la notion d'état d'exception. Il s'agit de l'ordre public de direction, et du droit administratif de l'ennemi.

Tout d'abord, l'ordre public ne s'est pas transformé en ordre social dans sa totalité. En réalité, il s'est plutôt *dédoublé*, et semble poursuivre aujourd'hui deux finalités différentes. Cohabitent, selon la distinction créée par le Doyen Carbonnier, l'ordre public de protection et l'ordre de direction. Initialement pensée pour le droit civil⁹¹, cette distinction est assez facilement transposable en droit public. En droit civil, l'ordre public de protection vise à protéger les intérêts personnels d'une partie faible. Concernant la police administrative, l'ordre public de protection correspondrait à la définition classique de l'ordre public, c'est-à-dire à « *tout intérêt général qui permet de limiter les libertés afin d'en garantir l'exercice* »⁹². Il aurait alors pour but d'assurer aux citoyens la possibilité d'exercer leurs libertés. Quant à l'ordre public de direction, il est perçu en droit civil comme protecteur de l'intérêt général ou, mieux, de l'intérêt collectif : il ne s'agit plus de protéger la partie faible du contrat mais la communauté. En droit administratif, il est assimilable à l'ordre public immatériel, ou encore à la norme sociale évoquée *supra*. Qualifié d'ordre public sociétal par le législateur⁹³ et le Conseil d'État, il s'agit d'un ordre public de valeurs, dont les contours sont flous⁹⁴, mais qui

l'opportunité de les appliquer » (M. TROPER, *L'état d'exception*, cit., 104) : constater un changement de finalité, voire de paradigme, de l'ordre juridique, n'est pas, à notre sens, synonyme d'approbation ou de désapprobation d'un tel changement.

⁹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome II : Les obligations¹⁹, Paris, 2002, 147.

⁹² PETIT, *Le contrôle*, cit., 208.

⁹³ J.-P. GARRAUD, *Rapport n° 2648 sur le projet de loi n° 2520, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; Assemblée Nationale, Paris, 2010, 7.

⁹⁴ Le législateur définit parfois cet ordre de valeurs par les exigences du « *vivre-ensemble* » (GARRAUD, *Rapport n° 2648*, cit., 7). Il semble y inclure la sécurité (voir notamment la consécration législative de la sécurité comme « *droit fondamental et [condition] de l'exercice des libertés individuelles et collectives* », qui ouvre le CSI). Le Conseil d'État évoque lui les « *exigences réciproques et [...] les garanties fondamentales de la vie en société* » (CE, Ass. Plén., *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Section du rapport et des études, 2010), la « *cohésion nationale* » ou les « *valeurs et principes [...] consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* » (CE 374508, *M. Dieudonné M'Bbala M'bala*, cit.). La Haute Juridiction considère que la dignité de la personne humaine fait partie de ces valeurs et principes (CE 374508, *M. Dieudonné M'Bbala M'bala*, cit.), mais pas la laïcité (CE, ord., 26 août 2016, n. 402742-402777, *Ligue des droits de l'homme et a. - Association de Défense des Droits de l'Homme - Collectif Contre l'Islamophobie en France c. Commune de Villeneuve-*

fonderaient l'État de Droit. Par conséquent, refuser d'adhérer, ou avoir un comportement déviant, ou suspect, par rapport à cette norme sociale serait refuser l'État de Droit, agir contre ces valeurs serait attaquer l'État de Droit et le menacer. Autrement dit, la situation est perçue comme différente et nécessitant l'adaptation des règles de police. Il ne s'agit plus de garantir la bonne articulation de l'exercice de leurs libertés par des citoyens souhaitant vivre paisiblement dans l'État de Droit, mais de personnes menant une attaque en règle contre ce dernier, dont l'administration doit alors sauver l'existence, puisque seul cet État de droit permet de garantir l'exercice effectif des libertés.

Le corolaire de cet ordre public de direction est alors la consécration d'un droit administratif de l'ennemi, pendant du droit pénal de l'ennemi théorisé par Günther Jakobs⁹⁵. Déroatoire au droit pénal général, ce dernier a pour but de « *faire face, non plus à une criminalité, mais à une menace* »⁹⁶, en utilisant les moyens de la police judiciaire et la répression pénale pour y faire face. Son pendant administratif, lui, utiliserait les méthodes de police administrative et la notion d'ordre public de direction, ou ordre public immatériel⁹⁷. On pourrait aussi admettre qu'il s'agisse d'un droit « à part », ni pénal ni administratif, un droit *sui generis*⁹⁸ ou *droit de la sécurité nationale*⁹⁹. Il emprunterait à la fois à la police administrative sa dimension holiste, en s'affranchissant de la loi pénale, pour surveiller, aux moyens de techniques hyper-coercitives, les éventuelles déviations par rapport à la norme sociale, en prédisant un risque hypothétique. Autrement dit, son but serait de prévenir ou de faire cesser une des « *menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne [...] la permanence des institutions*

Loubet, in *Rec. Leb.*). Pour une étude plus complète de la notion d'ordre public immatériel ou de valeurs, nous renvoyons à une thèse récente : M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, Issy-les-Moulineaux, 2017.

⁹⁵ G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, in *RSC*, 2009, 7 ss.

⁹⁶ ALIX – CAHN, *Mutations*, cit.

⁹⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ et S. SLAMA, *Etat d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ?*, in *AJDA*, 2017, 1801.

⁹⁸ C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi*, in *RSC*, 2016, 649.

⁹⁹ Étudiant la notion sous l'angle du droit pénal, Julie Alix et Olivier Cahn (ALIX – CAHN, *Mutations*, cit.), évoquaient l'existence d'un « *droit répressif de la sécurité nationale* ». À notre sens, la distinction « *prévention-répression* » est ici assez inopérante puisque le droit de la sécurité nationale emprunte des éléments à la prévention (son but) et des éléments à la répression (ses moyens d'actions).

de la République »¹⁰⁰. Ces dernières pourraient alors être comprises comme les structures et valeurs institutionnelles de l'État de Droit, la norme sociale appartenant à cette seconde catégorie.

Présenté ainsi, c'est-à-dire lié au maintien de la sécurité nationale, la généralisation des techniques de la lutte anti-terrorisme est plus cohérente, puisque « *es outils aujourd'hui instaurés et le système de contrôle atténué qui s'expriment ont vocation à s'appliquer, demain, à toute autre menace identifiée à la "sécurité nationale"* »¹⁰¹.

Il faut s'arrêter un instant sur cette menace présentée jusqu'à là de façon abstraite. Car elle n'a rien d'abstrait, cette menace. Il s'agit d'individus dont l'administration décide *a priori* qu'ils sont menaçants et qu'elle qualifie d'ennemi, sans toujours pouvoir le prouver. Dans ce cadre, le qualificatif « ennemi » est difficile à définir. Il n'est pas un combattant régulier étranger dont le statut est régi par les conventions de Genève, mais comme lui, il combat. Il peut posséder la nationalité française, mais il n'est pas un citoyen à part entière. Ce qui est sûr, c'est que ce dernier est perçu comme « *n'offrant aucune garantie quant à sa conduite future ; [voulant] détruire l'ordre juridique et [vivant] dans un état de guerre permanent* »¹⁰². Il dès lors devient admissible de dépersonnaliser cet individu, et par conséquent, de le priver de ses droits. Autrement dit, parce qu'il rejette l'État de Droit, l'individu perd les libertés que celui-ci garantit.

Admettre ce dédoublement, et la coexistence du droit de l'ennemi avec la police administrative traditionnelle permet d'apporter des réponses, mais ne résout pas toutes les difficultés.

Premièrement, comment définir la norme sociale ? Est-ce bien prudent de la laisser aux mains d'un législateur et d'un exécutif sensibles à l'évolution du contexte politique et social ? Si on veut conserver celle-ci, ne faudrait-il pas enfin lui donner une définition positive (laquelle ?) et stable ? Cela pourrait se faire en réformant la Constitution, ce qui semble en adéquation avec l'importance de telles valeurs sociétales, si celles-ci fondent l'État de Droit.

Deuxièmement, une société peut-elle encore se prétendre libérale si elle ne se contente plus d'exiger le respect de la loi par ses membres, mais aussi l'adhésion à ces règles ? Le for intérieur de chacun est censé être libre, la liberté consistant « *à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* », selon l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Si la société exige plus, elle ne peut plus se prétendre entièrement libérale, et elle

¹⁰⁰ C. *défense*, art. L. 1111-1.

¹⁰¹ ALIX – CAHN, *Mutations*, cit.

¹⁰² LAZERGES – HENRION-STOFFEL, *Le déclin du droit pénal*, cit.

accepte comme principe de gouvernement le fameux mot de Saint-Just : « *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* ». S'opère alors un basculement vers un autre type de démocratie, que l'on a pu appeler autrefois totalitaire¹⁰³, et que l'on qualifie aujourd'hui plus volontiers d'illibérale¹⁰⁴.

Troisièmement, qui est cet ennemi évoqué si fréquemment ? Et là encore, est-ce bien prudent de définir au coup par coup, pour des raisons de logique opérationnelle, de contexte, de politique, qui est un bon citoyen et qui est un mauvais citoyen ? D'autant que ce label recouvre aujourd'hui beaucoup de choses. Il a d'abord concerné les terroristes et les récidivistes condamnés pour des crimes graves de droit commun. Puis les militants écologistes radicaux. Puis les hooligans. Peu à peu, semble se dessiner une logique de surveillance généralisée de la population. Et un État où les citoyens sont *a priori* définis comme « tous coupables » se situerait à terme définitivement hors du cadre libéral qui fonde l'ordre juridique français.

Quatrièmement et dernièrement, si l'on sait que le droit pénal de l'ennemi réserve au citoyen le droit de voir sa situation régie par la culpabilité¹⁰⁵ et non la dangerosité, qu'en est-il du côté du droit administratif ? Quels seraient les contours du droit administratif du citoyen, opposé au droit administratif de l'ennemi ? On pourrait admettre que la police administrative reste la même. Après tout, elle se maintient dans sa définition traditionnelle dans beaucoup de domaines. Mais peu à peu, l'État abandonne la *réglementation* pour la *régulation*, par des outils de droit souple. Il recommande, conseille, produit des lignes directrices, destinées aux citoyens, dans un but de sécurité publique. Dans le cadre de la lutte anti-terrorisme, certains de ces actes traduisent de simples conseils de sécurité. Mais ils invitent parfois aussi à la dénonciation pure et simple¹⁰⁶. Émerge alors une nouvelle notion, qui répond à l'État de Sécurité : la société de vigilance¹⁰⁷, chaque citoyen

¹⁰³ Théorisée par Jacob Leib Talmon (J.L. TALMON, *Les origines de la démocratie totalitaire*, Paris, 1966) et développée par Raymond Aron (R. ARON, *Démocratie et totalitarisme*, Paris, 1976) la notion de démocratie totalitaire offre une clef de compréhension actuelle de l'évolution des démocraties, bien que pensée comme explicative des régimes socialistes.

¹⁰⁴ L. JAUME et F. HOURQUEBIE, « *Démocratie illibérale* » : une nouvelle notion ?, in *Constitutions*, 2019, 177 ss.

¹⁰⁵ LAZERGES – HENRION-STOFFEL, *Le déclin du droit pénal*, cit.

¹⁰⁶ Voir par exemple la partie : « Signalement des situations suspectes – recommandations à l'usage du grand public » du plan Vigipirate, qui invite à signaler des comportements « incohérents » qui seraient synonymes de la préparation d'un attentat, sur la base du « *bon sens* » et de « *l'intuition* » des citoyens : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/styles/620xauto/public/affiche/affiche/2018/03/1_page_1.png?itok=AgbciFGW.

¹⁰⁷ Appelée récemment de ses vœux par le Président de la République : P. BIENVAULT, « Faut-il bâtir une « société de vigilance » face à « l'hydre islamiste » ? », in *La Croix*, 8

participant à la surveillance généralisée mise en place. Poussée jusqu'à son terme, cette logique risquerait d'aboutir à une société où la moitié des citoyens surveillerait l'autre...

Conclusion

Quelles réponses, alors ? Comment lutter efficacement contre le terrorisme sans tomber dans l'illibéralisme ? Le Conseil Constitutionnel a peut-être proposé une solution en jugeant que le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public se limite aux « atteintes graves à l'intégrité physique ou [aux] dommages importants aux biens »¹⁰⁸. Mais une décision ne forme pas une jurisprudence cohérente. Affaire à suivre, donc.

Car l'enjeu est de taille. Aujourd'hui, la police administrative est à la croisée des chemins : elle n'est pas encore dirigiste, mais elle n'est sans doute plus tout à fait la fonction disciplinaire de l'institution primaire libérale telle qu'elle était conçue classiquement¹⁰⁹. En ce sens, la lutte antiterrorisme constitue, sinon le laboratoire, au moins le symptôme de cette évolution en cours. Mais ce que la police administrative deviendra effectivement, ou doit devenir, si on préfère, dépendra seulement des citoyens et de leurs représentants. *In fine*, « il s'agit [...] de savoir ce que notre démocratie veut »¹¹⁰. Aux chercheurs d'éclairer cette volonté et ce choix, pour concilier efficacité des mesures de lutte anti-terrorisme et garanties des libertés, en dehors de toutes les peurs et craintes : le sujet est trop grave pour laisser la rationalité céder le pas aux fantasmes. Aux chercheurs de se tourner vers la littérature pour rappeler à la société cet avertissement, si besoin d'un ton un peu solennel : « *Il n'existe pas de but indépendant des moyens qu'on utilise pour l'atteindre* »¹¹¹.

octobre 2019.

¹⁰⁸ Cons. Const. 2019-780 DC, *Loi dite « anticasseurs »*, cit.

¹⁰⁹ Fonction dégagée par E. PICARD, *La notion de police administrative*, Rouen-Paris, 1984.

¹¹⁰ E. PICARD, « Propos conclusifs », in *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, édité par CONSEIL D'ÉTAT e della COUR DE CASSATION, Paris, 2018, 131.

¹¹¹ REVERDY-VENAYRE, *Jardin des colonies*, cit., 94.

Emanuela Muleo

*Légalité pénale « européenne »
à l'heure du pluralisme juridique actuel*

SOMMAIRE : 1. Deux thèses opposées – 2. Polycentrisme juridique – 3. Le Traité de Lisbonne – 4. L'édification d'un référentiel commun – 5. La modification de la conception traditionnelle de la normativité – 6. « *Creazionismo fisiologico* ». - 7. Les influences croisées – 8. Polysystemie « simultanée » – 9. La crise de la légalité – 10. L'interprétation de la crise.

1. *Deux thèses opposées*

Au cours du XIX^e et du XX^e siècle, les conceptions de l'interprétation consacrées par la doctrine et la philosophie du droit semblent osciller entre un modèle exégétique et un modèle fonctionnaliste¹. Le premier modèle exégétique se caractérise, d'abord, quant au cadre institutionnel « (...) par une conception relativement rigide de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté du législateur. Ce principe ramène notamment à l'idée que « le législateur ne doit pas être juge, et le juge ne doit pas être législateur », et en particulier que « le ministère du juge est de juger suivant la loi, et non pas de juger la loi »². Tout le droit est dans la loi. Le règne de la loi coïncide avec l'émergence de l'Etat moderne. Le dogme légaliste s'impose et domine la pensée juridique. « Il peut tenir en deux propositions : (...) le droit se réduit à l'ensemble des lois positives ; (...) la solution judiciaire est entièrement déduite des textes de loi »³.

¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Interprétation*, in *Archives de philosophie du droit*, 1990, tome 35, 181.

² *Ibid.*, 182.

³ P. PONCELA, *Le droit pénal : au nom de la loi au malgré la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, 1980, tome 25, 29.

2. *Polycentrisme juridique*

L'empire de la Raison, le règne de la loi, « dont les philosophes du XVIII^e siècle se firent les prophètes et dont 1971 devait connaître l'avènement, est l'histoire d'une (...) espérance déçue »⁴. La création de nouveaux foyers de création des normes a accentué « ce mouvement de recul »⁵. En effet, le paysage juridique de la contemporanéité est marqué par le polycentrisme, la diversification des réseaux de la régulation normative et l'Etat n'apparaît plus comme le lieu unique d'expression et manifestation de la production juridique⁶. La procédure pénale n'a pas échappé à ce mouvement illustré par l'emprise croissante de la norme internationale⁸. Si l'on tente de faire l'inventaire des

⁴ F. TERRE, *La crise de la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, 1980, tome 25, 28.

⁵ *Ibid.*, 26.

⁶ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Issy-Les-Moulinex, 2017, 157. Voir, dans le même sens, R. E., KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 3, 1184 : « (...) *Nel sistema pluralistico lo Stato non è più l'unico dispensatore di diritto, nemmeno all'interno di quel « recinto sacro » rappresentato dalla giustizia penale in cui la sovranità trovava la sua massima espressione, come era avvenuto nel corso degli ultimi due secoli, nell'era delle codificazioni* » ; N. MATTEUCCI, *Sovranità*, in *Il Dizionario di Politica*, sous la direction de N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Torino, 2004, 916 : « *Nel secolo XX il concetto politico-giuridico di sovranità è entrato in crisi (...) con la crisi dello Stato moderno, ormai incapace di essere un unico ed autonomo centro di potere, il soggetto esclusivo della politica, il solo protagonista nell'area internazionale* » ; G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cassazione penale*, 2017, 1, 15.

⁷ Par la locution « pluralisme juridique » il sera fait référence aux modalités de partage de la régulation juridique entre les ordres juridiques supra-étatiques et non infra-étatiques (ordre juridique d'une famille, d'une association et ainsi de suite). Le pluralisme infra-étatique part du principe « (...) qu'il existe au sein d'une société une pluralité d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes du droit ». Ainsi, H. MOUTOUH, *Pluralisme juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 1159. L'étude des manifestations non étatiques du droit est au cœur des travaux de S. ROMANO, *L'Ordre juridique*, Paris, 1975.

⁸ L'internationalisation de la procédure pénale est illustrée par la transposition des lois d'autorisation de ratification des traités internationaux qui couvre une bonne partie de l'activité des Parlements italien et français. Afin de saisir l'ampleur du phénomène, on mentionnera seulement, à titre d'exemple : loi n 2018-53 du 31 janvier 2018 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière parue au JO n. 0026 du 1^{er} février 2018 ; loi n 2016-1322 du 7 octobre 2016 autorisant la ratification de l'accord cadre de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Mongolie, d'autre part parue au JO n 235 du 8 octobre 2016 ; loi n 2018-150 du 2 mars 2018 autorisant la

normes relatives à la procédure pénale, « l'on découvre une très grande diversité de sources qui se superposent, se complètent et parfois interfèrent »⁹. Un tel bouleversement s'est opéré par une modification du cadre institutionnel.

3. *Le Traité de Lisbonne*

Depuis le Traité de Lisbonne¹⁰ la procédure pénale a été intégrée dans la compétence ordinaire de l'Union. Aux termes de l'article 82, 2 alinéa, TFUE, le Parlement européen et le Conseil peuvent, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, établir des règles minimales portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres, les droits des personnes dans la procédure pénale, les droits des victimes de la criminalité, ainsi que (aux termes de l'article 83, 1 alinéa, TFUE) les règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement graves revêtant une dimension transfrontière. Depuis lors, les réformes, qui marquent un processus de centralisation normative, se sont démultipliées. On mentionnera à titre d'exemple : la directive 2016 343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant

ratification de l'accord de partenariat et de coopération renforcé entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part parue au JO n 0052 du 3 mars 2018 ; loi n 2015-891 du 23 juillet 2015 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Belgique relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et douanière parue au JO n 169 du 24 juillet 2015 ; *Legge 6 ottobre 2017 n. 159 "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Croazia sulla cooperazione transfrontaliera di polizia, fatto a Zagabria il 5 luglio 2011 ; Legge 4 dicembre 2017 n. 193 "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Macedonia in materia di cooperazione di polizia, fatto a Roma il 1 dicembre 2014 ; Legge 28 luglio 2016 n. 155 "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo sulla cooperazione di polizia e doganale tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio federale svizzero, fatto a Roma il 14 ottobre 2013 Legge 3 ottobre 2016 n. 192 et ainsi de suite.*

⁹ R. DE GOUTTES, *L'encadrement de la procédure pénale par la norme internationale : quelle norme ? Quelle cohérence ? Quel encadrement ?* in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, 2007, 172.

¹⁰ Le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, ratifié en France par la loi 2008-125 du 13 février 2008, publié par le décret 2009-1466 du 1 décembre 2009 ; ratifié en Italie par la *legge 2 agosto 2008 n. 130, Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007.*

renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales ; la directive 2016 800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales ; la directive 2018 1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal ; la directive 2017 1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ; la directive 2011 92 /UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie. Parmi les mesures prises, il est important d'évoquer très brièvement le Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. Il s'agit d'un acte obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les seuls États membres qui participent à la coopération renforcée. France et Italie y participaient¹¹. Le Parquet européen, organe indivisible de l'Union, à structure décentralisée¹², sera compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive (UE) 2017/1371. À cet égard, il diligentera des enquêtes, effectuera des actes de poursuite et exercera l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée^{13 14 15}. Les éléments

¹¹ Le 3 avril 2017, l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie ont notifié au Parlement européen, au Conseil et à la Commission leur souhait d'instaurer une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. En outre, par lettres datées respectivement du 19 avril 2017, du 1^{er} juin 2017, du 9 juin 2017 et du 22 juin 2017, la Lettonie, l'Estonie, l'Autriche et l'Italie ont indiqué qu'elles souhaitaient participer à l'instauration de la coopération renforcée.

¹² Art. 8, 1 al., reg. (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017.

¹³ Art. 4, reg. 2017/1939.

¹⁴ Conformément au principe de subsidiarité, l'objectif consistant à combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union peut être mieux atteint, en raison de ses dimensions et de ses effets, au niveau de l'Union. La situation actuelle, ne permet pas toujours d'atteindre cet objectif de manière suffisante. Le Parquet européen, aux termes de l'art. 120, 2 al., reg. 2017/1939, « assumera les tâches qui lui incombent à une date qui sera fixée par une décision de la Commission publiée au Journal officiel de l'Union européenne (...) ».

¹⁵ Le règlement prévoit un système de compétences partagées entre le Parquet européen et

de preuve présentés à une juridiction par les procureurs du Parquet européen ne pourront être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État membre¹⁶ ; les actes de procédure du Parquet européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers seront soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes conformément aux exigences et aux procédures prévues par le droit national. Ce qui montre l'importance de l'édification d'un référentiel commun.

4. L'édification d'un référentiel commun

La mobilisation du Parquet européen suppose l'édification d'un référentiel commun. L'objectif de la confiance mutuelle « ne pourra être atteint sans harmonisation pénale substantielle »¹⁷. Dans un environnement pluraliste et plus précisément dans la construction de l'Europe, où il s'agit de parvenir à « mettre en compatibilité » les normes de droit, la référence aux principes apparaît « comme une pratique de rationalité adaptée aux exigences même du pluralisme juridique »¹⁸. En sorte que le droit interne et le droit européen trouvent, par ce lien, un rapprochement. L'action unificatrice est accomplie non seulement par la voie du droit communautaire, mais aussi sous l'effet de l'action de la Cour de justice et de la Cour de Strasbourg par un travail fondé sur la

les autorités nationales. Aux termes de l'art. 27, 5 al., reg. 2017/1939, « lorsque le Parquet européen exerce son droit d'évocation, les autorités compétentes des États membres lui transmettent le dossier et s'abstiennent de procéder à de nouveaux actes d'instruction portant sur la même infraction » à moins que des mesures nécessaires ne s'imposent pour assurer l'efficacité de l'enquête et des poursuites.

¹⁶ Art. 37, 1 al., reg. 2017/1939 ; le 2 alinéa dispose que « le règlement ne porte pas atteinte au pouvoir dont dispose la juridiction du fond d'apprécier librement les éléments de preuve présentés ».

¹⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Le eaux troubles du droit pénal de l'Union Européenne*, in *Archives de philosophie du droit*, 2010, tome 53, 137 ; Voir, dans le même sens, O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in *Investigazioni e prove transnazionali. Atti del XXX Convegno Nazionale. Roma 20-21 ottobre 2016*, Milano, 2017, 18 : « *Il problema (...) è se gli ordinamenti interni abbiano un minimo (meglio : sufficiente) comune denominatore di diritti garantiti ai soggetti indagati o imputati* ».

¹⁸ A. J. ARNAUD, *Flou*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*², sous la direction de A. J. ARNAUD, Paris, 1993, 262.

recherche des convergences entre les ordres juridiques^{19 20}. Ce faisant, affaire après affaire, la jurisprudence européenne « dégage les éléments d'un ordre juridique commun à des Etats qui (...) vivaient cloîtrés dans leur souveraineté »^{21 22} et suggère l'élaboration de principes, les grands axes d'un droit procédural unifié qui confortent la cohérence du système juridique ; cet enjeu fondamental évoqué comme le « respect du postulat de la rationalité du législateur »²³.

5. La modification de la conception traditionnelle de la normativité

Issu d'un système ordonnateur, le droit européen reste essentiellement axiomatique. En tranchant le litige, le juge doit « reproduire (...) la position axiologique déjà prise par le législateur »²⁴. Ainsi, tout suspect ou personne poursuivie impliqué dans les procédures pénales du Parquet européen jouit des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union²⁵

¹⁹ L'interprétation « téléologique » guide le processus interprétatif en se fondant sur les finalités et les objectifs des traités. Au sens propre du terme, la téléologie désigne (étymologie : τέλος « fin, but », et λόγος « discours ») l'ensemble des spéculations qui reposent sur l'idée de « finalité » ; issu du grec ancien, le mot indique une évolution orientée en vue de la valorisation des objectifs vers lequel l'action tend. Ainsi in *Le dictionnaire érudit de la langue française*³, sous la direction de J. DUBOIS, Paris, 2014, 1852.

²⁰ La technique des « notions autonomes » permet de combler, à titre d'exemple, l'absence d'homogénéité des droits procéduraux nationaux afin de parvenir à une « définition uniforme des engagements étatiques ». *Ex multis*, Cour just. [GC]14 novembre 2013, C-60/12, au sujet de la notion de « juridiction ayant compétence en matière pénale » ; Cour just. 9 juin 2016, C-25/15, au sujet de la notion de « procédure pénale » ; Cour just. 28 juillet 2016, C-294/16, au sujet de la notion de « de détention » ; Cour just. 10 novembre 2016, C-452/16, au sujet de la notion de « décision judiciaire » et notion « d'autorité judiciaire d'émission » ; Cour just. 10 novembre 2016, C-453/16, au sujet de la notion de « mandat d'arrêt européen ».

²¹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*³, Paris, 2013, 63.

²² Voir, sur le rôle créateur de la jurisprudence européenne, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011.

²³ OST et VAN DE KERCHOVE, *Interprétation*, cit., 173.

²⁴ T. VIEHWEG, *La « logique moderne » du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1966, tome 11, 208.

²⁵ On mentionnera à titre d'exemple : le droit à l'interprétation et à la traduction, prévu dans la directive 2010/64/UE ; le droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, prévu dans la directive 2012/13/UE ; le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer avec des tiers et d'informer des tiers en cas de détention, prévus dans la directive 2013/48/UE ; le droit de garder le silence et le droit d'être présumé innocent, prévus dans la directive

et des droits consacrés par la Charte, notamment le droit à un procès équitable. Or, l'équité du procès, c'est une « équité objective, dotée d'une valeur générale et cela est tellement vrai que dans la version anglaise du fameux article 6-1, l'équivalence du mot français « équitable » (...) est (...) « *fair* », c'est-à-dire « loyal » »²⁶. Néanmoins, les opérations du juge ne sont marquées d'aucune automatisation et nous voyons se développer une tendance qui met au service de la jurisprudence une logique juridique axiomatisée en symbiose avec une école de l'argumentation fondée sur une recherche du raisonnable, empiriste. Dans le domaine juridique une reprise de l'intérêt pour le droit en contexte se manifesta au cours du XX^e siècle en réaction au positivisme légaliste et formaliste du siècle précédent²⁷. En marge du droit classique on voit se développer un droit pragmatique²⁸ ; cette tendance modifie la « conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place (...) l'adaptabilité (...) droit (...) caractérisé « par son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend d'agir »²⁹ ³⁰. C'est la réponse au *Summum Ius summa iniuria* ; ce que

(UE) 2016/343 ; le droit à l'aide juridictionnelle, prévu dans la directive (UE) 2016/1919 et ainsi de suite.

²⁶ J.-C. MAGENDIE, *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, in *Archives de philosophie du droit*, 2001, tome 45, 15. Voir, dans le même sens : V. MANES, *Common Law-isation del diritto penale?. Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, 2017, 3, 118 : « *Al fondo si intravede un trend dove i corollari della legalità "i principi" (...) amplificano la loro portata nella prospettiva del fair trial* » ; DE GOUTTES, *L'encadrement de la procédure pénale*, cit., 180 : « Si l'on examine (...) l'application qui est faite de cette Convention par la Cour européenne des droits de l'homme, on voit qu'il se dégage de sa jurisprudence un ensemble cohérent de principes directeurs communs et un véritable « modèle européen de procès pénal équitable ».

²⁷ M. VOGLIOTTI, *Le « tournant contextuel » dans la science juridique*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 196.

²⁸ CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 175.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ La notion de « droit en contexte » a été développée par l'Ecole de Bruxelles. Sur les relations entre le droit et son environnement, comme élément central de la compréhension du phénomène juridique, voir : A. BAILLEUX et F. OST, *Droit, contexte et interdisciplinarité, refondation d'une démarche*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 35. ; A. J. ARNAUD, *Regards croisés sur la notion de droit en contexte*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 45 ; B. FRYDAMAN, *Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'Ecole de Brussels*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 92 ; P. BRUNET, *Quand le droit compte comme texte*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 55 : « (...) Dans la littérature « scientifique » contemporaine, l'approche dite « en contexte » désigne les nombreuses formes qu'a pu prendre la contestation du « positivisme juridique » et plus précisément encore, du « formalisme ». Voir, sur ce dernier point O. CORTEN, *Le « droit en contexte » est-il compatible avec le*

Gény a appelé le « fétichisme de la loi écrite et codifiée ». La Terreur judiciaire, historiquement, dévoile les conséquences d'un légalisme absolu proclamé et mis en œuvre par la Révolution française, en 1789. Fouquier-Tinville³¹ mis en accusation après Thermidor allègue pour sa défense l'assertif et dogmatique « règne de la loi ». Voici l'extrait de la chronique judiciaire de l'époque : « un fonctionnaire dans une République ne doit connaître que la loi émanée du pouvoir souverain et sans approfondir les causes ni les motifs, la rigueur ou l'injustice, son devoir est de l'exécuter et de le faire exécuter (...) »³². Le Code pénal français du 1791 « mettait en œuvre de façon stricte le principe légicentrique à une liste précise d'incrimination correspondait un tarif rigide de peines fixes. L'application mécanique d'un tarif immuable conduisait à de graves injustices »^{33 34}. C'est à ce moment-là que Cesare Beccaria développe la théorie dite de l'herméneutique du syllogisme judiciaire. Comme on pouvait s'y attendre, l'idéal du juge « bouche de la loi », pure chaîne de transmission syllogistique des jugements, « n'a pas résisté à l'épreuve du réel »³⁵ et la volonté d'individualiser la peine est devenue, de nos jours, un impératif majeur de la justice pénale. En droit continental, dans les différents systèmes occidentaux, le contrôle de proportionnalité s'est renforcé par l'influence dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union Européenne^{36 37}.

formalisme juridique ? in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 2013, 70, 73 ; O. PFERSMANN, *Volonté*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 1531 : « l'aspect prescriptif de l'énoncé comme son exacte contenu exigent une analyse de leur signification en tant que phénomènes linguistiques dans leur contexte pragmatique ».

³¹ Accusateur public du Tribunal révolutionnaire.

³² J. M. CARBASSE, *Légalité des délits et des peines*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 921.

³³ *Ibid.*, 921.

³⁴ M. DA PASSANO, *La pena di morte nella Francia rivoluzionaria e imperiale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, vol. XXVII, 379 ss.

³⁵ CARBASSE, *Légalité des délits et des peines*, cit., 921.

³⁶ On mentionnera à titre d'exemple les très célèbres affaires : Cedu 26 Mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, § 70 ; Cedu 23 avril 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, § 53 § 58 ; Cedu 23 novembre 1993, *Poitrinol c. France*, § 38 ; Cedu 30 juin 2011, *Guérin c. France* [GC], § 45 ; Cedu 29 juillet 1998 *Omar c. France* [GC], § 42 ; Cedu 18 octobre 2006 *Hermi c. Italie* [GC], § 73 ; Cedu 1 mars 2006, *Sejdovic c. Italie* [GC], § 86.

³⁷ *Ex multis*, Cour just. [GC] 10 avril 2018, C-191/16 *Pisciotti / Bundesrepublik Deutschland* ; Cour just. 13 septembre 2018, C-369/17 *Ahmed / Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* ; Cour just. [GC], 13 novembre 2018, C-247/17 *Raugevicius* ; Cour just. 4 avril 2017, C-555/16 *Procédure pénale contre D'Andria et D'Andria* ; Cour just. 14 juin 2017, C-685/15

Il s'agit d'une très importante perspective, nouvelle mais enracinée dans l'histoire. La jurisprudence européenne semble considérer le « juste » comme une « proportion », ce qui ramène « à l'idée aristotélicienne ou thomiste selon laquelle l'équité se présente comme instrument particulier de la justice commutative »³⁸. Conformément au principe de proportionnalité toute limitation aux droits fondamentaux de la personne doit être mise en œuvre de façon proportionnée³⁹. L'idée fondamentale d'équilibre doit orienter aussi bien l'élaboration⁴⁰ que l'application de la loi⁴¹. Ainsi, « une disposition qui autoriserait la détention provisoire en matière contraventionnelle constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle. (...) Mais, à supposer que la restriction légale ne puisse être tenue, *in abstracto*, pour disproportionnée, pour autant, le juge n'est pas dispensé de s'assurer, au cas par cas, *in concreto* qu'elle est mise en œuvre de manière proportionnée »⁴². La méthode est casuistique,

Online Games e.a. / Landespolizeidirektion Oberösterreich ; Cour just. 15 juin 2017, C-19/16 P *Al-Faqih e.a. / Commission* ; Cour just. [GC] 26 juillet 2017, C-599/14 P *Conseil / LTTE* ; Cour just. 9 novembre 2017, C-423/16 P *HX / Conseil* ; Cour just. 10 mars 2016, C-235/14 *Safe Interenvios / Liberbank e.a.* ; Cour just. 4 mai 2016, C-477/14 *Pillbox 38 / Secretary of State for Health* ; Cour just. 8 septembre 2016, C-225/15 *Procédure pénale contre Politano* ; Cour just. 4 septembre 2014, C-474/12 *Schiebel Aircraft / Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend* ; Cour just. 10 avril 2014, C-542/15 *Procédure pénale contre Manzo* ; Cour just. 14 mars 2013, C-527/11 *Ablessio / Valsts ieņēmumu dienests* ; Cour just. [GC] 23 avril 2013, *affaires jointes C-478/11 P à C-482/11 P Gbagbo e.a. / Conseil* ; Cour just. 25 avril 2013, C-212/11 *Jyske Bank Gibraltar / Administración del Estado* ; Cour just. 8 mai 2013, C-508/11 P *Eni / Commission* ; Cour just. [GC] 28 mai 2013, C-239/12 P *Abdulrahim / Conseil et Commission*.

³⁸ G. XYNOPOULOS, *Proportionnalité*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 637. Voir, dans le même sens R. E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 4, 1654.

³⁹ Sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense « absolument nécessaires ». Cedu, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, cit.

⁴⁰ A tire d'exemple, le Conseil constitutionnel français a précisé que : « Si le législateur peut prévoir des mesures d'investigations spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en ressembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire (...) et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaire à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discrimination injustifiée ». Cons. Const., 13 mars 2003, n. 2003-467 DC, Rec., 211, cons. 6.

⁴¹ « *Il principio di proporzionalità funge (...) sia da limite alle scelte del legislatore che da criterio esecutivo-applicativo par l'autorità giudiziaria* ». G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale : eterogenesi dei fini?* in *Archivio penale*, 2017, 2, 390.

⁴² DESPORTES-LAZERGES COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 172.

portée vers l'individualisation de la solution adaptée à l'espèce⁴³. La prise en considération « des circonstances précises de l'affaire »⁴⁴ au regard desquelles doit être appliquée la norme énoncée en termes généraux et abstraits est destinée à assurer « l'adéquation de la règle générale au contexte singulier dans lequel est appliquée, sa déclinaison (...) en fonction des cas à traiter »⁴⁵. Néanmoins, la proportionnalité ne saurait un prétexte à n'importe quelle solution ; directive adressée au juge, elle est un instrument destiné à mieux assurer la légalité. La proportion, la pondération multipolaire de l'ensemble des intérêts qui s'affrontent dans le contexte normatif⁴⁶, est une sorte de règle supérieure qui dirige le raisonnement judiciaire dans l'observation de la justice « Légale »⁴⁷. Il est vrai que la méthodologie casuistique du savoir juridique contemporain⁴⁸,

⁴³ R.E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*², Milano, 2015, 70.

⁴⁴ On mentionnera à titre d'exemple : Cedu 1 juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], § 165 : « (...) pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 a privé le procès dans son ensemble du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause (...) » ; Cedu 3 octobre 2006, *McKay c. Royaume-Uni* [GC], § 45 : « (...) les juridictions internes doivent exercer un contrôle sur le maintien en détention provisoire d'une personne en vue de garantir sa libération lorsque les circonstances ne justifient plus sa privation de liberté. (...) Etant donné que le caractère raisonnable d'une période de détention ne peut pas être apprécié dans l'abstrait, mais doit être vérifié dans chaque cas en fonction des particularités de la cause, il n'existe aucune période fixe applicable à chaque affaire » ; Cedu 12 avril 2006, *Martinie c. France* [GC], § 40 : « (...) l'article 6 § 1 ne fait pas obstacle à ce que les juridictions décident, au vu des particularités de la cause soumise à leur examen, de déroger à ce principe : aux termes mêmes de cette disposition « (...) l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale (...) lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » ; Cedu 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* [GC], § 55 « (...) pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif », il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit (...) ».

⁴⁵ M. S. ZAKI, *Définir l'équité*, in *Archives de philosophie du droit*, 1990, tome 35, 88.

⁴⁶ ΧΥΝΟΠΟΥΛΟΣ, *Proportionnalité*, cit., 1252.

⁴⁷ Le juge va accéder à la connaissance des faits grâce « aux méthodes autorisées par la loi. L'investigation du juge est limitée par des principes de procédure ». Ainsi, P. NERHOT, *Le fait du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, tome 31, 272.

⁴⁸ De façon cohérente « avec la nature dialectique et contextuelle du savoir juridique, l'enseignement du droit dans le Moyen Age s'inspirait de la méthode de la *quaestio disputata*, méthode qui s'articulait en quatre étapes : *lectio, quaestio, disputatio, solutio*.

irréductible à la fois à la déduction et à l'induction⁴⁹, par la représentation plus complexe du droit qu'elle produit, assure moins bien la sécurité juridique et le pouvoir des magistrats n'a fait que s'accroître.

6. « Creazionismo fisiologico »

L'interprétation judiciaire a été traditionnellement considérée comme un acte consistant à « dire » le droit, au sens déclaratif du terme⁵⁰. La démultiplication des instances et des modes de contrôle, dans l'ordre interne et européen a complexifié considérablement sa tâche⁵¹. Les Traités européens et la Convention européenne ont institué un ordre « propre », intégré aux systèmes juridiques des Etats membres qui s'impose à leurs juridictions⁵². Le juge contrôle la légalité des actes de procédure pénale au nom d'un droit qu'il interprète et dont il est le premier garant⁵³. Le travail de mise en cohérence des systèmes procéduraux, assuré par

(...) cette méthode a inspiré l'expérience didactique anglaise des *moot courts* (...) nées au sein des Inns of Court de Londres autour du XV siècle (...). Une autre importante forme d'enseignement du droit en contexte, qui commence (...) à fleurir (...) dans certaines universités des pays de *civil law*, (...) est représenté par les *légál clinics* ». Ainsi, VOGLIOTTI, *Le « tournant contextuel »*, cit., 202, § 24.

⁴⁹ Voir, sur l'élaboration judiciaire du fait NERHOT, *Le fait du droit*, cit., 272 ; C. NITSCH, *Astratto v. concreto. Note sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, serie V, 1, 127 ; A. CATELANI, *Formalismo e dato sociale nell'interpretazione giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, serie V, 480 : « È la fattispecie astratta che viene ricostruita sulla base di quella concreta e non viceversa. L'opera del giurista non è quella di considerare la norma isolata in sé, ma prima ancora la realtà sostanziale alla quale è funzionalizzata ».

⁵⁰ OST et VAN DE KERCHOVE, *Interprétation*, cit., 189.

⁵¹ Il apparaît difficile « de nier aujourd'hui le changement de nature de la Cour de cassation, à la fois cour supérieure nationale, juge constitutionnel partiel et juge de droit commun des droits européen et international ». Ainsi, B. LOUVEL, *Post-face*, in *Le rôle normatif de la Cour de Cassation*, sous la direction de F. MARCHADIER, Paris, 2018, 335.

⁵² F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, 2017, 493 ss.

⁵³ KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 1186 : « (...) quell'assetto trasforma (...) il ruolo del giudice nazionale, al quale, in quanto primo applicatore e controllore del diritto dell'Unione, vengono attribuiti due strumenti strategici che lo pongono in posizione di chiara superiorità rispetto alla legge nazionale : quello della disapplicazione della norma interna contrastante con la norma dell'Unione Europea, quando quest'ultima sia immediatamente applicativa e quello dell'interpretazione conforme, quando (...) la norma UE non presenti una simile caratteristica ». Dans le même sens, F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cassazione penale*, 2016, 7/8, 2696.

la voie de délicats mécanismes, tend à caractériser l'interprétation comme une activité « créatrice » du droit⁵⁴. Le développement des normes internationales interpelle les Cours suprêmes qui ont pour rôle d'assurer l'unité de droits nationaux⁵⁵. La Cour de cassation française, ainsi, voit s'ajouter de nouvelles fonctions, par la voie de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité ainsi que par le contrôle de conventionnalité. Le pluralisme des instruments procéduraux sollicite le pouvoir créateur du juge au détriment du postulat légaliste selon lequel la loi est totalement le droit⁵⁶ : on connaît « la déclaration tranchante que l'on prête à Bugnet et qui, vraie ou fautive, a immortalisé sa mémoire : « Je ne connais pas le Droit civil : j'enseigne le Code Napoléon » »⁵⁷.

7. *Les influences croisées*

La norme européenne remet en question le postulat moniste du monopole étatique sur la production normative⁵⁸. L'Etat n'exerce plus

⁵⁴ P. GROSSI, *Verso il domani. La difficile fase della transizione*, sous la direction de R. E. KOSTORIS, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, 40 : « (...) il ruolo che ci viene richiesto (...) non è (...) di esegeti, bensì di interpreti inventori. Inventori (...) nel senso (suggerito dall'invenire latino) (...) di cercatori di un ordine giuridico (...) che va (...) individuato, definito tecnicamente ».

⁵⁵ Le caractère « illusoire de la vision traditionnelle du rôle de la Cour de cassation résulte du profond renouvellement du paysage juridique et judiciaire. L'image révolutionnaire d'une loi toute-puissante ne souffrant d'aucune concurrence en termes d'autorité est indéniablement dépassée. La loi française, par la volonté du législateur lui-même, est en position de subordination à des normes supérieures constitutionnelles, européennes et internationales dont le contenu procède largement de l'interprétation des juges. Cette évolution contextuelle implique que la loi soit compatible avec des droits supérieurs auxquels elle ne peut porter atteinte. La Cour de cassation est un agent de la cohérence de ces textes divers et variés, tant dans leur origine que dans leur portée. L'environnement normatif national et international est rapidement évolutif. Il pousse à la mutation de l'office de la Cour de cassation : d'un pouvoir normatif, individuel et particulier à l'origine, s'affirme un pouvoir normatif plus collectif et général ». Ainsi, LOUVEL, *Post-face*, cit., 334.

⁵⁶ *Ibid.*, 333 : « L'analyse concrète de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'observation et la prise en compte des réalités judiciaires contemporaines permises par cette étude mettent en exergue le caractère doublement illusoire de ce discours idéaliste révolutionnaire – le juge « bouche de la loi » – et justifient, dès lors, la reconnaissance d'un rôle normatif de la Cour de cassation ». Dans le même sens, PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., 2698.

⁵⁷ L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in *Archives de philosophie du droit*, 1972, tome 17, 116.

⁵⁸ MOUTOUH, *Pluralisme juridique*, cit., 1161.

« une emprise centralisatrice sur les diverses activités traditionnellement associées à la fonction juridique, à savoir les activités législatives et judiciaires »⁵⁹. La cohésion juridique, s'agissant des conflits entre normes relevant d'un même niveau⁶⁰, ne peut pas être assurée selon une logique « verticale », celle du modèle hiérarchique de l'Etat, par des liens de subordination, mais suivant une logique horizontale, ou transversale⁶¹. Le système qui s'établit progressivement est celui d'une protection multiniveau des droits procéduraux⁶². Lorsque l'on étudie la doctrine à partir des travaux actuels un premier constat s'impose : le changement de terminologie. On parle « d'influences croisées »⁶³, de « dialogue entre juges »⁶⁴, de « portée normative »⁶⁵ des dispositions de la procédure pénale. La procédure pénale française et italienne tend à se préfigurer comme le produit d'un système en interaction ; une trame intriquée dont la configuration est le résultat d'une emprise interprétative « au profit d'une régulation (...) supra-étatique et d'un « pluralisme explicatif » qui consiste à identifier une multiplicité de sites normatifs »⁶⁶.

8. Polysystemie « simultanée »

Le frontière post-moderne de la juridicité prend la forme d'axes de recherche novateurs tels que la « concurrence des normativités »⁶⁷, notion

⁵⁹ *Ibid.*, 1159.

⁶⁰ Qui reflète « l'indifférenciation hiérarchique de leurs auteurs ». Ainsi, J. COMBACAU, *Le droit international : bric-à-brac ou système ?*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, tome 31, 88.

⁶¹ *Ibid.*, 90. ; Voir, sur ce point, CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 169.

⁶² I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the European Union* ; in *European Law Review*, 2002, 27, 5, 511. Voir, sur ce point, FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale*, cit., 6. Le statut du juge passe de la figure de « (...) Jupiter (vecteur d'un droit codifié) (...) » à Hermès (messager dans les réseaux du droit) (...). Ainsi, D. SALAS, *Juge (Aujourd'hui)*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 863. Voir, sur la figure du réseau comme nouveau paradigme du droit, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2003, 55-3, 730.

⁶³ Evoque les « cross-constitutional influences », MANES, *Common Law-isation del diritto penale*, cit., 955.

⁶⁴ DE GOUTTES, *L'encadrement de la procédure pénale*, cit., 189.

⁶⁵ CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 186.

⁶⁶ T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*², Paris, 2017, 318.

⁶⁷ BAILLEUX et OST, *Droit, contexte*, cit., 35.

associée à celle de « inter-normativité ». Le nouveau scénario de la science comparatiste pénaliste n'est plus celui de la polysystème disjonctive où « plusieurs systèmes de droit coexistent, juxtaposés dans l'espace »⁶⁸, mais celui de la polysystème « simultanée », « plusieurs systèmes de droit coexistent en un même lieu et en un même temps »⁶⁹. Les sujets du droit sont soumis à des « ordres simultanément valides, susceptibles de contenir des normes prescrivant des conduites contraires »⁷⁰, prévoyant des antinomies, des « incompatibilités entre des directives relatives à un même objet »⁷¹. J'évoquerai, à titre d'exemple, l'emblématique Affaire C-42/17 Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.⁷² où les poursuites demeuraient interdites sur le fondement de la Constitution nationale, possibles sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, obligatoires sur le fondement du droit de l'Union⁷³. Les rapports entre ordres juridiques intégrés, il est vrai, sont fort complexes et les risques de conflits, réels⁷⁴. Le sujet est fort riche et, dans le cadre de cette communication, seul quelque repère peut être évoqué. Certes, cette évolution donne au droit l'image d'une institution qui n'a plus de centre de gravité. D'où la tentative scientifique de corriger cette nouvelle légalité par un processus d'élaboration qui insère la jurisprudence dans le

⁶⁸ A. J. ARNAUD, *Polysystème*, in *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*², sous la direction de A. J. ARNAUD, Paris, 1993, 459.

⁶⁹ *Ibid.*, 460.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ F. OST, *Antinomie*, in *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*², sous la direction de A. J. ARNAUD, Paris, 1993, 35.

⁷² Cour just. [GC] 5 décembre 2017, C-42/17 *Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.*

⁷³ E. DUBOUT, *La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt M A S et M B*, in *Revue trimestrielle de l'Union européenne*, 2018, 563.

⁷⁴ Dans le même esprit, F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale. I difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M A S*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, 1281. Dans le même esprit, J.-F. SEUVIC, *Force et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénale*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, 2007, 122 : « Le contrôle de conventionnalité cache le contrôle de constitutionnalité (...) Rien n'empêche des interprétations différentes portées sur des concepts identique ou voisins (« sanctions ayant le caractère d'une punition », « peines », « mesures de sûreté », « matière pénale ») par le Conseil constitutionnel, les juridictions européennes et les juridictions nationales (...) ». Il suffit de penser « aux critiques qu'a suscité l'arrêt *Dulaurans c. France* du 21 mars 2000, reprochant à la Cour de cassation une erreur manifeste d'appréciation concernant la nouveauté d'un moyen de cassation, ou l'arrêt *Carabasse c. France* du 18 janvier 2005, contredisant la Cour de cassation sur l'appréciation des conséquences manifestement excessives de l'exécution d'une décision soumise à pourvoi en cassation ». DE GOUTTES, *L'encadrement de la procédure pénale*, cit., 186.

schéma explicatif par la voie « du précédent »⁷⁵. La valeur attachée à « l'autorité des arrêts » ou l'idée d'une science du droit qui doit permettre de prévoir les décisions se préfigure comme un axe novateur de la recherche pénaliste. De ce point de vue, cette perspective rapproche les pays de *common law* et les pays de droit civil, « hybridés » par effet de l'euro-péisation de la procédure pénale.

9. La crise de la légalité

« Quel que soit les mouvements qui l'agitent, (...) à l'intérieur d'un même espace (...), le droit ne saurait être pensé que comme un ensemble

⁷⁵ Sur la valeur attachée à l'autorité des arrêts, par référence à l'ordre juridique italien, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 10, 1273 : « La Corte costituzionale (...) dapprima ha riconosciuto ai giudici nazionali un margine di apprezzamento sulle interpretazioni della Corte europea per favorirne l'adattamento agli ordinamenti interni. Poi (...) ha affermato che (...) solo un diritto consolidato generato dalla giurisprudenza europea (...) un giudice interno è tenuto a porre a fondamento del (...) processo interpretativo (...). Lo spostamento dell'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza non è privo di conseguenze (...). Già si avvertono segnali di questa gerarchizzazione: la tendenza della Cassazione a ritenere inammissibili i motivi di ricorso per il semplice fatto del contrasto con la sua consolidata giurisprudenza; l'aggiunta, con la riforma Orlando, del comma 1 bis all'art. 618 c.p.p., ai sensi del quale se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso ». Dans le même sens V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente" appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cassazione penale*, 2018, 58, 6, 2222 : « la Cassazione ha da tempo riconosciuto da un lato il "diritto vivente" come punto di fuga degli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità, dall'altro i limiti del mutamento giurisprudenziale peggiorativo, abbracciando la prospettiva rights-based cara alla Corte europea (cfr. Cass., SS.UU., n. 18288/2010, che con riferimento al c.d. giudicato esecutivo ex art. 666, comma 2, c.p.p., ha affermato il principio secondo cui "il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata). Questo, come si vede, è già un significativo e concreto riconoscimento di "valore" al precedente, in una prospettiva sempre più distante da una efficacia solo "persuasiva" e "vincolante", al più, per il solo giudice del rinvio ». Sur la valeur attachée à l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, voir KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 1182, § 11 : « In particolare, la Corte si è accreditata questo ruolo ricavandolo dalla regola secondo la quale nelle ipotesi di rinvio pregiudiziale obbligatorio l'obbligo verrebbe meno quando essa si sia già pronunciata sulla medesima questione (C. giust. 27 marzo 1963, C-28-30/62 Da Costa) : di qui la conclusione che le sentenze pregiudiziali di interpretazione e di validità assumono –sull'idem punctum– valore generale, impegnando qualsiasi giudice a conformarvisi (C. giust. 13 maggio 1981, C-66/80, International Chemical Corporation) ».

cohérent de règles (...) régies par un principe fondamental de non-contradiction ; toute antinomie insurmontable (...) signerait la mort du droit, en le privant de sa puissance normative »⁷⁶ d'où l'importance de la simplification formelle du droit rempli par la codification⁷⁷. L'élaboration d'un code de la procédure pénale européenne, en effet, figure parmi les nouvelles perspectives de la recherche. Le nouvel essor intervient dans un contexte de « crise de la légalité »⁷⁸. Voici un extrait de l'intervention de M. Bruno Cotté à l'occasion d'un cycle de conférence organisé sous l'égide de la Cour de Cassation française au sujet de l'état de santé, pour ainsi dire, de la procédure pénale française : « Si nous souhaitons que ce cycle de conférences débouche sur des propositions de meilleure conduite dans l'élaboration de la règle de procédure pénale, il ne faut pas avoir peur des mots. Il faut d'emblée faire le constat qui s'impose et dont la chambre criminelle, comme les juges de première instance et d'appel font chaque jour l'expérience. La procédure pénale ne manque pas de cohérence, elle est tout simplement en miettes. Elle est devenue une sorte de puzzle dont le juge s'efforce de recoller les morceaux. Ce Code (...) n'est plus, comme il devrait (...) l'être, une « règle du jeu » simple et claire, accessible à tous et non pas seulement à quelques initiés, à quelques chartistes du droit. Ce Code n'est pas la règle stable qu'appellent tous les maillons de la chaîne pénale (...). Ce Code, bien au contraire, par sa complexité, engendre des erreurs. Personne ne peut aujourd'hui prétendre de répondre, de chic, à une question de procédure pénale, tant (...) les réformes se sont multipliées et se sont stratifiées »⁷⁹. Même position a été exprimé par Monsieur Ernesto Lupo : « La realtà dell'ordinamento penale in Italia presenta un quadro molto diverso dal modello perseguito dal Costituente. Il principio di legalità sul quale esso dovrebbe fondarsi è in crisi. I fattori di crisi della legalità attengono sia alla legge, che all'interpretazione della stessa »⁸⁰. Une crise de la loi et de l'interprétation est évoquée. L'autorité des auteurs impose une réflexion. La loi pénale est la règle majeure qui gouverne les comportements sociaux :

⁷⁶ CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 189 ; Dans le même esprit, la très célèbre ouvrage de N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

⁷⁷ F. PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification*, Paris, 1844. J. L. SOURIOUX, *Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle*, in *Journées de la Société de législation comparée*, 1988.

⁷⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, Paris, 1949.

⁷⁹ B. COTTE, *Première cycle de conférence. 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, 2007, 19.

⁸⁰ E. LUPO, *Cassazione e legalità penale*, *Convegno Parma, 9-10 ottobre 2015. Relazione introduttiva*, in *Cassazione penale*, 2016, 2, 66.

« plus que tout autre elle doit être empreinte de sécurité, de permanence, de clarté, d'équilibre, de garanties effectives »⁸¹. Le principe de sécurité juridique, rangé par la Cour de justice au nombre des principes généraux de droits, apostrophé par la Cour de Strasbourg attribut essentielle de l'Etat du droit⁸² impose de remédier aux dysfonctionnements nés du désordre normatif car « la prolifération anarchique des règles rend impossible la connaissance du droit »⁸³. Le respect du principe de légalité procédurale postule la lisibilité des énoncés. « Une loi préalable ne constitue une véritable garantie contre l'arbitraire et ne satisfait ainsi à l'exigence de prééminence du droit que si elle énonce des règles précises et claires »⁸⁴. Seule des règles précises et claires peuvent donner aux destinataires la possibilité de comprendre les conséquences de leurs actes. « La moindre des choses est que le citoyen ait une perception claire de ce qui est interdit et de la manière dont est jugée la transgression. (...) »⁸⁵. La remise en ordre s'avère fondamentale. Les formes prises par le mouvement de rationalisation oscillent entre légistique, science de la législation, technique législative, art législatif, méthodologie législative⁸⁶. La limite de ces approches est qu'il s'agit d'outils techniques, qui n'ont pas pour objet de diriger la pensée juridique, et qui ne posent le problème du fondement, de la valeur et de la portée philosophique de ces méthodes. Ainsi, si diverses raisons peuvent être invoquées pour soutenir la réalisation d'une codification, la codification étant présentée comme un moyen de remédier à la dispersion des sources du droit et de faciliter l'accès à la connaissance des règles, « elle ne met pas fin à l'inflation normative, elle la peut même stabiliser et inciter à son extension »⁸⁷. Il y a, en effet, « depuis de décennies une réunion attentive, chez les juristes comparables à une réunion de médecins (...) qui comme ceux de Molière examinent attentivement le malade mais ne peuvent se mettre d'accord sur la nature du mal, ni sur ses remèdes. (...) »⁸⁸.

⁸¹ G. CANIVET, *Première cycle de conférence. 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Paris, 2007, 5.

⁸² On mentionnera, à titre d'exemple, le très célèbre affaire Cedu 14 avril 2015, *Contrada c. Italie*.

⁸³ CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 193.

⁸⁴ DESPORTES-LAZERGES COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 154.

⁸⁵ CANIVET, *Première cycle de conférence*, cit., 5.

⁸⁶ A. M. LEROYER, *Légistique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*⁵, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, 2014, 923.

⁸⁷ B. OPPETIT, *L'avenir de la codification*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1996, tome 24, 76.

⁸⁸ A. BRIMO, *Les principes généraux du droit et les droits de l'homme*, in *Archives de philosophie du droit*, 1983, tome 28, 257.

10. *L'interprétation de la crise*

La transformation actuelle qui subit le droit peut faire l'objet de plusieurs interprétations. On peut y voir l'indice d'une rupture avec la conception classique de la légalité. Le positivisme légaliste a favorisé une conception formaliste du droit. Le formalisme qui a conduit « (...) à nier l'existence ou l'importance de l'élément matériel dans un ordre de connaissances (...) »⁸⁹ s'est traduit, par extension, « en un caractère méticuleux et mécanique de la pensée (...) »⁹⁰. Transposé sur le plan pragmatique il est apparu comme une tendance générale, dans une législation, « à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits (...) »⁹¹. D'où le souci permanent de perfectionnement de la production juridique qui s'est manifesté par la croissance des règles redondantes et superfétatoires, l'explosion de la spécialité et du technicisme juridique⁹², le déferlement de dispositions qui « poussent toujours plus loin le souci du détail »⁹³. Ces détails « ont un effet multiplicateur, contribuent à alimenter le processus de production normative »⁹⁴. Le phénomène est de nature à porter atteinte « à ce qui est pu être considéré comme la rationalité du droit »⁹⁵. Par où la montée en puissance de la figure du juge⁹⁶. Par ailleurs, au fil du temps, les philosophes du droit et les juristes ont perdu de vue la recherche de la justice pour s'en tenir à la seule expression de

⁸⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*³, Paris, 2016, 370.

⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*⁹, Paris, 2011, 470.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Voir, sur ce point, R. ORLANDI, *Massimo Nobili (nel ricordo di un allievo)*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, Atti del XXX Convegno Nazionale, Roma 20-21 ottobre 2016, Milano, 2017, 13, qui évoque un « *cieco tecnicismo sotto forma di iperspecializzazione giuridica* ».

⁹³ CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 138.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ TERRE, *La crise de la loi*, cit., 23.

⁹⁶ « Cette expansion du rôle normatif de la Cour de cassation est aussi intimement liée à ce qui se présente comme une crise de la loi, déjà perceptible au XIX^e siècle sous la plume de Pellegrino Rossi : « Le corps social et la loi civile ne paraissent plus faits exactement l'un pour l'autre, et rien n'annonce que ce désaccord soit chose accidentelle et passagère [...] Le Code, image fidèle de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance. » (...) Le législateur moderne n'a pas dépassé cet écueil : son caractère beaucoup plus concentré et moins général que l'ancien aboutit à des phénomènes d'inflation législative et de manque de clarté de la loi entretenant alors une crise législative dans laquelle le juge trouve encore toute sa place en tant qu'interprète et cocréateur de la norme ». Ainsi, LOUVEL, *Post-face*, cit., 334.

droit codifié, indépendamment de tout attention à son contenu. Cela a favorisé les essais de formulation des théories de la légalité de plus en plus formalistes avec l'évacuation de l'axiologie hors de la science juridique⁹⁷. Dans l'environnement pluraliste Européen, connoté par la polysystémie simultanée, la logique traditionnelle binaire d'appartenance ou de non-appartenance résulte obsolète⁹⁸. Elle ne permet plus aux sources de droits de remplir leur office. L'orientation axiologique de la norme se configure comme l'aspect central des démarches finalistes⁹⁹ orientées à la protection « effective » (et non théorique ou illusoire) des droits procéduraux offerts aux justiciables dans « un espace de liberté, sécurité et justice ». Légalité et justice. Au fond, ce n'est pas une perspective nouvelle. Au contraire, elle est vieille comme le monde juridique. Mais elle demeure toujours noble, éminente, et interpelle les nouvelles générations de juristes sur le visage qu'on souhaite donner à la vie de demain.

« (...) Je crois, en effet, que pour nous la politique est toujours précisément cela, la justice (...) ; maintenant encore, c'est en y tendant et en fixant les yeux sur cette égalité-là que nous devons, Clinias, fonder la cité naissante » (Platon, Lois, VI, 757 a-d).

⁹⁷ H. Kelsen, *Il problema della giustizia*³, édité par M. G. LOSANO, Torino, 2000.

⁹⁸ Chez Kelsen « les normes ne peuvent pas se définir qua par leur appartenance à l'ordre juridique » M. TROPER, *La Constitution comme système juridique autonome*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2002, tome 35, 65.

⁹⁹ « *L'assetto pluralistico delle fonti e il primato del diritto dell'Unione (...) promuovono la prevalenza del ragionamento teleologico su quello formalistico* ». Ainsi, KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 1202.

Hodalo Prenam Beguedou

La justice française sous l'emprise de la révolution numérique

SOMMAIRE : 1. La libération législative des données de justice – 2. La dématérialisation des procédures de justice – Conclusion.

La justice du XXI^e siècle a pour grande ambition d'améliorer pour tous la justice du quotidien en la rendant plus proche, plus simple et plus efficace

« Faites entrer le numérique » ! Ainsi répond la justice française à l'émergence du numérique dans la société. Le poids de l'envahissement du numérique dans notre société a ainsi atteint notre système judiciaire. Cependant, l'introduction du numérique dans la justice française n'est pas une chose nouvelle. En effet, le numérique était déjà présent dans la justice française avec l'utilisation des ordinateurs, des imprimantes, pour ne citer que ces outils, qui jouaient ainsi un rôle d'outil de rédaction, de conservation et d'archivage. Mais l'intérêt d'un regard analytique sur la justice numérisée en France a trait à l'arrivée de nouveaux procédés numériques tel que l'utilisation des algorithmes et de l'intelligence artificielle qui ont pour vocation de rendre la justice à la place des juges ou de donner des conseils à la place des juristes et de favoriser l'accès à la justice dans son ensemble.

Cette invitation du numérique dans la justice française est une préoccupation majeure pour les acteurs de la justice. On assiste donc à un bouleversement juridico-numérique qui est présenté comme pouvant favoriser la rapidité et la souplesse des échanges dans les activités juridictionnelles. À cet effet, en 2017 est né le Consortium E-Justice, partisan d'une justice numérisée, qui est un mouvement associatif qui a pour objectif de promouvoir la transformation digitale au sein de l'institution judiciaire française.

Malgré son impact qui pourrait s'avérer positif dans la justice, le numérique menace l'ordre judiciaire sur les points tels que, l'efficacité à rendre justice, de possibles injustices, les bugs informatiques qui peuvent

s'avérer lourds, la réduction des effectifs concernant certains emplois dans le secteur judiciaire.

Ces différentes failles conduisent à s'interroger sur l'efficacité des perspectives nouvelles qu'offre le numérique pour la justice française.

Tandis que les nouvelles solutions technologiques préoccupent les magistrats et les avocats, le Club des juristes quant à lui milite pour l'intégration du numérique dans le système judiciaire¹.

Malgré des points de vue divergents sur la question, le législateur a tranché en adoptant quatre lois qui jouent entre elles un rôle de cause à effet². Il s'agit de la loi relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public du 28 décembre 2015³, de la loi pour une république numérique du 7 octobre 2016⁴, de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016⁵ et la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019⁶.

Ainsi, le numérique s'est frayé un chemin dans la justice française avec d'une part, la libération des données de justice prévu à l'article 21 de la loi pour une république numérique qui s'inscrit dans la continuité d'une politique open data affirmée, et d'autre part la volonté d'une justice numérisée avec l'adoption de deux lois, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019.

Ces lois marquent le début de deux grands changements dans la justice française que sont la libération des données de justice (I) et la dématérialisation des procédures judiciaires (II).

¹ Le Club des juristes pour l'intégration du numérique dans le système judiciaire a présenté son « Pôle numérique », le 6 juin 2018, sur le thème : « Le droit en révolution industrielle ? », Disponible sur <https://www.leclubdesjuristes.com/lancement-pole-numerique-du-club-des-juristes/>.

² Les années 2015 et 2016 ont vu apparaître de manière spectaculaire le début d'une politique open data avec l'adoption de plusieurs lois qui vont impacter le monde de la justice. En effet, L'influence du numérique a été déterminante dans l'adoption de la directive PSI qui a conduit la France à l'ouverture des données publiques avec l'adoption de la loi Valter. Le domaine de la justice n'a pas échappé à la révolution de l'open data.

³ Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁶ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

1. *La libération législative des données de justice en France*

Il ne fait plus aucun doute que l'open data des décisions de justice est l'un des grands sujets du moment. En effet, l'open data des décisions de justice secoue l'actualité juridique depuis la loi pour une république numérique en 2016 qui dispose en son article 21 que « (...) *Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées* ». Malgré les carences de cette disposition (A) elle a pour finalité de nourrir l'ambition d'une justice prédictive (B).

a) Les carences de l'open data des décisions de justice.

L'accessibilité gratuite des décisions de justice avant l'open data n'était que très partielle. En effet, les décisions de justice n'étaient rendues publiques que partiellement par les juridictions. À ce titre les statistiques révèlent que seul 1% des décisions de justice sont disponibles sur Légifrance, le reste vendu à des abonnés, dont des éditeurs. Cette ouverture des décisions de justice est un atout indéniable pour l'homme de droit, qui pourra se procurer librement des décisions de justice.

Malgré son intérêt, l'ouverture des données de justice a été introduite de façon précoce dans la loi pour une république numérique. Elle a été introduite par amendement et déposée par le gouvernement l'avant-veille de la discussion en séance publique au Sénat. Bien que cette pratique soit légale, l'introduction tardive de la libération des données de justice dans la loi pour une république numérique va nuire à la qualité du débat relatif au réel impact d'une open data des décisions de justice. Cette introduction tardive va engendrer des problématiques dont les plus débattues sont les conditions d'ouverture des données et la question de l'anonymisation. La volonté affirmée de la loi pour une république numérique a engendré un premier rapport du Sénat recommandant de « *fixer un cadre juridique et déontologique plus précis et approprié pour la mise à disposition du public des décisions de justice* »⁷. Sans trouver un terrain d'entente au cours des discussions, s'en suivra un mouvement de discussion connu sous le nom de « l'open data des décisions de justice » et qui fera l'objet d'une mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de

⁷ Sénat, Rapport d'information n° 495, Cinq ans pour sauver la justice !, prés. Ph. Bas, avr. 2017, prop. n° 43.

justice en novembre 2017⁸.

En ce qui concerne les conditions d'ouverture des données de justice, l'article 21 de la loi pour une république numérique dispose qu'un décret sera pris en application de ladite loi pour fixer les conditions d'ouverture. À ce jour aucun décret n'a encore été pris. Cette carence est peut-être à l'origine des agissements douteux du site doctrine.fr. Dans cette affaire, doctrine.fr, site d'informations de décisions de justice est accusé par le barreau de Paris et l'ordre des avocats de délit d'usurpation d'identité, de recel et de traitement automatisé d'informations nominatives sans déclaration préalable à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), et d'infractions liées au typosquatting. Sur ce dernier chef d'accusation, il est également poursuivi par ses concurrents (coalition inédite d'acteurs pesant 90 % du marché de l'information juridique). Doctrine.fr usait de fausses identités pour avoir accès aux décisions de justice auprès des greffes de tribunaux. Depuis sa création en 2016, il est aujourd'hui l'un des puissants moteurs de recherche dans le domaine de l'information juridique grâce à ces pratiques douteuses. En première instance et en appel, doctrine.fr a obtenu gain de cause et ses concurrents se prononce déjà de se pourvoir en cassation. Pour se justifier, le co-fondateur du moteur de recherche juridique doctrine.fr soulève la difficulté d'accès aux décisions de justice.

Malgré son introduction tardive, l'open data des décisions de justice sera votée et figure désormais à l'article 21 de la loi pour une république numérique.

Toutefois, la ministre de la justice a souligné en réponse à la question écrite du député Jean-Noël Barrot que le décret d'application tant attendu naîtra avant la fin de cette année (2019). Selon les termes de la ministre, le décret d'application de l'open data des décisions de justice « *viendra préciser avant la fin de l'année, le cadre juridique et technique dans lequel l'open data des décisions de justice sera mis progressivement en œuvre dans les mois et années à venir* »⁹.

Pour ce qui est de l'anonymisation, la question a été soulevée notamment en ce qui concerne l'identité des parties au procès et du personnel de justice

⁸ Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, « l'open data des décisions de justice », novembre 2017, mission conduit par le professeur Loïc Cadet de la faculté de droit de sorbonne. Il est ressortait clairement de ses discussions de l'obligation d'occulter les seuls éléments identifiants en cas de risque pour la sécurité ou la vie privée des personnes un principe général de respect de la vie privée ainsi que de prévention de tout risque de réidentification et d'atteinte à la liberté d'appréciation des magistrats et à l'impartialité des juridictions.

⁹ Disponible sur <https://www.nextinpact.com/news/108116-open-data-decisions-justice-decret-avant-fin-annee.htm>.

ayant pris part à la décision.

Dès le départ, la question de l'anonymisation de l'identité des parties n'a guère posé de problème. Seule celle de l'identité du personnel de justice a posé problème. Au cours des discussions menées par la mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice conduit par le professeur Loïc Cadiet en novembre 2017, cette inquiétude a occupé une place importante dans les discussions ayant conduit la mission à attiré l'attention du ministère de la justice. Cette problématique a alors engendré de diverses propositions qui aboutiront finalement à retenir l'occultation de l'identité du personnel de justice lorsqu'il existe un risque d'atteinte à leur vie privée et familiale. Cette proposition sera retenue à l'article 33 de la loi de programmation 2018-2022 qui dispose de la non re-identification du personnel de justice lorsqu'il existe un risque d'atteinte à leur sécurité ou à leur vie privée, y compris celle de leur famille.

Concrètement comment s'est effectuée la progression de l'anonymisation de l'identité des magistrats ?

Le 18 juillet 2017, dans la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice une proposition visant à l'étude de la question en son article 6 sera faite avec pour demande principale d'éviter tout risque de réidentification des acteurs de la justice. Cette proposition sera approuvée le 12 avril 2018 par le Conseil d'État¹⁰. Par la suite, le 8 novembre 2018, la commission des lois de l'Assemblée nationale en adoptant l'amendement CL914 réintroduit en son article 19 le principe de la divulgation de l'identité des acteurs de la justice dans les décisions rendues tout en émettant une réserve en ce qui concerne l'atteinte à la sécurité ou à la vie privée¹¹. La commission des lois évince alors les précédentes propositions et instaure la divulgation comme principe qui admet l'exception d'atteinte à la sécurité ou à la vie privée. C'est cette position qui sera adoptée le 23 mars 2019 dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. La loi de programmation et de réforme de la justice confirme l'amendement CL914 en reprenant les mêmes dispositions en son article 33-1° §2 : « *Par dérogation au premier alinéa, les noms et prénoms des personnes physiques mentionnées dans le jugement, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier*

¹⁰ Avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, disponible sur <https://www.senat.fr/leg/pjl17-463-avis-ce.pdf>.

¹¹ Disponible http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1349/CION_LOIS/CL914.

les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe ».

On s'interroge alors sur l'appréciation de l'atteinte à la vie privée. Qui sera habilité à apprécier l'atteinte à la vie privée ou à la sécurité et selon quels critères ? Là se trouve toute la difficulté de cette disposition¹². L'on espère que la réponse à cette question sera apportée dans le décret à venir.

Pourquoi une loi sur l'open data des décisions de justice ?

Laisser libre accès aux décisions de justice, c'est prévoir une justice prédictive. En effet, la justice prédictive qui fonctionne grâce aux algorithmes et à l'intelligence artificielle se nourrit essentiellement de décisions de justice pour prédire. Sans libre accès aux décisions de justice, la justice prédictive aura du mal à prendre son envol. Ne serait-il pas juste pour un encadrement juridique de l'open data des décisions de justice, de trouver d'abord un cadre juridique à la masse qu'elle constitue, c'est-à-dire le big data open des décisions de justice ?

Si l'open data des décisions de justice s'est avéré primordial dans la nouvelle république numérique, c'est sans nul doute parce que cette ouverture permettra de former le big data des données de justice qui serviront à nourrir les algorithmes prédictifs de justice. On assiste donc à l'ère de la justice algorithmique.

b) La justice française, une future justice prédictive ?

Malgré la vague de protestation à l'annonce d'une justice prédictive dans le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022, le gouvernement s'est néanmoins empressé de faire voter le projet de loi. Les discussions au sénat sur les textes du projet de la loi de programmation de justice 2018-2022 et de réforme pour la justice porteront alors sur de nombreuses promesses dont celle de la justice prédictive.

Qu'est-ce que la justice prédictive ?

La justice prédictive est un moyen technologique qui permet de prédire une potentielle décision de justice grâce à des techniques de probabilités ou de prévision. La justice prédictive à travers le fonctionnement de l'algorithme peut être rendue possible dans deux cas qui prennent appui sur l'analyse algorithmique. Il s'agit du cas d'une analyse algorithmique pour déterminer les chances de gagner un procès et du cas d'une analyse algorithmique pour rendre une décision. Ainsi, l'algorithme peut prédire les décisions de justice.

Dans le premier cas, en France, des start-up comme Prédictive, Supra Legem ou Case Law Analytics développent des solutions permettant d'anti-

¹² Dans le même sens, T. COUSTET, « *Open data : les députés déverrouillent l'anonymisation des décisions* », dalloz actualité, 9 novembre 2018, disponible sur www.dalloz.fr.

ciper les chances de réussite d'une affaire et les montants d'indemnisation au civil. Le laboratoire cyberjustice de Montréal travaille sur l'élaboration d'une application « Procezeus » capable de prédire les décisions de justice¹³.

Dans le second cas, l'algorithme peut également éclairer le juge dans la prise d'une décision. En matière pénale par exemple, les croisements de données permettent à l'algorithme de déterminer si une personne est coupable ou non et la peine applicable, ou encore les risques de récidives d'un condamné. Aux États-Unis en 2013 dans l'État de Wisconsin, une condamnation a été prononcée sur la base d'une analyse algorithmique prédictive. Au Royaume-Uni, la police de Durham va bientôt être équipée d'un programme appelé Harm Assessment Risk Tool (Hart), pour déterminer si un suspect doit être placé en détention provisoire ou non.

En 2017, la justice française a voulu expérimenter la justice prédictive dans deux cours d'appel, celle de Rennes et de Douai, mais l'expérimentation a échoué. D'avril à juin 2017 des algorithmes ont été expérimentés dans les cours d'appel de Rennes et de Douai, capable de prédire l'issue d'un jugement grâce à l'intelligence artificielle. L'outil, est déjà utilisé par des cabinets d'avocats et des directions juridiques de grandes entreprises comme Axa ou Orange.

Outre ses belles promesses, la justice prédictive fait ressortir un certain nombre de problématique que nous analyserons en deux temps.

Dans un premier temps, si l'algorithme permet de connaître à l'avance une potentielle décision de justice, comment le juge doit-il apprécier cette analyse algorithmique rendue en amont ? En d'autres termes, quelle serait la nature juridique de l'analyse algorithmique devant les tribunaux ? Serait-elle considérée comme un argument, une preuve, un témoignage ou une expertise ? Aujourd'hui en droit, aucune nature juridique de l'analyse algorithmique n'est établie. Emmanuel Poinas, magistrat judiciaire s'est penché sur la question dans son ouvrage « le tribunal des algorithmes » et affirme que l'analyse algorithmique ne peut être placée que dans trois catégories procédurales à savoir argument, témoignage et preuve.

La question de la nature juridique de l'analyse algorithmique implique une autre problématique qui est celle de la responsabilité juridique de l'algorithme. Cette problématique est la conséquence en cas d'analyse erronée de l'algorithme. L'analyse algorithmique, ne détient pas un record de fiabilité parfaite et peut conduire à de fausses prédictions. Elle peut également être le fruit d'un espoir pour le justiciable ou le conseil juriste qui l'utilise, et se révéler au cours d'un procès fausse car l'issue de la décision

¹³ Information dont nous avons eu connaissance lors de notre séjour de recherche dans le laboratoire cyberjustice en Juin 2017.

n'est pas celle espérée. Alors dans l'un ou l'autre des cas mentionnés peut-on engager la responsabilité de l'algorithme ? La question semble pertinente, mais complexe. L'on se heurte à une impossibilité matérielle dans l'engagement de la responsabilité propre de l'algorithme. En effet, l'algorithme en tant qu'objet ne peut pas répondre d'une quelconque responsabilité. Il serait alors judicieux d'appliquer la théorie du responsable de traitement ou du maître de la chose.

La règle du responsable de traitement revient donc à affirmer que le responsable de la collecte des données de justice ayant servi à l'analyse algorithmique sera tenu pour responsable toutes les fois que l'analyse algorithmique sera mise en cause. Le responsable de traitement peut être une personne physique ou morale. Quant à l'évocation de la responsabilité du maître de la chose, elle renvoie à l'article 1242 du code civil qui dispose que l'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* »¹⁴. En tant que chose de valeur¹⁵, la personne qui a sous sa garde l'algorithme sera responsable des agissements de celui-ci.

Dans un second temps, on se demande si réellement l'on pourrait accepter d'être jugé par des algorithmes ? Pour une grande majorité des magistrats, la justice algorithmique n'est pas une justice fiable et comporte des failles qui peuvent s'avérer irréversibles. Mais l'on pourrait également s'interroger sur la fiabilité de la justice humaine ? Est-elle sans faille ? On ne compte plus aujourd'hui les erreurs judiciaires. « L'appréciation souveraine du juge » pourrait s'apparenter à l'appréciation souveraine des algorithmes ! Par conséquent tout comme la justice humaine, la justice algorithmique comporte des failles. Il faut donc réorienter le débat vers le remplacement de l'homme par les algorithmes et de son réel impact.

La justice prédictive n'est pas la seule promesse attendue par les réformes, interviendra aussi la dématérialisation des procédures judiciaires.

¹⁴ Article 1242 du Code civil.

¹⁵ La question est bien controversée en doctrine. En effet la nature juridique de l'algorithme et de son régime juridique sont mises à mal. Nous proposons ici un regard de bien sur l'algorithme. Notre analyse repose donc sur la conception économique du bien, où l'on considère les choses ayant une valeur pécuniaire comme un bien. Voir en ce sens les travaux de Zenati. L'algorithme aujourd'hui sur le marché est une chose qui a de la valeur et représente un grand espoir économique de celui qui le possède. D'ailleurs sa valeur est tellement précieuse qu'il est très protégé comme un secret d'affaire. Rappelons que le secret d'affaire se justifie au regard de la valeur commerciale (Voir en ce sens la directive sur le secret d'affaire du 5 juillet 2016).

2. La dématérialisation des procédures judiciaires

Dans le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, il était question de dématérialisation de nombreuses procédures et de se passer des juges autant que possible. La dématérialisation a alors trouvé tout son intérêt aux yeux du législateur à travers cette loi. Nous sommes donc face à une légalisation de la dématérialisation des procédures (A) qui regorge de beaucoup de promesses (B).

a) La légalisation de la dématérialisation des procédures de justice

La dématérialisation qu'est-ce que c'est ? La dématérialisation c'est le fait de rendre immatériel les choses matériels. Pour comprendre cette nouveauté introduite dans la justice, il faut se référer à une phrase, « simplifier pour mieux protéger ». La dématérialisation se présente donc comme un outil de simplification des procédures et de protection du droit à une justice équitable et impartiale. Les propositions d'une dématérialisation des procédures ont été prévues dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁶, dans la loi de programmation 2018-2022¹⁷, et dans le rapport du Sénat « cinq ans pour sauver la justice ». La loi de programmation dispose au point 2 de son rapport annexé que « *l'accès au droit sera en effet facilité avec la dématérialisation progressive des procédures de justice (...)* ».

b) Les promesses de la dématérialisation des procédures judiciaires

La dématérialisation des procédures judiciaires se justifie autour de plusieurs points. Tout d'abord elle vise une justice simple, efficace, moderne et proche des gens. Il est destiné à protéger et à rester attentif aux besoins des plus démunis et aux personnes en souffrance. Ces personnes étant considérées aujourd'hui comme les plus lésées du système judiciaire. Sa mise en place permettra de procéder à un engagement sans faille dans la mission de justice en mettant en place des peines plus efficaces et mieux adaptées et en désengorgeant la charge de travail dévolue au corps judiciaire.

Ces promesses d'une dématérialisation des procédures judiciaires est un pan vers des changements nouveaux qui consisteraient à,

¹⁶ Articles 3, 23, 34, 36 et 53 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁷ Article 26, 27 et les annexes en leur points : 1, 2, 3 et 4 de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

- faciliter les échanges entre le justiciable et l'administration judiciaire à travers la mise en place de signature électronique dans les échanges de façon à supprimer tous les courriers.
- supprimer les courriers recommandés qui devrait représenter des millions d'euros d'économies.
- supprimer les convocations par courrier recommandé ou la simplification de la notification des décisions de justice, voire de faire évoluer leur signification par huissier.
- suivre des affaires en ligne, à noter que jusqu'à cette réforme, seules les juridictions administratives permettent en partie de suivre les affaires en lignes.
- permettre la réduction des délais de jugement pour le justiciable : par exemple en respectant mieux les délais de la procédure et en limitant les audiences et les renvois.
- permettre à terme une saisine de la justice par voie dématérialisée, d'où l'intérêt du projet Portalis.
- permettre la transmission dématérialisée de documents dans les échanges entre avocats et juridictions.

Ces changements font ainsi rêver le commun des justiciables et inquiète certains acteurs judiciaires. Quoi de plus raisonnable et efficace que de saisir la justice par voie dématérialisée et de suivre ses affaires en ligne. Surtout quand on reconnaît qu'à l'heure actuelle les assignations et le suivi des affaires est un vrai casse-tête. Mais, ne nous voilons pas la face, car derrière cet air de samaritain de l'État pour le justiciable, la vraie raison de tels changements est purement économique. Objectivement chacun en tire profit instaurant ainsi un climat de « gagnant-gagnant ». Malgré cette analyse l'on demeure toujours dubitatif quant au réel profit du justiciable dans les changements annoncés. Ne serait-ce pas que l'État qui en tire réellement profit ?

Tous ces changements annoncés ne pourraient en réalité se concrétiser qu'à la condition principale de la réalisation du projet Portalis. Le projet Portalis, qu'est-ce que c'est ?

Le projet Portalis est un projet informatique qui vise la simplification des procédures de la chaîne civile. Il permettra de saisir une juridiction en ligne ; de saisir également en ligne les demandes d'aide juridictionnelle et d'avoir une réponse en 24 heures ; de suivre une procédure judiciaire en ligne ; de dialoguer avec les juridictions et la partie adverse ; de consulter en ligne les décisions rendues le jour-même ; de permettra également, via un questionnaire en ligne d'orienter le justiciable en fonction du contentieux

vers la juridiction compétente et vers un annuaire de professionnels du droit dédié et enfin, le justiciable pourra également suivre en ligne les grandes étapes de sa procédure.

Le projet Portalis est décrit par le ministère de la justice comme un « programme global de modernisation et de simplification de la justice » avec six étapes et s'étend sur 12 ans. Dans son étallement, le projet a débuté en mai 2016 par l'ouverture du portail internet du justiciable justice.fr et son enrichissement, portail qui est fonctionnel depuis 2016, et se terminera d'après les estimations en 2022 avec pour dernière étape la dématérialisation complète de la chaîne civile et la mise en place du nouvel applicatif métier Portalis sur l'ensemble des juridictions civiles.

Le projet Portalis et d'autres projet qui lui gravitent autour forment une masse de projets de dématérialisation, visant la facilitation d'une justice moderne. Les promesses du projet Portalis à travers le processus de dématérialisation des procédures judiciaires est un atout considérable pour le justiciable dans la saisine et le suivi d'une procédure. Cependant elle limite considérablement le champ d'action de l'exercice de certaines fonctions judiciaires.

Conclusion

Le numérique dans la justice française commence à marquer l'histoire de par son empreinte. Il s'agit de l'une des nouvelles perspectives du droit en France. Incontestablement la justice se veut d'être de plus en plus performante. C'est dans ce souci de performance qu'elle repose son espoir sur le numérique. Conquis par la numérisation de la justice, le législateur et certains acteurs de la justice ont adopté une prise de position favorable à cette numérisation rapide sans en mesurer efficacement les risques ou les répercussions négatives que pourrait engendrer le numérique dans la justice française. Ces réformes de numérisation rapide cachent un réel objectif, celle du profit de l'État, qui à travers le processus de numérisation prévoit de faire des économies considérables¹⁸.

L'histoire du droit, c'est aussi l'histoire de la justice française, et cette dernière écrit de plus en plus son histoire à travers le numérique. Comme chaque histoire qui laisse subsister des traces, l'histoire débutante du

¹⁸ Annexe 1 de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019.

numérique dans la justice française laisse des traces problématiques qui appelle à s'interroger : Le numérique est-il la solution aux maux de la justice ? Une justice efficace passe-t-elle forcément par sa numérisation ? Comment faut-il rendre justice à l'ère du numérique ? Quelqu'en soit les spéculations ou les réticences autour de l'introduction du numérique dans la justice française, les dés sont jetés, la justice française est numérisée !

Cécile Chassagne

*La consécration constitutionnelle d'un droit
à la différenciation pour les collectivités territoriales :
vers une nouvelle ère pour la décentralisation ?*

SOMMAIRE : 1. La différenciation, révolution pour la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales – 2. Le droit à la différenciation, leurre pour les collectivités ?

Je tenais tout d'abord à remercier l'École doctorale Pierre Couvrat, la Faculté de droit et sciences sociales de l'Université de Poitiers et l'Université Roma Tre pour l'organisation de ce séminaire qui m'a permis d'intervenir le 28 septembre à Poitiers et de voir ma contribution à cette journée publiée.

La Constitution française dispose que

« Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 »¹.

Derrière cette apparence d'uniformité, se dissimule de grandes disparités. Les écarts les plus remarquables se retrouvent dans la catégorie des communes. Quelques chiffres peuvent rapidement dépeindre ces différences. Poitiers et Limoges sont – en tant que chef-lieu de leur département et ex-capitales régionales² – les plus peuplées de leur département, en 2016, avec 87 961 habitants pour Poitiers et 132 660 pour Limoges. Au sein des mêmes territoires, Lathiers dans la Vienne et Saint-Gilles-les-Forêts pour la Haute-Vienne sont les moins peuplées avec, en 2016, 69 habitants pour Lathiers

¹ Constitution du 4 octobre 1958, article 72 issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

² La loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, en procédant à la fusion des régions Aquitaine, Limousin et Poitou-Charentes pour créer la région dénommée par la suite Nouvelle-Aquitaine, a « rétrogradé » les villes de Poitiers et Limoges au simple rang de chef-lieu de département.

et 41 pour Saint-Gilles-les-Forêts³. D'autres critères objectifs permettent de témoigner de l'hétérogénéité de la catégorie des communes : la géographie et, de manière assez évidente, les finances publiques. En effet, Poitiers et Limoges sont fortement urbanisées, contrairement aux deux autres, et elles disposent de ressources beaucoup plus importantes. Ces éléments objectifs témoignent de l'absence d'hétérogénéité au sein de la catégorie des communes.

Les autres catégories de droit commun – région et département – ne sont pas non plus homogènes, même si les écarts de populations demeurent moins flagrants. La loi du 16 janvier 2015 en fusionnant certaines régions métropolitaines a diminué les différences en termes de population. Les régions nouveau format ont entre 2,5 millions et 12 millions d'habitants au 1^{er} janvier 2019⁴. Avant la fusion, la plus petite région métropolitaine comptait un peu plus de 700 000 habitants, contre 12 millions pour la plus peuplée. Pour les départements, le moins peuplé, la Lozère, comptait moins de 100 000 habitants, contre plus de 2 millions d'habitants pour le plus peuplé, Paris. Au-delà des chiffres qui sont moins impressionnants que lorsque l'on compare des communes, un constat rassemble toutes les catégories de collectivités de droit commun : d'une part les collectivités peuplées sont les plus urbanisées, et d'autre part les collectivités les moins peuplées sont à grande majorité rurale. Les préoccupations des collectivités, et leurs priorités en termes de politiques publiques ne peuvent être les mêmes.

Pourtant, face à toutes ces différences, se présente un point commun irréfutable pour le juriste, toutes les communes, les départements et les régions de droit commun sont régis par les mêmes articles du Code général des collectivités territoriales : ces collectivités disposent des mêmes institutions – une assemblée délibérante et un exécutif élu en son sein – et des mêmes compétences.

Le droit français s'est partiellement construit sur le principe d'égalité : il a fondé l'abolition des privilèges la nuit du 4 août 1789 et est proclamé dès l'article 1 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Ce principe d'égalité se retrouve dans la devise de la République française : « *Liberté, Égalité, Fraternité* ». Et, depuis la décision du 27 décembre 1973, « *Taxation d'office* »⁵, ce principe possède une pleine valeur constitutionnelle, et s'impose au législateur. L'un des aspects liés à ce principe d'égalité est de mettre en place une égalité de traitement, afin de respecter l'idée d'égalité

³ Ces chiffres de population sont issus du dernier relevé de population légal, en 2016.

⁴ Ces données sont celles recueillies par l'Institut national des études démographiques (INED)

⁵ Conseil constitutionnel, n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*.

devant la loi. Cette tendance est très prégnante en droit des collectivités territoriales : chaque catégorie de collectivité sera traitée de la même manière, même si celle-ci présente des différences objectives qui pourraient justifier un traitement différencié.

Or, si du point de vue des institutions, des adaptations existent depuis longtemps déjà – le nombre de membres des assemblées délibérantes est déterminé en fonction de la population – du point de vue des compétences, toutes les collectivités de droit commun disposent des mêmes. La Constitution du 4 octobre 1958 donne au pouvoir législatif la capacité de fixer les compétences des collectivités territoriales :

« La loi détermine les principes fondamentaux :
[...]
de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ; »⁶

Depuis la loi du 2 mars 1982 qui marque le début de la décentralisation en France⁷, complétée par la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences⁸, les compétences attribuées aux entités décentralisées n'ont fait qu'augmenter. Cette augmentation s'accompagne d'une grande confusion. Le mode de répartition initial était fondé sur le principe inscrit à l'article 3 de la loi de 1983, la répartition dite par blocs de compétences :

« La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes, soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions ».

Ce principe a été codifié à l'article L. 1111-4 du Code général des collectivités territoriales. Pourtant, cette règle de répartition, dans la réalité, elle n'est pas appliquée : la répartition par bloc de compétence ne correspond pas réellement aux besoins des collectivités, ni à leur capacité réelle d'action.

Un autre principe semble plus adapté pour guider la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales : le principe de

⁶ Article 34 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁷ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (*JORF* du 3 mars 1982 p. 730).

⁸ Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'Etat (*JORF* du 9 janvier 1983 p. 215).

subsidiarité, inscrit depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 :

« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁹.

Or, ce principe apparemment favorable à une meilleure gestion et à une plus grande adaptabilité de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités dispose d'une protection moindre : le Conseil constitutionnel opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation – contrôle minimal – lorsqu'il est invoqué devant lui¹⁰, privilégiant ainsi les choix opérés par le législateur. La répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriale relève quasi exclusivement du bon vouloir du législateur, et se fait par le biais d'attribution de compétences, de l'État, ou d'une collectivité, vers une catégorie de collectivité, sans autre règle que celle du transfert des ressources préalablement attribuées à l'exercice de cette compétence¹¹.

Depuis le début des années 2000, chaque président de la République présente un projet de réforme d'ampleur des collectivités territoriale, qui doit permettre de renouveler ce domaine. Emmanuel Macron, actuel président de la République française, n'échappe pas à cette règle et dès les premières semaines de son mandat a annoncé vouloir réformer le droit des collectivités territoriales pour, d'une part, l'adapter aux réalités des territoires, et, d'autre part, introduire plus de concertation. Le point de départ de ce projet peut être situé au mois de juillet 2017, au cours duquel s'est tenue la première Conférence des territoires, instance de discussion entre l'Etat et les collectivités, afin d'associer les collectivités aux réformes qui les concernent, au moment de l'élaboration de celles-ci. Le Président de la République a, dans ce cadre, adressé un discours aux représentants des collectivités

⁹ Article 72 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰ CC, n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique : « *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » ; qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale »*

¹¹ Article 72-2 alinéa 4 : « *Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. »*

territoriales dans lequel il présentait les axes des réformes nécessaires à la bonne évolution de la décentralisation¹². Une des annonces d'Emmanuel Macron concerne l'expérimentation locale : il souhaite faciliter et élargir le recours à cette procédure pour, à terme, différencier la répartition et l'exercice des compétences en fonction des particularités territoriales.

Cette volonté politique d'adaptation du droit au territoire s'est traduite par des rapports et un projet de loi constitutionnelle au printemps 2018. D'une part, l'Assemblée nationale, élue en juin 2017, a décidé de la création d'une Délégation aux collectivités territoriale et à la décentralisation¹³. La première décision de la délégation a été la création en février 2017 de deux « missions flash », dont l'une portait sur l'expérimentation et la différenciation territoriale. Les conclusions de ce rapport ont été présentées par Arnaud Viala et Jean-René Cazeneuve le 9 mai 2018¹⁴.

D'autre part, un projet de loi constitutionnelle a été présentée en Conseil des ministres, le même jour, avant d'être déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Celui-ci, dans son article 15 proposait la modification de l'article 72 de la Constitution:

- Ajouter à l'alinéa 2 la phrase suivante : « *Dans les conditions prévues par la loi organique et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, la loi peut prévoir que certaines collectivités territoriales exercent des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie* ».
- Remplacer l'alinéa 4 par les dispositions suivantes : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou*

¹² H. PAULIAT, *Conférence nationale des territoires : Acte I, un pacte girondin*, in *La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales*, 2017, n° 29, 4.

¹³ Cette délégation a été créée par la Conférence des Présidents le 28 novembre 2017. Traditionnellement, les questions relatives aux collectivités étaient, au sein de la chambre basse, traitées par la commission des lois. Le Sénat, en tant que représentant des collectivités territoriales était jusqu'alors la seule institution législative au sein de laquelle une telle délégation existait.

¹⁴ Cette présentation a donné lieu à un rapport regroupant les deux missions flash : Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, *Missions flash sur la réforme des institutions : « Expérimentation et différenciation territoriale » et « Autonomie financière des collectivités territoriales »*, Rapport n° 912, XV^e législature, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r0912.pdf>

réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions».

Cette tentative de réforme constitutionnelle n'a pas abouti. La mise en cause d'un employé de la Présidence de la République et proche collaborateur d'Emmanuel Macron dans des brutalités policières commises le 1^{er} mai 2018 ont interrompu le travail des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat à l'été 2018, contraignant le gouvernement à abandonner temporairement son projet. La crise dite des « gilets jaunes » qui a agité la France à partir de novembre 2018 et qui a conduit à l'organisation d'un grand débat national, a contribué à une modification du projet de réforme constitutionnelle, présenté le 28 août 2019 en Conseil des ministres, et déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale¹⁵. Néanmoins, du point de vue de la création du droit à la différenciation, aucune modification n'a été apportée, hormis un changement de numérotation, la révision de l'article 72 est dans le nouveau projet prévue à l'article 10.

Quels sont les apports de cette réforme ? Constitue-t-elle réellement une révolution pour le droit des collectivités territoriales ?

La différenciation, par sa nouveauté, peut conduire à une révolution pour le droit des collectivités territoriales, pourtant, il n'est pas actuellement certain que la différenciation n'apporte un quelconque changement dans la répartition effective des compétences.

1. La différenciation, révolution pour la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales

La différenciation, telle qu'elle a été introduite dans le projet de révision constitutionnelle du 9 mai 2019 comprend deux volets, et est assorties de garanties, issues notamment de l'avis rendu en décembre 2017 par le Conseil d'État¹⁶. Avant la rédaction du premier projet de révision constitutionnelle, le gouvernement a interrogé la section de l'intérieur du Conseil d'État. Les conditions fixées par celui-ci ont été reprises pour constituer le cadre constitutionnel de la différenciation.

¹⁵ La discussion sur le projet de loi n'a pas, à la date du 28 septembre 2019, encore débuté.

¹⁶ Conseil d'État, Avis, 9 décembre 2017, n° 393651.

a) La différenciation dans la répartition des compétences

Le droit à la différenciation permettrait à une ou plusieurs collectivités d'une part, de prendre en charge la gestion de nouvelles compétences, et d'autre part, dans le cadre des compétences dont elle dispose, de moduler les règles de mise en œuvre. En d'autres termes, une commune pourrait demander qu'une compétence d'une autre catégorie de collectivité – département ou région – ou de l'État lui soit confiée. Elle serait alors la seule commune de son département, de sa région, et plus largement la seule commune de sa catégorie à posséder cette compétence. Par exemple, cette commune pourrait demander à gérer l'attribution du Revenu de solidarité active (RSA) en lieu et place du département, ou bien demander la gestion de l'ensemble des compétences éducation sur son territoire et ainsi récupérer la compétence de gestion des collèges attribuée à la collectivité départementale et la compétence de gestion des lycées de la région. Cette commune pourrait aussi demander à gérer, s'il en existe sur son territoire, les musées nationaux, compétence appartenant à l'État.

Il s'agit là de la première forme de différenciation, la différenciation dans les compétences, celle qui doit permettre de mettre en œuvre le principe de subsidiarité. En effet, celui-ci implique que la compétence soit attribuée au niveau qui l'exercera le plus efficacement. Cette condition fait parti des mises en garde émises par le Conseil d'État dans son avis du 9 décembre 2017.

Les 5 conditions sont les suivantes :

- Les compétences pouvant être transférées doivent être identifiées par la loi, et ne peuvent être transférées que si un intérêt général est démontré ou en cas de différence objective de situation ;
- Le transfert doit mettre en œuvre le principe de subsidiarité ;
- Le transfert ne doit pas remettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ;
- La collectivité qui « perd » sa compétence doit donner son accord au transfert ;
- Le transfert doit être financièrement compensé.

b) La différenciation dans les conditions d'exercice des compétences

La seconde possibilité de différenciation, est la différenciation dans les conditions d'exercice d'une compétence. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'attribuer

une compétence supplémentaire, les compétences restent identiques, mais les règles relatives à leur application varient. Une collectivité peut demander à modifier les dispositions législatives et réglementaires qui encadrent son action. Là encore, le Conseil d'État a émis plusieurs conditions :

- L'objet de la dérogation doit être limité et ne pas mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ;
- La dérogation ne peut être consentie que pour les compétences déjà attribuées par le législateur aux collectivités ;
- La dérogation ne doit pas contribuer à une rupture du principe d'égalité entre les personnes à qui sera appliquée la dérogation ;
- La dérogation doit être autorisée par le législateur ou le pouvoir réglementaire (selon le pouvoir compétent), qui pourra y mettre fin ;
- Les collectivités autorisées à déroger peuvent mettre fin à celle-ci sous réserve du respect des droits acquis.

Le droit à la différenciation dans l'exercice des compétences s'accompagne du maintien de la possibilité d'expérimenter. La collectivité peut demander à expérimenter les règles dérogatoires, et après cette période d'expérimentation, demander à conserver la dérogation.

Ces deux mesures représentent une chance pour les collectivités : la chance de faire valoir leurs particularités, mais également de devenir proactives dans la gestion des compétences qui leur sont déjà attribuées. En effet, l'un des reproches fait par les élus locaux, notamment à la suite des dernières réformes de la décentralisation, est leur jacobinisme : le pouvoir central décidant des modifications, sans prendre en compte les avis des collectivités. En inscrivant ce droit à la différenciation dans la Constitution, les collectivités ne seraient plus seulement destinataires des modifications, mais également à l'origine de celles-ci.

En inversant l'origine des réformes, ces nouvelles dispositions constitutionnelles permettraient une grande évolution du droit de la décentralisation. Pourtant, au-delà de l'apparence révolutionnaire de cette révision constitutionnelle, il semble que les résultats ne soient pas à la hauteur des promesses.

2. Le droit à la différenciation, leurre pour les collectivités ?

De nombreuses interrogations demeurent face au projet de réforme de l'article 72 de la Constitution, et de la manière dont il a été présenté. Il est présenté comme une révolution, un possible nouvel acte de la décentralisation. Or, deux questions doivent être soulevées : est-ce que la différenciation territoriale n'existe pas déjà dans le droit des collectivités territoriales ? Est-ce que telle qu'elle est présentée, la réforme présente une utilité ?

a) La différenciation existe-t-elle déjà ?

L'affirmation selon laquelle l'ensemble des collectivités territoriales d'une catégorie disposent des mêmes compétences est une caricature, ou plutôt une vision extrêmement théorique du droit des collectivités. Plusieurs réformes ont assoupli la répartition des compétences et créé une différenciation sans en donner le nom.

Les premières différenciations sont issues des lois littoral et montagne¹⁷, qui viennent prendre en compte les spécificités géographiques de certains espaces et leur besoin de protection. Ces lois ne sont cependant pas spécifiques aux collectivités, l'État territorial, et dans une moindre mesure les particuliers, sont également destinataires de ces législations particulières. Ces premières différenciations sont apparues au milieu des années 1980, et relèvent clairement d'une différenciation basée sur des critères objectifs.

Il faut attendre les années 1990 pour voir apparaître une différenciation de plus grande ampleur sous la forme de l'intercommunalité. J'évoquerai ici essentiellement l'intercommunalité à fiscalité propre, issue de la loi du 6 février 1992 dite loi ATR¹⁸, complétée par la loi du 12 juillet 1999¹⁹. Ces deux textes ont créé trois niveaux de structures intercommunales à fiscalité propre que sont les communautés de communes, les communautés d'agglomération et les communautés urbaines. Ces créations sont un vecteur de différenciation par opposition aux collectivités territoriales : la création de ces établissements publics s'appuie d'une part sur le niveau d'urbanisation et de population des communes et d'autre part sur la volonté des communes de se rassembler. En effet, la communauté d'agglomération, en 1999, pouvait être créée lorsque son périmètre comprenait au minimum 50 000

¹⁷ Loi n°86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (*JORF* du 4 janvier 1986 p. 200) et Loi n°85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne (*JORF* du 10 janvier 1985 p. 320)

¹⁸ Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*JORF* n° 33 du 8 février 1992 p. 2064)

¹⁹ Loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (*JORF* n° 160 du 13 juillet 1999 p. 10361)

habitants, avec une ou plusieurs villes centres de plus de 15 000 habitants²⁰, en dessous de ce seuil, une communauté de commune pouvait être créée, au-delà de 500 000 habitants, une communauté urbaine pouvait être créée.

Au fil des réformes du droit des collectivités territoriales, les seuils de création ont été modifiés²¹, l'appartenance à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre est devenue obligatoire et non volontaire²² et une nouvelle structure a été créée, la métropole²³. Mais le principe reste le même : la différence territoriale et de population implique une différence de structures et de compétences. En effet, plus la structure est importante, plus elle sera susceptible de prendre en charge des compétences en lieu et place des communes membres. Le transfert de compétence est de deux ordres : une partie des compétences devra obligatoirement être transféré à la structure intercommunale, et d'autres compétences, dont la liste limitative est fixée par le législateur pour lesquelles il est nécessaire d'avoir l'accord des communes membres, et la détermination d'un intérêt

²⁰ Une exception à l'exigence d'une commune centre était prévue, lorsque celle-ci était chef-lieu de département.

²¹ Aujourd'hui, un seuil a été fixé pour la création d'un établissement public de coopération intercommunale, dans un premier temps par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (*JORF* n° 0292 du 17 décembre 2010 page 22146) à 5 000 habitants, avant de passer à 15 000 habitants – avec le maintien d'une exception pour les zones de montagne où le seuil reste fixé à 5 000 habitants – à la suite à l'adoption de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (*JORF* n° 0182 du 8 août 2015 p. 13705). Concernant les communautés d'agglomération, les seuils n'ont pas évolué. Des exceptions ont cependant été ajoutées : lorsque l'établissement public de coopération intercommunale comprend le chef-lieu de département, le seuil de population est abaissé à 30 000 habitants. Concernant les communautés urbaines, le seuil a été abaissé de 500 000 habitants à 250 000 habitants, et ce seuil disparaît lorsque la commune centre de la communauté urbaine avait la qualité de chef-lieu de région avant la loi du 16 janvier 2015.

²² La loi du 16 décembre 2010 a initié une politique d'achèvement de la carte intercommunale, en donnant au préfet des pouvoirs particuliers de rattachement des communes dites isolées. Cette politique de rattachement d'office sera prolongée par la loi du 7 août 2015. Mais cette couverture intercommunale complète semble avoir perdu de son intérêt. La loi n°2019-809 du 1er août 2019 visant à adapter l'organisation des communes nouvelles à la diversité des territoires (*JORF* n° 0178 du 2 août 2019) donne la possibilité à une commune, issue de la fusion de l'ensemble des communes membres d'un établissement public de coopération intercommunale de ne pas rejoindre de nouvel établissement public de coopération intercommunale.

²³ La métropole est un établissement de coopération intercommunale à fiscalité propre créé par la loi du 16 décembre 2010, dont le régime a été modifié par la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (*JORF* n° 0023 du 28 janvier 2014 p. 1562).

communautaire.

À partir du moment où les intercommunalités disposent de compétences des communes, naît une différenciation négative : les communes ayant transmis leurs compétences à une communauté de communes ne disposent plus des mêmes compétences que celles qui ont transféré leurs compétences à une communauté urbaine. De même, entre deux communes membres de deux intercommunalités de même catégorie, les compétences peuvent être différentes, selon les choix de transfert opérés. Par exemple, les communes membres d'une communauté urbaine perdent certaines compétences automatiquement, par exemple la compétence création et extension des cimetières et crématorium ; un tel transfert, même non obligatoire, n'est pas envisagé pour les communes membres d'une communauté de communes. Une commune membre d'une communauté urbaine n'exercera plus cette compétence, alors qu'une commune membre d'une communauté de communes exercera la compétence. Autre exemple, dans le cas de deux communes membres de deux communautés de communes différentes. L'une peut avoir perdu la compétence « création, aménagement et entretien de la voirie », alors que l'autre l'aura conservée. Cette compétence faisant parti de la liste de celles pour lesquelles l'accord des communes membres et la reconnaissance d'un intérêt communautaire est exigé pour leur transfert.

L'intercommunalité ne modifie pas la répartition des compétences uniquement pour les communes. Les métropoles peuvent, par convention, exercer en lieu et place des départements, des régions et de l'État certaines compétences²⁴. Ainsi, au gré des intercommunalités présentes sur leur territoire et des conventions de transfert des compétences, les départements et régions ne disposent plus des mêmes compétences que l'ensemble des collectivités de leur catégorie. Le mode de transfert choisi dans le cadre de ces mouvements est la convention, et donc l'accord ponctuel entre les collectivités et l'établissement public qui va prendre en charge cette nouvelle compétence.

Ces modalités de répartition ont permis la création d'une forme de différenciation, l'ensemble des collectivités d'une même catégorie ne disposent déjà plus des mêmes compétences dans la réalité. La différenciation n'est cependant peut-être pas objective : dans le cas des transferts de compétence d'une commune vers une intercommunalité, l'ensemble des communes membres voient leurs compétences transférées, alors même qu'elles ne sont pas objectivement dans la même situation : Poitiers, commune la plus urbanisée et la plus peuplée n'est pas objectivement dans

²⁴ Ces conventions sont prévues par l'article L. 5217-2 du Code général des collectivités territoriales.

la même situation que La Chapelle-Moulière, 675 habitants, recouverte à 60% par la forêt... Pourtant, elles sont membres du même EPCI, et ont donc procédé aux mêmes transferts de compétences.

Il existe donc bien actuellement une différenciation dans les compétences des collectivités au sein d'une même catégorie, mais celle-ci ne serait sans doute pas aussi adéquate que celle proposée dans la réforme constitutionnelle. Une autre question se pose, est-il utile d'ajouter ce droit dans la Constitution ?

b) La différenciation sera-t-elle utile ?

L'un des reproches permanent fait au droit des collectivités territoriales est sa faible lisibilité. Cette critique est accentuée lorsqu'il est question de compétences. En effet, la succession de réformes n'a fait qu'augmenter le nombre de compétences attribuées aux collectivités, sans que celles-ci soient réellement lisibles. Le citoyen a dû mal à se repérer au sein de cet enchevêtrement, et de savoir à quelle institution s'adresse sa demande et sous quelles formes et conditions.

Néanmoins, lorsqu'il a pu identifier à quelle institution présenter sa demande, il y a de fortes chances qu'en tout point du territoire métropolitain il en soit de même ; il en va de même pour la forme et les conditions permettant l'obtention d'un avantage, une fois ces éléments identifiés, ils devraient être semblables, quel que soit le lieu de la demande. Or, en permettant aux collectivités de déroger aux règles de répartition des compétences, ou aux règles régissant l'organisation de compétences déjà attribuées par le législateur, le citoyen et plus largement la personne physique ou morale qui se trouve en situation de demande n'est plus assuré de la démarche à suivre en tout point du territoire métropolitain. Dans le cas de la modification des règles régissant l'organisation des compétences, le Conseil d'État a bien précisé que celles-ci ne doivent pas conduire à une rupture d'égalité entre les demandeurs. Mais sans aller jusque-là, le demandeur verra sa tâche se compliquer du seul fait de son déménagement.

A l'heure où les rapports publics pointent du doigt le taux élevé de non-recours aux prestations sociales et autres aides et où l'on souhaite simplifier les normes juridiques, il semble paradoxal de développer un outil qui risque d'aboutir à la complexification du droit des collectivités territoriales.

Autre élément à prendre en compte, le contexte économique de la France. Emmanuel Macron a été élu, notamment, sur un programme de réduction des dépenses publiques en général et de celles des collectivités territoriales en particulier. Cette volonté n'est pas nouvelle, elle est un leitmotiv depuis des années, les collectivités ont trop embauché de

personnel, elles dépensent trop d'argent, elles doivent être mises au régime. Loin de moi la volonté d'accréditer cette thèse, puisqu'après tout, plus on augmente les compétences de quelqu'un, plus il doit dépenser, et plus il a besoin de personnel, et il en va de même lorsque ses usagers/bénéficiaires augmentent. Ainsi, l'augmentation reprochée aux budgets des collectivités territoriales est partiellement liée aux transferts massifs de compétences, et de personnels qui ont eu lieu depuis 1983, mais également à l'augmentation de la population.

Actuellement, la politique de réduction des coûts conduit certaines collectivités à ne plus pouvoir assumer l'intégralité de leurs compétences, et ainsi à ne prendre en charge que leurs dépenses obligatoires, se privant d'investissement. Certes, la prise en charge d'une compétence serait compensée financièrement dans son intégralité. Le problème des compensations lors de transfert de compétence est que leur montant est rarement réévalué, l'évolution de la compétence pouvant la rendre, à plus ou moins long terme, trop coûteuse à conserver.

Dernier argument en défaveur de la différenciation : l'expérience de l'expérimentation. Celle-ci, ouverte par la réforme constitutionnelle de 2003 a connu un succès plus que mitigé. Peu de collectivités ont réellement fait la démarche de se lancer dans une expérimentation que ce soit expérimenter une compétence, ou ses conditions d'exercice, et parfois les deux en même temps. Plusieurs justifications existent à cette absence d'engouement pour l'expérimentation : la procédure trop lourde, l'origine étatique de l'expérimentation, l'absence de souplesse quant à la fin de l'expérimentation... Mais il faut également souligner que les collectivités peinent encore à maîtriser l'ensemble de leurs compétences. Les réformes du quinquennat Hollande ont fortement rebattu les cartes, redistribué les compétences, mais aussi redéfini le paysage géographique de certaines collectivités. Le droit des collectivités se remet à peine de ce tsunami, est-il apte à en subir une nouvelle tempête ?

Néanmoins, il semble qu'au-delà de la question juridique, la différenciation soit une volonté exprimée par les collectivités territoriales elles-mêmes comme en témoigne « L'Appel de Marseille pour les libertés locales », lancé il y a un an²⁵ par les présidents des associations des maires de France, des départements de France et des régions de France. Dans cette lettre ouverte, les associations représentant les collectivités françaises invoquent le droit à la différenciation. Plus largement, ce simple mode d'organisation des compétences fait parti d'un ensemble de mesures réclamées par les élus locaux pour donner le « pouvoir », ou du moins

²⁵ Cet appel a été lancé depuis Marseille le 26 septembre 2018.

partager le pouvoir entre l'État et les collectivités territoriales pour construire le devenir de la décentralisation.

La différenciation n'est peut-être pas une révolution juridique en tant que telle, en ce qu'elle existe partiellement dans le droit des collectivités. Mais elle pourrait faire partie d'une évolution importante du droit des collectivités, qui consisterait en une meilleure prise en compte de l'avis, et de l'expérience des collectivités territoriales dans la poursuite des réformes.

Bibliographie

Ouvrages:

- B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, 2018.
- M. VERPEAUX et L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, 2017

Articles de revues:

- V. DE BRIANT, *Le droit à la différenciation territoriale : entre totems et tabous*, in *AJCT*, 2018, 233.
- G. LECHATELIER, *La différenciation entre collectivités territoriales : le Conseil d'État définit la marche à suivre par le gouvernement*, in *AJCT* 2018, 207.
- L. ERSTEIN, *Collectivités territoriales : des compétences à géométrie variable*, in *La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales*, 2018, n° 10, 5.
- E-P. GUISELIN, *Le quinquennat du président Macron et la décentralisation : inflexions ou « Révolution » ?*, in *La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales*, 2019, n° 29, 19.
- E. MAUPIN, *La réforme constitutionnelle de nouveau en marche ?*, in *AJDA* 2019, 1668.
- M-C DE MONTECLER, *Différenciation territoriale : le oui mais du Conseil d'État*, in *AJDA* 2018, 468.
- H. PAULLAT, *Conférence nationale des territoires : Acte I, un pacte girondin*, in *La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales*, 2017, n° 29, 4.
- A. PELRAN, *Expérimentation et différenciation territoriale : les propositions*

de la mission flash de l'Assemblée nationale, in La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales, 2018, n° 21, 2.

Avis du Conseil d'État:

- Conseil d'État, Section de l'intérieur, 9 décembre 2017, n° 393651, Avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice de ces compétences.
- Conseil d'État, Section de l'intérieur, 3 mai 2018, n° 394658, Avis sur un projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.
- Conseil d'État, Section de l'intérieur, 20 juin 2019, n° 397908, Avis sur un projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique.

Tommaso Pellegrini

Le principe de la réparation intégrale du préjudice dans le projet français de réforme de la responsabilité civile

Le projet de réforme de la responsabilité civile française de mars 2017 semble codifier le principe de la réparation intégrale du préjudice. En formulant la possibilité de cumuler l'indemnisation en nature avec l'indemnisation par équivalent monétaire, l'article 1259 indique clairement la « réparation intégrale du préjudice » comme étant l'objectif d'un tel cumul. L'article 1258 devrait être la disposition qui prévoit cette réparation intégrale¹. La dernière phrase est claire : pour la victime, la réparation ne doit déterminer « ni perte ni profit »². Ce qui précède cette phrase est moins clair en revanche. Replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu (pour citer la norme mot pour mot), cela pourrait être synonyme de réparation intégrale si l'idée est entendue au sens large, au sens d'un rétablissement déconnecté de sa possibilité matérielle. Si, en revanche, nous entendons le rétablissement dans un sens plus précis - rétablissement effectif - le résultat est la configuration d'une règle similaire au § 249 BGB, qui n'impose pas de réparation complète³, car il n'est pas appliqué en cas de coûts excessifs (§ 251 BGB) et ne couvre pas l'ensemble du domaine indemnisable, tant et si bien que le manque à gagner est soumis à une autre norme (§ 252 BGB).

Un détail dans le libellé de l'article 1258 peut conduire à cette deuxième voie. « Autant qu'il est possible », lit-on dans la norme qui associe ainsi la réparation à un aspect matériel, parce que ce n'est qu'en référence à

¹ J.S. BORGHETTI, *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 773; M. BACACHE-GIBEILL, *Obligation de minimiser le dommage*, in *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, dir. B. MALLET-BRICOUT, Paris, 2018, 104.

² C'est à dire, le responsable « doit réparer "tout le dommage", mais "rien que le dommage" », G-VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², in *Traité de Droit Civil*, Paris, 2001, 113.

³ L'opinion de U. MAGNUS, *Droit Allemand*, in *La réparation intégrale en Europe; études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, 2012, 94 est différente.

un aspect matériel qu'il est logique de poser une question de possibilité. Quand le rétablissement sera-t-il « moins possible » ? Pour que la lecture de la règle soit interprétée comme l'expression d'une réparation intégrale, la réponse ne peut porter sur l'indemnisation intégrale du préjudice non économique⁴, une indemnisation qui peut être entendue comme un rétablissement exclusivement métaphorique et qui, par conséquent, souffre d'un taux d'inexactitude quant à la quantification de la « totalité » qui n'existe pas dans le préjudice économique. Cela pourrait justifier la nécessité d'inclure un « autant que possible » dans le but de qualifier sa réparation comme intégrale. S'il s'agit bien de l'approche exacte, il convient donc de noter que le réformateur français parle de deux manières différentes du principe de la réparation intégrale selon que le préjudice à indemniser est économique ou non⁵ : dans le premier cas, il s'agit d'une véritable règle de quantification, dans le second, il s'agit plutôt - à première vue - d'un critère informel et fluctuant. Disons « à première vue » car nous aurons l'occasion de vérifier certaines conséquences opérationnelles précises que le principe de la réparation intégrale a déjà rencontrées, dans la jurisprudence française, en matière d'atteinte à la santé.

Mais le principe de la réparation intégrale découle aussi d'autres normes. L'article 1235 du projet, par exemple, ne dit pas que le responsable doit réparer le préjudice, mais qu'il doit réparer tout le préjudice ; et ce « tout » semble dire que la réparation doit être complète. Plus important encore, il me semble que le système conçu par les anciens articles 1149 et suivants a été abandonné ; un système qui avait également résisté à l'ordonnance de 2016⁶, devenant les articles 1231-2 et suivants du cadre actuel ; des articles que la nouvelle réforme, à son tour, affirme explicitement entendre supprimer⁷. L'art. 1231-2 prévoit une indemnisation générale pour les dommages et intérêts « sauf les exceptions et modifications ci-après », c'est-à-dire, en ce qui nous concerne, la limite de prévisibilité et celle de la « suite immédiate et directe » en cas d'inexécution due à une faute lourde ou

⁴ G-VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 115-116. Pour l'Italie voir C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517 ss.

⁵ En Italie G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparaazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, édité par S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 186 ss. a observé que le principe de la réparation intégrale peut avoir différentes significations selon le préjudice – économique ou non économique – qu'il doit réparer.

⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁷ Article 1^{er} du projet : « Sont abrogés les articles 1231 à 1252 ».

dolosive. Cette dernière règle a longtemps été considérée comme applicable à la responsabilité extracontractuelle. Aucun dommage ne peut donc, dans le système actuel, échapper au champ d'application des articles 1231-3 et -4 et s'il s'agit expressément d'exceptions à la réparation intégrale du dommage, comme indiqué dans l'article 1231-2, le principe de la réparation intégrale sera peu pris en compte dans le système français en vigueur, du moins en s'en tenant aux dispositions de la loi⁸.

Compte tenu de ce qui précède, la disparition de la limite des conséquences immédiates et directes de ce projet de réforme devient - peut-être - la conséquence de l'affirmation du principe de la réparation intégrale. Dans la réforme, la limite de la prévisibilité du préjudice contractuel demeure (art. 1251), mais le cas d'inexécution due à une faute lourde ou dolosive – ainsi que le préjudice non contractuel – relève des articles, déjà cités, 1235 et 1258 du projet. Après deux cents ans de service⁹, le critère des conséquences immédiates et directes serait écarté du code et ainsi – pourrait-on penser – les études sur la responsabilité pourraient enfin se libérer de la délicate affaire des vaches contaminées de Pothier¹⁰, sur laquelle des générations de savants se sont penchées. Les érudits français et italiens, d'ailleurs, parce que le code italien avait littéralement copié le critère des conséquences immédiates et directes¹¹.

Je ne suis pas convaincu par cette conclusion.

Si l'on admet que le principe de la réparation intégrale ne suffira pas à permettre à l'agriculteur de Pothier d'être sûr qu'il sera indemnisé pour la perturbation économique qui conclut le fameux exemple des vaches, il est facile de supposer que dans les commentaires la plupart des problèmes posés par les conséquences « immédiates et directes » devra seulement changer d'endroit, sans pour autant changer de nature¹².

Je vais préciser l'idée en commençant par esquisser la signification réelle du principe de la réparation intégrale¹³. En lisant un traité français bien connu,

⁸ Nous soulignons que dans la littérature, il est facile de rencontrer ceux qui croient que seule la responsabilité extracontractuelle suit le principe de la réparation intégrale (v. p.ex. P. LE TOULOUSE-L. CADIEU, *Droit de la responsabilité*, Paris, 1996, 109).

⁹ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1^{er}, Paris, 1764, 176 ss. et surtout 191 ss.

¹⁰ H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*⁶, Paris, 1970, réimpression BadFeilnbach, 2000, t.2, 782-783.

¹¹ Il se trouve à l'article 1223 du Code civil italien.

¹² V. p. ex. M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage*, cit., 105: « la réparation intégrale se mesure en contemplation, non du dommage subi, mais du dommage causé ».

¹³ Je précise que je ne suis pas d'accord avec la double signification que le principe de la réparation intégrale peut avoir selon F. LEDUC, *La conception générale de la réparation*

ce principe semble avant tout s'opposer à une quantification forfaitaire du dommage dans le but de modérer les effets de la responsabilité¹⁴. En liant l'affirmation de ce principe à la disparition des conséquences immédiates et directes, on finit par considérer cette disparition comme la conséquence – pour le moins tardive – de l'élimination dans le Code de 1804 de l'art. 47 du projet de code dit du 24 thermidor de l'an VIII (donc 1797). Cet article disait : « le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur »¹⁵. La prémisse historiquement intéressante, mais maintenant répréhensible, qui justifie ce cadre est que le critère des conséquences immédiates et directes est l'expression de la même modération supprimée du Code en 1804¹⁶. La prémisse est intéressante parce que c'était, peut-être, le cas pour Pothier, qui pouvait ne pas être intéressé par la configuration d'une règle rigide de détermination des dommages car reconnaissant à son système, en général, des marges de modération. La prémisse est critiquable car ce ne sera pas le cas, cependant, des commentateurs suivants qui ont continué à torturer l'exemple des vaches, pour obtenir une règle concrète de délimitation du dommage indemnisable. Nous voulons dire que, si la règle des conséquences immédiates et directes pouvait revêtir dans le passé un trait vaguement équitable, cela semble ne plus être le cas dans les traitements plus récents ; des traitements qui ne peuvent donc pas être bouleversés par l'affirmation du principe de la réparation intégrale comme interdiction de la modération judiciaire du dommage. Bien sûr, on ne peut pas nier, en l'état actuel de la science, le manque de clarté du fonctionnement de ces « conséquences immédiates et directes », mais ce n'est pas un problème que le principe de la réparation intégrale semble pouvoir résoudre.

intégrale, cit., 31 : « la question qui se pose est celle de savoir si la réparation intégrale se rapporte au dommage concrètement subi par la victime (ce qui relève du fait) ou au dommage juridiquement réparable (ce qui relève du droit) ». Cette deuxième hypothèse, en effet, ne nous paraît pas être l'expression du principe de la réparation intégrale mais, plus banalement, de la sujétion du juge à la loi.

¹⁴ G. VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 113 ss.

¹⁵ Projet de code civil, présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor de l'an 8, Paris, 1801, 239. Vous pouvez encore parfois lire que le « pouvoir souverain » du juge pour la quantification « fonde [...] l'équivalent d'un pouvoir modérateur qui a toujours existé dans le droit de la responsabilité depuis l'ancien régime » (P. MALAURIE-L. AYNÈS-P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*⁸, Paris, 2016, 143). Puor F. LEDUC, *La conception générale de la réparation intégrale*, cit., 29 il n'y a pas de pouvoir général de modération en France.

¹⁶ En Italie, la question est traitée par M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980, 165-166.

L'éventuel classement de certaines dispositions spécifiques de ce projet de réforme sous le principe de réparation intégrale est le cœur du problème. Étendons le discours à trois autres normes : les articles 1254 (deuxième paragraphe), 1263 et 1268 du projet. Le premier article stipule, lors de la réduction de l'indemnisation du fait d'une négligence concurrente de la partie lésée, que « en cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ». Le deuxième article prévoit l'obligation de limiter les dommages « sauf en cas de dommage corporel ». Le troisième article se trouve dans la sous-section des règles spéciales du dommage corporel - et dit : « Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable ».

Ces trois normes structurent le régime spécial qui protège les dommages à la santé¹⁷, et il est intéressant selon moi de noter deux choses. La première : deux de ces trois règles sont déjà un droit vivant précisément parce que – on peut le lire dans les sentences de la Cour de cassation française – le principe de la réparation intégrale existe¹⁸. La seconde est que, une fois le lien avec le principe en question accepté, ce principe a l'effet sans précédent d'orienter la causalité juridiquement pertinente vers la seule cause attribuable au défendeur. En fait, ces trois règles sont, de façon abstraite, toutes concours de causes, et sont réglées par voie législative de la façon qui convient le mieux à la victime¹⁹.

Il est cependant facile d'indiquer à quel point il est contradictoire d'attribuer cet effet au principe de la réparation intégrale²⁰. Si ce principe était, en fait, aussi général qu'on le dit, il ne pourrait pas produire une discipline particulière se référant exclusivement aux dommages à la santé. Nous remarquons toutefois que l'exclusion de l'obligation d'atténuer les dommages corporels pourrait avoir peu à voir avec la réparation intégrale et

¹⁷ Similaire est l'idée de S. PORCHY-SIMON, *La réparation du préjudice moral:quelles limites?*, in *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, cit., 151 ss. Une allusion à quelques « règles de réparation différentes selon que le préjudice porte atteinte à un intérêt plus ou moins essentiel de la victime » est également proposée par G. VINEY, *L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 1380.

¹⁸ À titre d'exemple, pour l'art. 1263, voir Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 septembre 2016, 15-83.309, Publié au bulletin ; pour l'art. 1268 Cour de cassation, Chambre civile 2, 19 mai 2016, 15-18.784, Publié au bulletin

¹⁹ Dans la même perspective, on peut lire l'art. 1240 du projet: « Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé ».

²⁰ V. M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage*, cit., 102 ss., 104 ss.

beaucoup à voir avec – et il s’agit là d’une autre argumentation qui se trouve dans les sentences – le libre choix de suivre un traitement médical²¹, ainsi que le manque de pertinence de l’état pathologique passé, qui pourraient être le signe d’une réticence à traiter une responsabilité partagée, une réticence générale et pouvant donc également agir en référence à des dommages autres que les blessures corporelles. Dans le but d’encadrer la règle de l’art. 1254 II du projet, je trouve plus cohérent, cependant, que les trois règles mentionnées trouvent la raison commune dans l’établissement d’un système dont l’objectif est d’assurer une aide efficace à la personne ayant subi des lésions corporelles, quelles que soient les petites choses ayant causé le dommage. Des petites choses qui structurent beaucoup de discours plus ou moins liés à l’affaire des vaches de Pothier et qui forment ensuite la base des différentes qualifications de causalité pertinente pour la détermination du dommage indemnisable : régulier, efficace, spécifique, normal et ainsi de suite. Ceci étant, pour en revenir au thème de l’opposition entre le critère des conséquences immédiates et directes et le principe de réparation intégrale, je vois ici la vraie alternative entre les deux constructions. Cependant, le sujet étant de nature très particulière, cette alternative devrait conduire à la configuration d’une réparation intégrale du seul préjudice à la santé, établissant ainsi un système qui voit non loin des « intérêts significatifs » protégés par la loi, d’autres intérêts « encore plus importants », dont la protection est renforcée par la modification des règles générales régissant la détermination du préjudice indemnisable²².

S’il faut donc voir un principe novateur dans ce projet de réforme, ce n’est pas celui de la réparation intégrale qui, comme on l’a vu plus haut, ne permet pas d’éliminer les problèmes du lien juridiquement pertinent entre un fait dommageable et ses conséquences, mais celui de la réparation intégrale du préjudice à la santé²³, dont l’existence même réduit d’ailleurs, si tant est qu’elle ne le nie pas tout à fait, la cohérence du même principe

²¹ M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage*, cit., 99 ss. qui cite également une décision de la Cour de cassation de 1997 (in *RTDciv*, 1997, 675 ss, obs P. Jourdain) qui déclare que « qu’il résulte de l’article 16-3 du Code civil que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ». En Italie, surtout P. RESCIGNO, *Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Asquini*, IV, Padova, 1965, 1639 ss.

²² S. PORCHY-SIMON, *La réparation du préjudice moral: quelles limites?*, cit., 148 parle de « une hiérarchie entre les différents types de dommage ».

²³ V. S. PORCHY-SIMON, *La réparation du préjudice moral : quelles limites ?*, cit., 148: ce projet de réforme contribue « à conférer ce type de dommage un caractère quasi-sacré, s’expliquant par le fait que, dans notre société actuelle, le corps est sacré et son atteinte justifie la compassion de tous ».

exprimé dans une clé générale²⁴.

Il y a cependant quelques raisons de se méfier du système de ces trois articles du projet de réforme. Nous pouvons lire par exemple, dans leur fonctionnement, la simple élection d'un bouc émissaire appelé à remplacer – dans le cas où le préjudice à la santé ne conduit pas à la mort – un système de prévoyance sociale en cours de réorganisation: un nouveau type d'assistance sociale répartissant ses coûts à la façon d'une loterie, en faisant peser sur le défendeur les variables de l'état précédent de la partie lésée, sa réticence à atténuer le dommage ou sa contribution, si elle n'est pas grave, à la production de l'événement. Les effets de la loterie sont atténués par le système d'assurance obligatoire²⁵ dont relèvent la plupart des cas de préjudices à la santé ; un système d'assurance qui à son tour ne nie pas, mais soutient, la lecture de ces trois articles non comme un renforcement de la protection de la santé individuelle, mais comme une bizarre « privatisation » de celle-ci.

Cependant, il faut dire que ces raisons ne seraient même pas concevables si les règles examinées n'existaient pas. Elles ont, en effet, le mérite de rendre visible la logique qui sous-tend des pratiques largement répandues dans les tribunaux français et italiens. Limitons-nous à rappeler deux décisions de la Cour suprême italienne : l'une de 1996²⁶ et l'autre de 2000²⁷. Dans les deux cas, il y a un suicide à la suite d'un événement traumatique, dans le premier cas il s'agissait d'un accident de la route ; dans le second cas d'une maladie contractée sur le lieu de travail. Dans le premier cas, le suicide survient en même temps que l'accident ; dans le second cas, le suicide survient quelques années plus tard. Les deux suicides pourraient s'inscrire dans une situation de dépression latente (et dans la première sentence, nous lisons qu'il y a une « prédisposition particulière [de la victime] à réagir de manière disproportionnée aux événements traumatiques »). Le deuxième suicide aurait été évité si la victime avait suivi le traitement antidépresseur prescrit. Si la Cour suprême italienne avait eu à sa disposition les deux articles de la réforme sur la non-pertinence de l'état précédent de la victime et sur l'absence de limitation du préjudice, elle les aurait certainement utilisés. Ce qui est intéressant dans ce raisonnement est que l'absence de telles règles n'a pas empêché le tribunal italien d'obtenir le même résultat, simplement en

²⁴ V. G-VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 119: « la règle de la réparation intégrale ignore totalement [la] hiérarchie des besoins ».

²⁵ Une référence à la relation entre l'assurance et le principe de la réparation intégrale se trouve également dans G-VINEY-P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 116.

²⁶ Cass., 7 février 1996, n. 969. V. R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 217.

²⁷ Cass., 23 février 2000, n. 2037. V. R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit. 219, nt. 125.

déclarant qu'il existe un lien (direct et immédiat) de conséquence entre les deux événements et la conséquence qui en a découlé. Nous sommes donc confrontés au grand problème des conséquences immédiates et directes. Les opposants et les partisans d'une telle décision s'interrogeraient sur l'existence ou pas d'une relation aussi immédiate et directe ; et c'est un débat qui ne peut mener nulle part²⁸. À mon avis, ceux qui y sont opposés et ceux qui y sont favorables devraient plutôt être confrontés à ce qui me semble être la véritable raison de ces décisions, c'est-à-dire la protection renforcée de l'intégrité psychophysique que celle que nous avons définie comme base des trois règles de la réforme française.

Bref, nous pouvons trouver cachés sous le critère des conséquences immédiates et directes, des *ratio decidendi* – c'est-à-dire des motifs de sentence – dont un dévoilement d'abord, puis, si nécessaire, une légitimité législative est souhaitable. Cela semble indiquer la création d'un système de détermination et de quantification ponctuelle en mesure d'adapter des solutions différentes à cas différents. Nous voulons dire que dans l'état actuel du monde, il n'est pas surprenant que les préjudices à la santé puissent être considérés comme différents – et évalués différemment, comme le propose la réforme française – du manque à gagner et que les deux puissent trouver un système de quantification qui les distingue du dommage à un bien matériel ; tout comme les préjudices peuvent ouvrir la voie à une règle quantitative différente s'ils surviennent dans le domaine de la consommation, où les indemnités deviennent une charge pour la production qui se reflète sur le prix du produit ou des relations économiques entre grandes sociétés.

Il est également facile d'imaginer que le système de Pothier – c'est-à-dire l'actuel système italien et français – pourrait facilement fonctionner dans l'économie marchande du XVIIe siècle, mais il faut aujourd'hui le revoir à la lumière de l'organisation économique industrielle et de la place centrale que la responsabilité extracontractuelle et la protection de l'individu ont acquise avec le temps. Si nous n'avons pas réalisé combien les règles de quantification peuvent aujourd'hui être insuffisantes face aux différents contextes dans lesquels elles sont appelées à fonctionner, c'est uniquement parce que la petite et vague indication concrète qu'elles contiennent a pris la forme d'une délégation totale au juge qui ne voit donc aucune limite au déploiement de son propre sentiment de justice, évidemment au détriment de la calculabilité de la décision et de l'application certaine du droit.

Une discipline analytique de quantification semble exister, dans une

²⁸ Un des premiers à formuler clairement cette idée, en Italie, est E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, 77. V. aussi M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 14 ss.

certaine mesure, dans le système exprimé par cette réforme française. Un peu moins d'une vingtaine de normes réglementent en détail les préjudices à la santé dans les termes décrits, le moment de la quantification (art. 1262), l'importance ou non des profits dits collatéraux (art. 1273 et suiv.), la modalité d'indemnisation du dommage corporel (art. 1272), sa quantification (articles 1269 et suivants), la quantification d'un dommage matériel (articles 1278-1279), la quantification du dommage causé par une "perte de chance" (article 1238, deuxième alinéa), puis les dommages dus à un accident de la circulation (articles 1287-1288) et la réparation du préjudice écologique (articles 1279-4 et suivants). Un système assez éloigné, il est aisé d'en conclure, de la seule règle dont le système pourrait être composé en vertu d'un « principe de réparation intégrale » global et non mieux défini.

Elenco degli Autori

BEGUEDOU HODALO PRENAM

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (CECOJI EA 7353), Université de Poitiers

CAVALIERE MARTINA

Dottoranda XXXIII ciclo, Università degli Studi Roma Tre

CHASSAGNE CÉCILE

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (OMIJ EA 3177), Université de Limoges

CHEVEREAU CLÉMENT

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (IHD EA 3320), Université de Poitiers

CINQUE ALBERTO

Dottorando XXXIII ciclo, Università degli Studi Roma Tre

CORSETTI CLAUDIO

Dottorando XXXIII ciclo, Università degli Studi Roma Tre

JORGJI KOSTANCA

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (OMIJ EA 3177), Université de Limoges

MONDONNET ROMANE

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (IDP EA 2623), Université de Poitiers

MULEO ROMANE

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (ISC-EPRED EA 1228), Université de Poitiers

PELLEGRINI TOMMASO

Ricercatore t.d., Università degli Studi Roma Tre

PONTECORVI ANDREA

Dottorando XXXIV ciclo, Università degli Studi Roma Tre

RADUCANOU FRANÇOIS-XAVIER

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (ERDP EA 1230), Université de Poitiers

TRISOLINO LUIGI

Dottorando XXXIV ciclo, Università degli Studi Roma Tre

VILLALONGA FLORIAN

École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat (OMIJ EA 3177), Université de Limoges

Il 26 settembre 2019 si è svolta nell'Università di Poitiers la seconda edizione del seminario dottorale italo-francese promosso dal Dottorato di ricerca in Discipline giuridiche dell'Università degli Studi Roma Tre e dall'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat delle Università di Poitiers e Limoges. Attorno alle “nuove prospettive del diritto: temi, metodi e storiografia in Italia e in Francia” si è sviluppato un dialogo ricco, vivace e assai interessante tra diverse culture giuridiche, aperto a tutte le discipline del diritto: i giovani studiosi che lo hanno animato hanno, così, avuto l'occasione di incontrarsi, conoscersi e presentare i risultati delle loro ricerche. Questo volume, che raccoglie gli atti del seminario, è la concreta testimonianza dell'importanza del confronto culturale interdisciplinare, momento fondamentale di formazione e di crescita, oltre che di affinamento dell'attività di ricerca.

Giuseppe Grisi è professore ordinario di Istituzioni di diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, dove coordina il Dottorato di ricerca in Discipline giuridiche e dirige il Master di II livello in “Responsabilità della p.a. e del pubblico funzionario”. È autore di monografie e saggi. È tra i soci fondatori dell'Unione dei privatisti.

Federica Rassu è maître de conférences in Diritto pubblico alla Faculté de Droit et de Sciences sociales della Université de Poitiers, associata all'Institut de Droit Public (IDP – EA2623) dove codirige l'asse di ricerca Ordres juridiques. È codirettrice del Master II Jurilinguisme e responsabile del seminario dottorale dell'École doctorale Droit et Science Politique Pierre Couvrat con l'Università Roma Tre.