

SOMMAIRE

Partie I

La dimension relationnelle de l'altérité : le respect de l'anticipation légitime d'autrui

Titre I – L'anticipation légitime d'autrui, principe synthétique de la relation contractuelle

Chapitre I – Un paradigme contesté, l'autonomie de la volonté

Chapitre II – Une controverse dépassée par le respect de l'anticipation légitime d'autrui

Titre II – L'anticipation légitime d'autrui, principe analytique de la relation métacontractuelle

Chapitre I – L'altérité, une exigence de sécurité mue par le droit

Chapitre II – L'altérité, l'exigence d'un droit mû en sécurité

Partie II

La dimension identitaire de l'altérité : la reconnaissance du sujet de droit

Titre I – L'échec de la réception : l'altérité à l'épreuve de la personnalité juridique

Chapitre I – La défiance civile et conventionnelle à l'égard de l'altérité

Chapitre II – La défaillance pénale à l'égard d'autrui

Titre II – L'essor de la réception : autrui comme sujet de droit

Chapitre I – Le sujet de droit, une technique vecteur d'altérité

Chapitre II – Les sujets de droit tels que révélés par l'altérité

*Qu'il me soit permis de remercier Madame Sylvie Cimamonti
pour la bienveillance avec laquelle elle a dirigé cette thèse*

«La justice a pour but de régler nos rapports avec autrui, et cela de deux manières : soit avec autrui considéré individuellement, soit avec autrui considéré socialement, c'est-à-dire en tant que le serviteur d'une communauté sert tous les hommes qui en font partie. Sous ce double aspect la justice peut intervenir selon sa raison propre. Il est manifeste, en effet, que tous ceux qui vivent dans une société sont avec elle dans le même rapport que des parties avec un tout. Or la partie, en tant que telle, est quelque chose du tout ; d'où il résulte que n'importe quel bien de la partie doit être subordonné au bien du tout. C'est ainsi que le bien de chaque vertu, de celles qui ordonnent l'homme envers soi-même, ou de celles qui l'ordonnent envers d'autres individus, doit pouvoir être rapporté au bien commun auquel ordonne la justice. De cette manière les actes de toutes les vertus peuvent relever de la justice en ce que celle-ci ordonne l'homme au bien commun. Et en ce sens la justice est une vertu générale. Et parce que c'est le rôle de la loi de nous ordonner au bien commun, nous l'avons vu, cette justice dite générale est appelée justice légale : car, par elle, l'homme s'accorde avec la loi qui ordonne les actes de toutes les vertus au bien commun»¹.

¹ Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II IIæ, question 58 art. 5, réponse, éd. Cerf, 1984, p. 387.

INTRODUCTION

*« Zeus, craignant que notre race ne fût
détruite en sa totalité, envoya Hermès porter aux
hommes la retenue et la justice, pour qu'ils soient les
parures des cités et les liens de l'amitié qui rassemblent »¹.*

1. Méthode. Si l'altérité peut aisément être présentée telle une constante en sciences humaines, l'étude de sa réception juridique ne saurait être entreprise sans que soit, au préalable, exposée sa conceptualisation philosophique. Transposer² une telle notion dans le domaine juridique commande en effet d'en appréhender le corpus l'ayant systématisé fût-il particulièrement complexe. Ce n'est qu'en ayant affronté et surmonté la difficulté inhérente à son acception qu'il pourra être proposé de recevoir l'altérité sur la scène du droit telle une relation juridique établissant l'identité de l'humain.

I - Prélude

2. L'altérité comme paradoxale évidence : *ubi societas, ibi ius*. Il semble aisé de mettre en exergue l'ambivalence de l'altérité. En définissant ce concept comme la qualité de ce qui est autre³, les lexiques sont amenés à faire d'autrui « celui qui n'est pas la même personne »⁴. Apparaît alors l'ambiguïté puisque l'on rattache l'altérité à une séparation dans le semblable ; car si l'autre n'est pas moi, il est comme moi, une personne. L'altérité d'autrui renvoie ainsi à une qualité instituant une nette séparation au sein d'un milieu partagé. C'est dire la paradoxale épreuve qu'impose cette notion : il est constamment rappelé au sujet qu'autrui est un être séparé, donc différent, mais inclus dans un ensemble plus vaste qui transcende la particularité de l'être pour ne retenir que les traits communs à un groupe ; le moi est exposé à un conflit constant entre un autre inaccessible dans son individualité et une altérité véhiculant une similitude salvatrice.

¹ Platon, *Protagoras*, 322d, Trad. L. Brisson, Flammarion.

² Adapter le contenu d'une œuvre, un thème à un contexte différent, dans une forme différente ou encore transfert, sous une forme adaptée, des méthodes ou des techniques d'un domaine dans un autre (Dictionnaire Trésor CNRS).

³ V. notamment Dictionnaire Trésor du CRNS et le Littré.

⁴ Dictionnaire Trésor du CRNS et le Littré.

L'identité du sujet semble alors prise entre deux flots semblant poursuivre des caps opposés¹. L'étymologie paraît confirmer une telle perspective puisque, en latin, *alter* désigne le deuxième élément d'un ensemble de deux éléments² ou plus³, un élément du même type chez Cicéron⁴, voire la partie adverse à travers l'expression « *altera pars* »⁵.

Dès lors, si, *a priori*, l'épreuve de la finitude s'apparente à un conflit opposant *ego* et *alter*, il reste possible d'envisager une conception de l'altérité ne se présentant plus telle une divergence. L'altérité peut se montrer salubre si elle est appréhendée à travers la complémentarité que véhicule son ambivalence. Elle peut être perçue, avant tout, comme un lien indéfectible entre le sujet et la société à laquelle il appartient, relation qui ne saurait, néanmoins, être de nature à nier la particularité, la spécificité de l'être dans son individualité. Ainsi présentée, l'altérité ne constituerait pas une remise en cause perpétuelle de l'identité du sujet, mais procéderait, bien au contraire, à sa valorisation.

Cette double perspective de l'altérité, l'une angoissante, l'autre rassurante, ne peut que se retrouver dans le monde du droit.

Par l'activité juridique, l'on peut effectivement séparer les acteurs juridiques en opposant leurs intérêts et en favorisant certains à d'autres : le possesseur peut parfois l'emporter sur le propriétaire, l'acheteur sur le vendeur, la victime sur le délinquant... ou inversement. Entre l'un et l'autre, le droit définit et régit des relations dont le terme, le conflit, peut s'achever par une décision de justice. Le droit est alors primitivement altérité en ce qu'il sépare les intérêts pour mieux les rassembler sous son égide : le droit s'applique à tous dans la reconnaissance d'intérêts déterminés. Cependant, au-delà d'une nature conflictuelle, le droit permet également de rassembler des êtres différents : en établissant une filiation, en réglementant le mariage, en encadrant la personne morale ou le contrat, le droit rappelle, pareillement, que les citoyens peuvent avoir des intérêts convergents. La différence n'est donc pas systématiquement synonyme de divergence, loin s'en faut : la convergence dans l'altérité, présumée par l'ensemble auquel appartiennent tous les êtres, justifie que le droit n'appréhende pas essentiellement ses sujets

¹ Mme Mathieu-Izorche observe pareillement cette ambivalence : « Qu'est-ce que l'altérité ? C'est dit-on le caractère de ce qui est autre. En cela, elle s'oppose à l'identité. Et pourtant elle contribue à la construire ». Car les sujets ressemblent à l'individu « et leur existence lui fait percevoir sa propre appartenance à l'ensemble des sujets » : « L'altérité », in Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée, 2005, p. 59.

² Plaute, *Poenulus*, 919 in *Thesaurus linguae Latinae* (TLL), K. G. Saur Verlag, s.v., 1742, 48. Très proche Accius considère qu'*alter* désigne le reste d'un ensemble dont un élément a déjà été considéré (Accius, *Tragédies*, 345 in TLL, 1737, 64).

³ Plaute, *Mostellaria*, 778 in TLL s.v., 1733, 33.

⁴ Cicéron, *Ad Atticum*, 3, 15, 4 in TLL s.v., 1735, 71

⁵ Cicéron, *De Inventione*, 1, 83 in TLL s.v., 1737, 8.

comme les acteurs d'un conflit, bien qu'un litige puisse survenir au sein d'un groupement d'intérêts¹.

Manifestation de la pluralité, l'altérité se dévoile ainsi comme une donnée inhérente à l'idée même de droit. Dans la mesure où elle constitue une relation ambivalente qui lie dans la séparation sans assimiler, sa présence sur la scène du droit n'est pas étonnante² : en ce que l'ordonnancement juridique régit les rapports entre des acteurs sur une scène, l'altérité, comme relation dans la séparation³, semble, en effet, consubstantielle à la notion de droit. Les institutions juridiques ne sauraient réellement avoir de sens à l'égard de l'homme seul. Robinson n'a pas plus besoin de droit de propriété, que de droit contractuel, de droit de la famille ou de droit pénal. Rien n'est à partager avec autrui et nul ne revendique un intérêt contraire au sien : la norme n'a que peu de sens dans la solitude, elle n'a d'intérêt que là où la pluralité se manifeste. Puisque l'altérité semble indissociable de l'idée même de droit, il n'est pas surprenant qu'autrui se donne dans la loi comme la manifestation d'une évidence : il n'y a de droit que dans un rapport à l'autre⁴. Ainsi le fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage engage sa responsabilité en cas de lien causal. Pareillement, le fait de causer volontairement ou non la mort d'autrui peut engager la responsabilité pénale. Le fait de frauduleusement soustraire la chose d'autrui expose le prévenu aux sanctions prévues en matière de vol... Le droit porte en son sein l'évidence d'autrui⁵ : il n'y a de droit qu'à partir du moment où l'autre se manifeste¹. Autrui est une certitude dont le droit ne fait que relever la constance.

¹ Le raccourci tendant à rapprocher le radical latin « *alter* » de la seule notion de différence ne l'emporte donc pas sur la réelle signification de ce terme : l'altérité est différence entre deux au sein d'un tout, le point d'équilibre de cette relation étant la complémentarité entre les êtres. M. le professeur Alain Sériaux observe que, grâce à cette complémentarité, « deux êtres peuvent ne faire qu'un tout en restant distincts. Ni l'un ni l'autre ne renie sa différence ; c'est au contraire cette différence même qui est source de leur unité ». Même si « l'on songe assez spontanément au mariage », « cette observation est généralisable à toute la société » (*Le Droit : une introduction*, Ellipses, 1997, « III L'altérité », p. 23 n° 30)

² L'étymologie du terme autrui le confirme : dès la chanson de Roland le terme est employé pour désigner l'autre, le prochain à travers la maxime « *Ne fait damage ne de meïe ne d'altrui* » (*La chanson de Roland*, CXLVI, 1963). Littré observe que, dès le XIII^e siècle, en termes d'ancienne chancellerie, autrui décrit le droit d'autrui, le bien d'autrui : « Sauf en autres choses notre droit et l'autrui en toutes ».

³ V. en matière d'infraction sexuelles, F.-L. Coste, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.* 1997 p. 179. De manière générale, l'auteur observe qu'en sanctionnant pénalement un individu, « il s'agit moins de punir l'auteur pour avoir accompli tel geste qu'il avait voulu, que de signifier comment son acte, quelle qu'en soit la réalité physique, constitue en vérité une atteinte à l'altérité, une violation du principe séparateur fondamental ».

⁴ C'est dire que le droit entretient un rapport étroit avec le concept d'identité : puisque « l'identité du sujet [...] se construit à travers le regard d'autrui[,] il n'existe pas de sujet isolé, solitaire » (M.-L. Mathieu-Izorche, n° 44, p. 73).

⁵ Au 1^{er} septembre 2008, le code civil possède vingt occurrences renvoyant à autrui : le code se réfère ainsi à l'intérêt thérapeutique d'autrui (art. 16-3 c. civ.), à la gestation pour le compte d'autrui (art. 16-7), au dommage causé à autrui (art. 1382, 482 et 489-2), à la possession pour autrui (art. 2257, 2266), au domicile d'autrui (art. 109), au bâtiment d'autrui (art. 553), à la fontaine d'autrui (art. 696), au fonds d'autrui (art. 716, 1635 et 2400), à la gestion des affaires d'autrui (art. 1372), à la vente de la chose d'autrui (art. 1599 et 1635), au legs de la chose d'autrui (art. 1021) au dépôt de la chose d'autrui (art. 1915), au gage de la chose d'autrui, au fermier d'autrui (art. 1813).

Néanmoins, au-delà du truisme, il convient de déterminer en quoi l'altérité peut être vecteur d'un sens sur la scène du droit.

3. L'altérité comme exigence : *alterum non laedere*. Quel que soit le prisme à travers lequel on appréhende le droit, celui-ci ne fait que séparer les semblables et rassembler les différents. Appelé à se pencher sur la nature humaine, le droit peut voir chez les humains des êtres différents², comme il peut voir, au sein de chaque différence, l'irréductible humain : « le droit [...] n'est au fond rien d'autre que la règle ou mesure de cette complémentarité »³. Sans prendre parti en faveur de la conception angoissante ou rassurante de l'altérité, le droit paraît simplement consacrer l'évidence du même et de la différence. Cette philosophie de la neutralité se dégage d'ailleurs de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». Le droit, à travers la loi, semble avoir pour mission de déterminer les limites qu'autrui impose à la liberté de chacun⁴. Cela sous-entend que le but du droit serait de déterminer la nature

Quant au code pénal, 105 articles y font référence. Notamment, l'article 121-3 renvoie à la personne d'autrui, l'article 131-27 à l'interdiction de diriger pour le compte d'autrui une entreprise ou une société commerciale ou industrielle, l'article 223-1 à l'exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures graves l'art. 225-5 à la prostitution d'autrui, l'article 225-12-5 à la mendicité d'autrui, les articles 221-1, 221-6, 221-6-1 à la mort d'autrui, l'article 222-16 à la tranquillité d'autrui, les articles 222-19 et s., à la violence envers autrui, l'article 311-1 à la chose d'autrui, l'article 222-23 au viol d'autrui, l'article 222-32 à l'exhibition sexuelle imposée à autrui, l'article 225-10-1 au racolage d'autrui, les articles 433-2 et 435-4 au trafic d'influence comme à la corruption au profit d'autrui, l'article 122-5 à la légitime défense d'autrui, l'article 122-7 à l'état de nécessité favorable à autrui...

¹ Néanmoins, un autre grand article du code civil ne fait nullement référence à autrui, du moins pas de manière explicite. L'article 544 dispose en effet que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». La référence est implicite en ce que lois et règlements ne régissent la propriété que pour l'inscrire dans une dimension sociale dont le précepte est de ne pas nuire sans bonne raison à autrui. Pareillement, la cause d'utilité publique, prévue à l'article 545 du même code, renvoie inexorablement à un autrui général dont les intérêts peuvent dépasser ceux du simple propriétaire.

² Il peut alors s'agir d'une dynamique culturelle auquel le droit a à faire face : l'altérité de l'étranger renvoie à une « règle de conflit... L'autrui se définit alors comme celui qui est extérieur au(x) groupe(s) d'appartenance du sujet ; du même coup apparaissent deux catégories d'autrui : ceux qui sont proches en raison de leur appartenance au même groupe (les personnes de même nationalité, par exemple) et ceux qui sont en dehors, qui sont « plus différents » que les autres différents de soi. On est alors amené à parler de proximité, et ceci pour des groupes auxquels on se sent appartenir » (M.-L. Mathieu-Izorche, art. précit., n° 21, p. 65). v. notamment, B. Dutoit, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Bruylant, 2007 et, plus largement, en droit public, I. Schulte-Tenckhoff (dir.), *Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, 2002.

³ A. Sériaux, *Le Droit : une introduction*, op. cit., p. 23, n° 30.

⁴ C'est sur le fondement de cette disposition que le Conseil constitutionnel a pu affirmer que « la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » (Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. 70 : JO 16 nov. ; D. 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; JCP 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; LPA 1er déc. 1999, note Schoettl ; ibid. 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; JCP 2000. I. 280, n° 1, obs. Viney.

du lien¹ entre les hommes : définir ce que l'altérité, comme lien de séparation, suppose en termes de droits et d'obligations. La relation avec autrui, sur la scène juridique, se présente telle une répartition des libertés, un partage équilibré à l'aune d'une perspective de ce qui rassemble et sépare. Le droit n'est pas, en effet, perçu comme une faculté, un pouvoir du vouloir, mais comme un équilibre devant être trouvé entre les droits du sujet et ceux de son autre : il est, avant tout, une liberté partagée car conditionnée et limitée par autrui. Il s'agit donc d'un rapport, d'une relation que seule une conception de la justice peut éclairer : l'article 4 de la Déclaration, en attribuant une mission de répartition au droit, commande ainsi de ne pas nuire à autrui.

Or, la justice, en tant qu'équilibre, fait échec à la neutralité au profit de la complémentarité dans la relation. Dissemblance et ressemblance d'autrui sont à même de justifier que le droit tente de régir les rapports entre les hommes dans une dynamique pacifiée² orientée par une conception du juste³. Le sens du droit, du rapport à l'autre, donc de l'altérité, ne peut apparaître qu'au moyen de la finalité qui lui est assignée, la justice ; et celle-ci consacre la mesure là où l'on aurait pu craindre une indifférence.

4. L'altérité comme philosophie de la justice : *suum cuique tribuere*. Appréhender la justice semble périlleux tant la notion relève d'une pluralité d'acceptions. Néanmoins, comme l'observe M. le professeur Bergel, « l'analyse faite jadis par Aristote, puis par Saint-Thomas d'Aquin paraît encore la meilleure »⁴ : l'on y trouve une triple définition « selon le genre d'altérité des sujets en présence »⁵. Ainsi, Aristote commence par affirmer que le juste « est ce

¹ V. E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455.

² Il ne saurait y avoir d'ennemi au sein d'une famille que le droit unit. M. le professeur Sérioux rappelle que le droit « n'a d'autre objet que de faire en sorte que la vie sociale, toute tissée de relations, soit bien ordonnée. Sa tâche est de préciser quels comportements sociaux vont réaliser cette harmonie. Ainsi, le droit au sens strict peut-il être défini comme la règle ou la mesure de nos rapports interpersonnels. En ce sens, il est bien à la fois le critère de complémentarité entre les êtres et, simultanément, celui qui mesure leur altérité » (*Le Droit : une introduction*, op. cit., IV « Le droit tout nu », p. 25, n° 34). Mme Mathieu-Izorche confirme une telle perspective en affirmant que « Le droit qui tend à pacifier les rapports entre les hommes, oblige à tenir compte d'autrui, c'est l'évidence » (art. précit. p. 61 n° 7).

³ Ne subsisteraient que des intérêts que le droit tenterait de départager au moyen d'une norme se rapprochant du juste, et en permettant à des institutions d'en restaurer le sens en le disant : *juris dictio*. Bien plus que la loi, c'est le droit qui serait dit (v. S. Bauzon, « Dire le droit », in Michel Villey, *le juste partage*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, ss. la dir. de C. Delsol et S. Bauzon, 2007, p. 17). Or, dire le droit est un phénomène qui s'inscrit essentiellement dans l'altérité : « car ce dont tout un chacun a besoin pour vivre, c'est de la pleine justice, celle qui fait de lui un être humain complet, riche de toute sa signification puisqu'il a un sens pour autrui. Un être humain compris, aimé pour lui-même si l'on préfère » (A. Sérioux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *jurisdictio* », *RRJ Droit prospectif*, 1992-2, pp. 454-455). Il ajoute que la vérité dans la décision de justice « libère celui qui y adhère, car il prend alors mieux possession de lui-même en subordonnant son vouloir à son savoir, plaçant l'intelligence où elle doit être : au sommet de l'ordre intérieur. Le verdict d'un juge comporte ainsi une dimension d'altérité qui dépasse la seule enceinte où il a été rendu, où il sera ultérieurement réitéré » (ibidem p. 457).

⁴ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2003, n° 24 p. 31.

⁵ Idem.

qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité »¹. La justice légale correspond alors à une justice universelle car les lois visent l'utilité commune. La loi commande à cette fin de « conserver le bonheur »² et « d'accomplir les actes de l'homme courageux [...], tempérant [...] et ceux de l'homme de caractère agréable »³. Cette forme de justice est présentée par Aristote comme une vertu complète « dans nos rapports avec autrui »⁴ : « elle est complète parce que l'homme en possession de cette vertu est capable d'en user aussi à l'égard des autres et non seulement pour lui-même »⁵. Ceci explique qu'Aristote fait de la justice une vertu à part, un « bien étranger parce qu'elle a rapport avec autrui »⁶. Si justice et vertu paraissent se confondre, Aristote observe néanmoins qu'elles ne partagent pas, en réalité, la même quiddité : si en tant que qualité de la personne, elle n'est que vertu, c'est dans son rapport avec autrui qu'elle devient justice réelle⁷. Aristote précise alors, qu'au-delà d'une perspective universelle de la justice, il convient d'en préciser les modalités dans différentes sphères d'activité afin de donner au concept une dimension concrète et adaptée aux besoins⁸.

Si Aristote définissait le juste comme ce qui est conforme à la loi et à l'égalité, il convient d'étudier en quoi cette dernière réalise la justice au sens particulier. Le Stagirite distingue alors la justice qui intervient dans la distribution des honneurs, des richesses, ou des autres avantages qui se répartissent entre les membres de la communauté politique (la justice distributive) et celle qui réalise la rectitude dans les transactions privées (la justice commutative ou corrective)⁹. Dans la mesure où l'injuste se présente telle une atteinte à l'égalité, « le juste sera un certain moyen »¹⁰ pour la restaurer¹¹ : une proportion.

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V « La vertu de justice », chap. 2.

² Ibidem chapitre 3.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Idem. Aristote ajoute : « si, en effet, beaucoup de gens sont capables de pratiquer la vertu dans leurs affaires personnelles, dans celles qui, au contraire, intéressent les autres ils en demeurent incapables ».

⁶ Idem.

⁷ « Quant à la différence existant entre la vertu et la justice ainsi comprise, elle résulte clairement de ce que nous avons dit : la justice est identique à la vertu, mais sa quiddité n'est pas la même : en tant que concernant nos rapports avec autrui, elle est justice, et en tant que telle sorte de disposition pure et simple, elle est vertu » : idem.

⁸ « En dehors de l'injustice au sens universel, il existe une autre forme d'injustice, qui est une partie de la première et qui porte le même nom, du fait que sa définition tombe dans le même genre, l'une et l'autre étant caractérisées par ce fait qu'elles intéressent nos rapports avec autrui », ibidem chap. 4.

⁹ Transactions privées qu'Aristote subdivise en actions volontaires, consensuelles (une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location) et actes involontaires (vol, adultère, empoisonnement, prostitution, corruption d'esclave, assassinat par ruse, faux témoignage, voies de fait, séquestration, meurtre, vol à main armée, mutilation, diffamation, outrage). Ce qui n'est rien d'autre que la distinction entre actes et faits juridiques (v. chap. 5).

¹⁰ Aristote, ibidem chap. 6.

¹¹ On retrouve sous la plume de monsieur le professeur Dubois la nécessité de lier l'égalité à l'altérité : « le droit n'est pleinement lui-même que lorsqu'il exprime et met en forme ce qui fait lien égal entre tous. Pour assurer le droit de l'autre, il faut assumer l'"autre du droit" » (« Le droit de l'autre, l'autre du droit », in *Frontières du droit, critique des droits - Billets en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Droit et société Recherches et travaux 14, 2007, p. 329

5. Justices distributive et corrective : une mesure dans l'altérité. La justice distributive selon Aristote nécessite au moins quatre termes. Dans la répartition des honneurs, pour qu'il y ait égalité, donc justice, il faut un rapport équivalent entre ce que reçoit un individu au regard de ses mérites et besoins et ce qu'a reçu un autre individu à l'aune de ses propres qualités. La proportion à l'origine de la justice se trouve donc dans « une égalité de rapports »¹ : c'est dire que le juste distributif est relatif. Il est en rapport avec autrui et les choses afin de déterminer la juste proportion. Il s'agit d'une égalité géométrique puisque le juste peut commander que l'un des membres de la société ait une part inégale ou égale à celle d'un autre : « celui qui commet une injustice a plus que sa part du bien distribué, et celui qui la subit moins que sa part »².

Quant à la justice corrective, celle qui intervient dans les transactions privées, la proportion réside dans une égalité arithmétique : « la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage »³. Le juste rectificatif est le « moyen entre une perte et un gain »⁴ que le juge a à déterminer afin de restaurer l'équilibre dans la relation. Celui qui a porté atteinte à autrui a déséquilibré le lien d'égalité préexistant aux relations entre particuliers. Afin de rendre justice, le juge doit retirer au contrevenant ce qu'il a perçu en plus afin de le rendre à la victime.

Il en résulte que l'action juste est un moyen entre l'injustice commise et l'injustice subie, l'une consistant à avoir trop, et l'autre trop peu : la justice est alors une sorte de juste milieu tandis que l'injustice relève des extrêmes.

Cette approche de la justice particulière ne doit toutefois pas occulter le fait qu'elle entretient des rapports nécessaires avec la justice légale, et ce en raison de l'altérité : « Le juste, en effet, n'existe qu'entre ceux dont les relations mutuelles sont sanctionnées par la loi, et il n'y a de loi que pour des hommes chez lesquels l'injustice peut se rencontrer, puisque la justice légale est une discrimination du juste et de l'injuste »⁵. Dans la rencontre de l'autre et au cours de la légitime quête de justice, la loi, le droit dirions-nous, s'impose comme une évidence. Si la relation préexiste à la notion de droit, c'est bien une conception de la justice qui permet d'en tracer les contours. Alors que la justice légale ou universelle tend à définir l'homme vertueux

¹ Idem.

² Ibidem chap. 7.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem chap. 10.

envers autrui, les justices particulières œuvrent en vue de définir le juste partage, celui qui est conforme à l'égalité retenue entre un individu et son altérité.

6. L'altérité comme vecteur du juste rapport. En faisant de l'homme un *zoon politikon*, Aristote l'insère dans une relation que la lumière de la justice dévoile. L'homme ne peut exister seul dans une cité, la relation étant inhérente au droit. Ce dernier, primitivement, se présente donc comme une acceptation de l'autre pour permettre la relation. Michel Villey observait à cet égard : « le droit est un rapport entre des hommes, multilatéral » ; « que vous en ayez ou non conscience, quand vous faites usage du mot droit, il s'agit d'une relation. Comment pourrait-on inférer une relation couvrant plusieurs termes d'un terme unique : l'Homme ? »¹. En outre, la relation commande une correction en cas de déséquilibre injuste entre personnes : elle est « le rapport le mieux ordonné, où l'on reconnaît la valeur de l'ordre dans lequel se trouvent disposées les choses réparties entre des personnes »². Le droit se doit ainsi de déterminer la juste relation entre les hommes puisque l'altérité commande une conceptualisation de la justice comme partage : « Et comme l'homme est plongé, non seulement au milieu des autres hommes, mais encore au milieu des choses, sera aussi du *dikaion*, du *jus*, ce point où s'arrête la part de chacun, étant sauves celle d'autrui et la commune inclusion dans le tout »³. Le droit est primitivement relatif dans la mesure où la justice est, comme le disait Saint Thomas d'Aquin, « *ad alterum* »⁴ ; elle est intimement liée à l'existence d'un autre en face du sujet de droit⁵. Les justices distributive et corrective répondent à deux types de proportions interindividuelles correspondant à une correction en vue d'une restauration de l'équilibre. La justice se veut vecteur d'égalité arithmétique ou géométrique

¹ M. Villey, *Philosophie du droit, I, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1982, p. 154. M. le professeur Alain Sériaux explique que pour Michel Villey, « le vrai droit repose sur des relations entre les hommes, non sur des individus humains et c'est à propos des choses dues par les uns aux autres qu'il se dit » (« Loi naturelle, droit naturel, droit positif », in *Raisons politiques*, presses de SciencesPo., 2001/4, p. 147).

² M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1990, p. 48.

³ Idem.

⁴ A la question de savoir si la justice s'exerce toujours envers autrui, Saint Thomas d'Aquin répond : « Cicéron nous dit : « La justice est la règle qui maintient la société des hommes entre eux, et leur communauté de vie », ce qui implique rapport à autrui. Donc la justice s'occupe de ce qui a rapport à autrui [...]. Nous l'avons vu : justice signifie égalité : par définition, la justice implique rapport avec autrui. On n'est jamais égal à soi-même, mais à un autre. Or, puisqu'il appartient à la justice de rectifier les actes humains, comme on l'a dit, il faut que cette altérité qu'elle exige affecte des agents différents [...]. Donc, la justice proprement dite exige la diversité des sujets, et il n'y a de justice que d'un homme par rapport à un autre ». Il conclut : « Les actions de l'homme qui ont lui-même pour objet, sont rectifiées quand ses passions le sont par les autres vertus morales. Mais les actions qui ont trait à autrui ont besoin d'une rectification spéciale, non seulement dans leurs rapports avec leur auteur, mais aussi dans leurs rapports avec celui qu'elles atteignent. C'est pourquoi il doit y avoir une vertu spéciale à leur égard, qui est la justice » (*Somme théologique*, IIA IIAE, Question 58 : La justice, art. 2).

⁵ M. Villey, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, P.U.F., coll. « Questions », Paris, 1987, p. 123. Dans la perspective classique, « il n'y a pas d'homme seul, sans autrui » : F. Vallançon, « Loi naturelle et droit naturel », in *Michel Villey, le juste partage*, ss. la dir. de C. Delzol et S. Bauzon, Dalloz, L'esprit du droit, 2007, p. 73.

dans la répartition des choses entre les hommes. Pour autant, chez Aristote, l'exigence de justice ne s'impose que si l'altérité s'extériorise. Selon lui, au sein de la famille, le fils est quelque chose du père, il n'est pas « autre que son père »¹ : dès lors, « le juriste ne saurait déterminer une proportion qu'entre des personnes différentes mais égales à certains égards », les personnes doivent être « suffisamment "autres" les unes relativement aux autres »². Il en ressort la nécessité d'une réflexion sur l'altérité des acteurs juridiques afin que le droit puisse déterminer la nature du rapport à régir. Semble en effet se dégager l'idée selon laquelle l'altérité, la qualité de ce qui est autre, serait à même de déterminer la nature du lien de droit entre des êtres juridiques ; ce qui justifierait qu'une juste appréhension d'un problème de droit passe nécessairement par le prisme d'autrui.

Néanmoins, si le droit peut développer une conception du partage, de la mesure, où chaque autre est appréhendé comme un élément de la juste équation, il peut également être tenté de s'en écarter, rappelant alors, la perspective angoissante de l'altérité. C'est dire la nécessité d'éclairer le droit en rappelant que la justice, comme mesure de l'équilibre, ne peut se réaliser qu'à l'échelle de l'altérité. Comme le soulignait Michel Villey, « la science du droit n'est pas une science qui soit entièrement autonome, pleinement autarcique ; elle dépend, quant à ses principes, d'une autre discipline qu'on appelait autrefois "architectonique". Voilà ce dont il faudra convaincre les juristes : toute science du droit est suspendue à un système général de philosophie ». Si l'on consent à faire de l'altérité une conception à l'aune de laquelle le droit se

¹ Aristote, cité par M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadriges, 2006, p. 83.

Ainsi a-t-on pu écrire de la médiation familiale qu'elle était « un travail sur la reconnaissance et la réhabilitation de l'autre, un lieu d'altérité et de respect mutuel retrouvé... A écouter les vécus et les souffrances de l'autre, la haine tombe, la confiance a des chances d'être restaurée » (D. Ganancia, « Justice et médiation familiale », *Gaz. Pal.* 1999, 2, doct., p. 992). V. M.-L. Mathieu-Izorche, art. précit. n° 29, p. 69.

² M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1990, p. 58-59. En effet, « la reconnaissance de la similitude existant entre soi et l'autre est le premier pas vers l'établissement de relations. Mais on ne saurait établir de relations avec ce qui est identique. Il faut donc que coexistent la différence et la similitude » (M.-L. Mathieu-Izorche, art. précit. n° 46, p. 74).

En ce qu'il définit la justice dans l'altérité, Saint-Thomas d'Aquin est pareillement amené à faire du juste une mesure de l'altérité : « Le droit ou le juste, se définit par rapport à autrui. Mais il y a deux façons d'entendre autrui : la première absolue, où l'autre est absolument autre, et tout à fait distinct, comme le sont deux hommes individuellement indépendants, quoique soumis tous deux au même chef de la cité ; entre ces hommes, au dire du Philosophe, le droit est absolu ; - la seconde relative, où l'autre n'est pas absolument autre, mais fait pour ainsi dire partie de celui avec qui il est en relations, tel, dans les choses humaines, le fils à l'égard de son père dont il est en quelque sorte une partie ; et pareillement l'esclave à l'égard de son maître dont il est l'instrument, selon Aristote » (*Somme théologique*, IIA IIAE, Q. 57 : Le droit, art. 4).

Dans la lignée d'Aristote, il ajoute : « 1. Il appartient à la justice de rendre à chacun son dû, mais en supposant qu'il s'agit d'un autre à qui le rendre ; si quelqu'un en effet se rend à soi-même son dû, il n'y a pas là de droit à proprement parler. De même entre un père et son fils, entre un maître et son esclave, il n'y a pas de justice proprement dite. 2. Le fils, comme tel, est quelque chose du père, ainsi que l'esclave, comme tel, est quelque chose de son maître. Cela ne les empêche pas l'un et l'autre, considéré comme tel homme, d'avoir une subsistance propre qui les distingue des autres, et d'être, sous cet angle, en relation de justice. Et c'est pour cela aussi qu'on donne certaines lois sur les rapports du père avec son fils, du maître avec son esclave. Néanmoins, du fait que l'un est quelque chose de l'autre, la notion parfaite de droit et de juste est ici boiteuse » (idem).

doit d'être appréhendé, il convient alors, en suivant le précepte de Michel Villey, d'étudier la philosophie de l'altérité : ainsi apparaîtra la nécessité de prendre en considération autrui afin que le droit poursuive un objectif certain de justice.

II - Prolégomènes

« Si un homme, à la seconde même où il reconnaît le juste, ne le fait pas, voici ce qui se passe : la connaissance tarit »¹.

7. Les données de la réception : des conditions d'un emprunt. La conceptualisation de l'altérité est avant tout l'œuvre de la philosophie même s'il n'est pas difficile d'en trouver des traces dans d'autres disciplines, le droit n'y faisant pas exception. Il serait cependant erroné d'affirmer qu'il en a toujours été ainsi en philosophie. Même s'il est possible de trouver des références plus ou moins approfondies dans la pensée des classiques, ce n'est véritablement que la pensée de l'existence qui a su donner ses lettres de noblesse à la notion d'altérité².

Alors que la métaphysique posait l'individu comme le siège de la raison et celui à partir duquel le reste du monde était appréhendé, par transcendance ou par immanence, l'existentialisme aura à cœur de démontrer après Hegel, que c'est par l'altérité que le sujet peut donner un sens à son existence. L'apport semble évident : il apparaît difficile de réfléchir sur le monde en oubliant que nous n'y sommes pas seuls. Il serait une fois de plus controuvé de prétendre qu'aucune autre pensée ne l'a vu antérieurement. Néanmoins, il est patent que c'est l'existentialisme qui a fait de l'Autre et de la relation constitutive à cet Autre le nœud de l'existence.

Ainsi penser l'altérité en droit sans en dépendre le contexte primaire qu'est pour ce concept la pensée de l'existence, reviendrait à vouloir appréhender une notion sans en connaître l'origine, la genèse. La philosophie de l'existence constituera ainsi le cadre théorique de réception et de réalisation de l'altérité dans la sphère juridique.

8. Point de départ : la mort de la philosophie. La philosophie contemporaine semble s'accorder sur le point suivant dégagé par Heidegger : la fin de la métaphysique³, voire celle de la philosophie. La volonté métaphysique et philosophique d'un savoir pur se serait heurté à un inévitable échec présenté par Hegel et développé dans son savoir absolu⁴.

¹ S. Kierkegaard, *Traité du désespoir*, Gallimard, coll. Idées, p. 185.

² Il serait néanmoins erroné d'affirmer que les Anciens ont complètement éludé la problématique relative à l'altérité. Si elle n'est pas directement traitée, il est aisé de remarquer qu'à travers des concepts tels que l'amitié, Aristote, Diogène ou encore Epicure, ont appréhendé l'intersubjectivité sans toutefois parvenir à la systématisation réalisée par l'existentialisme. Voir A.-J. Voelke, *Les rapports avec autrui dans la philosophie grecque d'Aristote à Panétius*, Ed. Vrin, Bibl. d'Histoire de la Philosophie, 2001.

³ M. Heidegger, *La fin de la philosophie et la tâche de la pensée*, Gallimard, Paris, 1976, p. 113-118.

⁴ M. Heidegger, « Dépassement de la métaphysique », in *Essais et conférences*, trad. Fr. A. Préau, p. 86. Lorsque Hegel entame la poursuite d'un savoir absolu, il ne vise qu'à définir notre apprentissage historique et ses renversements dialectiques. Or ce savoir parvient à l'absolu en ce qu'il est possible de tenir ensemble la totalité des

L'essentiel pour la pensée actuelle résiderait alors dans la constitution d'un nouveau mode de réflexion permettant de mettre en exergue une vérité à partir de cet échec. Une telle perspective se fonde sur un seul argument que Kierkegaard a avancé dans la formulation de sa critique contre Hegel : l'existence. Par ce terme, est proclamée pour le sujet humain, une relation constitutive à un Autre absolument Autre permettant de dépasser les contradictions apparentes de l'existence.

Or, cette relation aurait comme caractéristique de faire s'effondrer, comme illusoire, toute identité anticipative et nuisible à la relation. A l'identité et à l'autonomie de la tradition métaphysico-philosophique s'opposent alors une altérité et une hétéronomie radicale. C'est celle, chez Kierkegaard, de l'Autre divin, par rapport auquel seul le sujet humain éprouve son existence. Cet Autre est appréhendé en tant que premier lieu de la vérité, parce qu'il est lui-même identité vraie et qu'il donne au sujet, d'après Kierkegaard, une identité nouvelle. Dans cette identité nouvelle ouverte par l'altérité, le sujet doit affronter son existence, ce sera l'épreuve de la finitude¹ : l'imperfection et la mortalité inhérentes à la condition humaine.

En soutenant que l'existence suppose l'altérité car toute connaissance de soi passe inéluctablement par la connaissance de l'Autre (§ 1), l'existentialisme définit un processus exigeant du sujet qu'il choisisse de se séparer et de répéter cette séparation (§ 2) pour poser, dans l'altérité, son identité.

dimensions, à première vue disparates, de l'expérience humaine. Alors que l'on pourrait légitimement croire que ce savoir absolu s'oppose au « tout ce que je sais c'est que je ne sais rien », à l'impossible savoir *socratien*, il n'en est en fait rien. En faisant de la contradiction ou de la *négativité* le moteur de l'histoire (la dialectique), Hegel affirme l'impossible savoir. Voulant dépasser la projection divine du savoir effectuée par la religion, Hegel est porté à affirmer qu'il n'y a de savoir que d'un sujet concret, individuel ou collectif avec toutes ses limites et passions. Poser le savoir absolu revient donc à accepter qu'il n'y ait pas de sujet omniscient et que la logique est entièrement subjective et même intersubjective, une vérité qui dépend des autres, dialectique et historique, d'un apprentissage qui n'en finit jamais. Si Hegel est parvenu à assurer une unité réelle aux ruptures scientifique, éthique et politique, il est patent que la philosophie s'est trouvée dans l'impossibilité, après lui, d'en retrouver des manifestations concrètes dans la modernité. « L'éclatement des sphères de l'existence humaine, dont Hegel avec une grande lucidité avait relevé les prémisses, est parvenu à un point tel que leur unification ne se laisse seulement plus penser, sinon sur le mode optatif » (C. Colliot-Thélène, *Le désenchantement de l'Etat - de Hegel à Max Weber*, Les Editions de Minuit, « Philosophie », Paris, sept. 1992, p. 73). L'unité constitutive du savoir absolu serait devenue une évanescence en raison d'une modernité ayant fait de la rupture dialectique des apprentissages historiques, des contradictions.

¹ Toutefois, la philosophie de l'existence affirme que cette nouvelle identité ne saurait fonder un savoir nouveau car ce serait alors vouloir nier la finitude absolue de cet Autre. Ceci fait dire à Wittgenstein : « Nous savons *a priori* que tout ce qu'on pourrait donner comme définition du Bien ne serait qu'un malentendu » (L. Wittgenstein, « Cours sur l'éthique », in *Wittgenstein, Vienne et la modernité*, Janik et Toulmin, Paris PUF 1978. Ce refus ostensible d'un savoir pur fondant la justice par la pensée de l'existence conduit Lévinas à la conclusion suivante : « Le mystère des choses est la source de toute cruauté à l'égard des hommes » (E. Lévinas, *Difficile liberté*, Albin Michel, 3^{ème} éd. 1976, p. 301). Il est en outre aisé de constater qu'une bonne assimilation du concept en droit suppose qu'un savoir puisse découler de l'appréhension de l'altérité afin que la transposition du concept dans la discipline juridique ne soit pas vouée à un pur exercice de style.

§ 1 – L'existence : l'identité par l'altérité

9. Définition de l'existence. Il semble, en la matière, exister une sorte d'accord implicite chez la plupart des auteurs. Cette convergence s'oriente autour de la définition qu'en a donné Hegel : l'existence est « l'unité immédiate de la réflexion-en-soi et de la réflexion-en-autre-chose »¹. Kierkegaard ne fait que répéter cette définition quand il présente l'existence comme synthèse, d'infini et de fini, de possibilité et de réalité, de sujet et d'objet. Et, avec Alain Juranville, il est possible de poser une « définition par dualité en disant : l'existence est identité et, en même temps, altérité »².

Ainsi, quand un sujet dit qu'une chose existe, il affirme d'une part que cette chose apparaît dans son monde à lui, qu'elle se réfléchit en lui comme autre, « qu'elle est son objet »³. D'autre part, il affirme que cette chose a sa consistance à soi, qu'elle se réfléchit en elle-même en tant que sujet : c'est l'identité de la chose. Cette analyse peut être étendue au sujet quand il dit de lui-même qu'il existe. Au-delà de ce qu'il apparaît comme objet quelconque dans le monde des autres, ou de l'Autre, il a une consistance par-devers soi, une identité. Toutefois, l'existence n'est pas seulement synthèse de l'identité et de l'altérité, elle est également contradiction. En effet, l'affirmation de l'un de ces deux traits contredit l'affirmation de l'autre : l'existence d'entités pouvant être tour à tour objet et sujet de la relation. Cette contradiction émerge dès que l'on compare l'essence supposée de la chose existante à son appréhension dans l'altérité⁴. Dans la mesure où la référence à un comparé tend naturellement à éluder le comparant, le sujet n'incline pas à devenir objet.

Si l'on considère comme Kierkegaard que la contradiction se résoudra, non par un mouvement nécessaire et naturel, en rentrant en soi (Hegel) mais au contraire en sortant de soi, en s'arrachant à soi, par l'Autre et par ce qui viendra de manière imprévisible, l'on tend à poser dans l'altérité les conditions d'une identité vraie à laquelle le sujet peut accéder.

10. Le refus primaire de l'altérité. Cependant, celui qui affirme l'existence doit reconnaître d'une part que d'abord, il tend toujours à la refuser. Ainsi la récuse-t-il « en se jetant

¹ Hegel, *Encyclopédie*, « Science de la logique », p. 381.

² A. Juranville, *La philosophie comme savoir de l'existence, Tome 1 : L'altérité*, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 2000, p. 13.

³ Ibidem p. 14.

⁴ C'est ce qu'exprime Russel lorsqu'il affirme : « Quand dans la langue ordinaire, ou en philosophie, une certaine chose est dite "exister", il ne s'agit pas de quelque chose qui se présente dans l'immédiat, comme une tache de couleur ou une saveur, mais de quelque chose comme la matière ou l'esprit, ou "Homère", il s'agit de quelque chose qui est connu par description comme le " tel ou le tel " » : B. A. W. Russel, *Principia mathematica*, p. 174-175, Seuil, 1974.

dans le monde social ordinaire et dans le savoir propre à ce monde »¹. Il la refuse en tant qu'épreuve douloureuse, finitude², dans la mesure où la résolution de la contradiction suppose l'arrachement à soi. Aussi doit-il reconnaître que cette finitude est néanmoins son lot. Cette exigence d'altérité deviendra alors une épreuve heureuse puisqu'elle permet d'affirmer son existence. Or, l'Autre lui en donne toutes les conditions³.

Ainsi l'exigence d'un savoir pur passe d'abord par poser l'existence comme altérité dans la mesure où c'est le mode sur lequel elle se donne : l'ouverture à l'autre.

11. De l'altérité. Quand elle se manifeste, l'altérité a comme propriété de faire s'effondrer chez le sujet ce qui était alors son identité. Jusque-là, et malgré les différentes altérations qu'elle avait pu subir, cette identité restait la même ; elle rejetait l'autre comme tel. Ainsi, l'identité immédiate semble s'opposer à l'altérité puisqu'elle la refuse. Cette identité originelle a, en effet, pour caractéristique de se fermer à l'Autre et à la relation que cet Autre suppose. Aussi l'identité vraie constitutive de l'altérité est-elle identité ouverte à son Autre : elle se constitue dans la relation à autrui. Ainsi se définit l'altérité : *identité dans la relation*. L'altérité surgit comme identité vraie, contre l'identité immédiate et fausse.

Or, l'identité ne pourra être ouverte à son Autre si le sujet ne prend pas conscience que l'Autre est le lieu seul de la vérité : le sujet doit avoir eu l'idée de s'accomplir par son Autre. Il doit également donner à l'avance à son Autre ce que lui-même donnera dans un mouvement symétrique. Or, donner à cet Autre à venir les conditions pour être l'Autre qu'il doit être, c'est faire œuvre de création⁴. Ainsi, l'altérité en tant qu'identité qui se constitue dans la relation,

¹ A. Juranville, op. cit. p. 16. Ce monde social ordinaire est issu d'une volonté commune de nier l'exigence d'altérité en persuadant chaque sujet de percevoir l'Autre tel un autre moi, par essence réductible.

² L'Autre renvoie le sujet à sa condition de fini : mortel et imparfait.

³ Comme l'affirme le professeur Juranville, « telle est la finitude radicale, caractéristique du sujet humain, face à l'Autre supposé vouloir d'emblée l'existence et la finitude : Autre absolument, Autre-au-delà de tout ordre humain, Autre divin » (idem). Il faudra alors rejeter la tentation de l'Autre faux qui reste clos sur soi et qui ordonne le monde traditionnel injuste en refusant toute autonomie au fini.

⁴ La création donne sa vérité à l'existence : elle est à la fois autonomie et vérité. Elle permet de faire passer le sujet de la sensation d'hétéronomie angoissante à l'autonomie réelle. Le propre de la création est, en effet, de mettre librement le créateur sous la dépendance de ce qu'il crée : elle est une dialectique. Tant que la création n'aura été portée à son terme, la liberté qu'implique l'acte demeurera source d'angoisse. Concrètement, l'on pourrait ici établir une analogie avec le fait d'être parent. Lorsqu'un couple décide d'avoir un enfant, il sait, et les épreuves le lui prouveront, que tant que le chemin de l'éducation (création) ne sera pas achevé, ils angoisseront face à cet Autre créé et ce alors qu'ils étaient libres de procéder à la création. C'est ce qui fait dire au professeur Juranville que « même si la création est la cause éminente de l'angoisse, c'est la liberté qui en est la cause directe ». Ce n'est pas tant l'enfant qui est source d'angoisse pour les parents mais simplement le fait qu'ils étaient libres de créer et que, désormais, ils doivent en répondre à chaque instant jusqu'à ce que le processus de création soit achevé, une fois l'autonomie acquise. De libre, le fini passe à responsable par la création. En outre, avant même l'achèvement de la création, reconnaître l'Autre (ici l'enfant) dans sa liberté sera une épreuve angoissante supplémentaire à mettre à la charge du créateur. Ainsi Kierkegaard parle de l'angoisse comme de « la réalité de la liberté parce qu'elle en est le possible » (S. Kierkegaard, *Le concept de l'angoisse*, Paris, Gallimard, 1969, trad. Gerlov et Gateau, p. 46).

recrée l'identité originelle dans la mesure où elle vise, dans la relation, à se reconstituer par l'Autre.

Cependant, pour parvenir à s'identifier dans la relation, le sujet doit reconnaître qu'il s'était enfermé dans une identité fausse. Il doit donc admettre, dans son rapport à l'Autre, sa finitude radicale d'humain¹.

12. Des altérités. La pensée traditionnelle de l'existence affirme que c'est dans la relation à l'Autre absolu qu'est reconnue l'altérité par le fini. Certes, l'altérité radicale est supposée dans la relation à tout Autre, et, particulièrement, à l'autre homme, au prochain, l'Autre fini. Mais cette altérité finie tend toujours à être faussée : Heidegger a présenté cette tendance comme une déchéance au monde où l'Autre fini n'est qu'un *alter ego*, un autre moi, tout aussi anonyme que le sujet. C'est donc dans la relation à l'Autre absolu au-delà de la finitude de l'humain, Autre divin, que l'altérité radicale peut être reconnue par le fini².

L'existentialisme en arrive donc à affirmer que l'Autre absolu³ donne au fini toutes les conditions d'une identité nouvelle et vraie, où il assume la finitude dans l'altérité, l'existence. Pour éviter que le fini ne rejette encore cette altérité, il convient de supposer que l'Autre absolu s'ouvre à son autre fini. C'est pourquoi l'altérité est un acte de foi : celle-ci est ici à distinguer de la croyance qui est « pensée agenouillée et bientôt couchée »⁴. La foi est en effet un acte de courage dans la mesure où elle nécessite un degré élevé de confiance : un acte premier d'ouverture. C'est un engagement éclairé, une exigence que l'on impose à soi-même : croire en l'Autre mais sans en méconnaître les risques : « la foi s'appuie sur la confiance dans le savoir d'autrui »⁵.

¹ Si le sujet refuse primitivement l'Autre, comment parviendra-t-il à reconnaître cette finitude ? La thèse avancée par les existentialistes, synthétisée par Alain Juranville, est celle de la création de communautés. En raison « de la pluralité de créatures » (Ibidem p. 27), des communautés vont se former : la famille, puis la société. Mais cette communauté commence par rejeter l'Autre comme tel, et suprêmement l'Autre absolu. Pour ledit Autre absolu, il convient par son épiphanie spontanée de faire en sorte que le fini institue un monde social juste : un monde juste où chacun sera reconnu comme Autre vrai ; et c'est « dans un tel monde juste que s'accomplit l'altérité » (idem).

² Cet Autre absolu est Dieu pour Kierkegaard, l'être chez Heidegger. Autre absolu que Lévinas et Lacan nomment tout simplement l'Autre. Parfois, Lévinas le nomme Dieu (E. Lévinas, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972 p. 39) mais il préfère toujours garder une certaine équivoque avec l'autre fini pour que l'on n'oublie pas que le prochain est, et doit être, l'Autre vrai.

³ Comme l'explique Alain Juranville : « parce que c'est dans la relation à l'Autre absolu que l'altérité radicale et l'existence essentielle toujours d'abord sont reconnues, l'existence apparaît comme caractérisant l'homme, le fini, face à l'Autre absolu qui, lui, serait en dehors de l'existence » (op. cit. p. 29). D'où la sentence de Kierkegaard : « Dieu n'existe pas, il est éternel » (*Post-Scriptum*, Paris, Gallimard, 1949, trad. Prior et Guignot, p. 222) ; ou encore celle de Heidegger : « l'homme seul existe » (« Qu'est-ce que la métaphysique ? », in *Questions I*, introduction, trad. R. Munier, Paris Gallimard, 1968, p. 35).

⁴ Alain, *Vigiles de l'esprit*, Ed. numérique, p. 177

http://classiques.uqac.ca/classiques/Alain/Vigiles_de_lesprit/vigiles_de_esprit.doc

⁵ A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 1999, p. 3.

13. Savoir objectif et altérité. Le postulat est le suivant : le sujet ne peut échapper à l'altérité même s'il veut se clore dans son immédiate identité. Si l'altérité est avant tout identité dans la relation c'est car l'identité est d'abord rendue possible par celui avec lequel on est en relation ; elle devient réelle en assumant la finitude impliquée par ce lien¹. Une telle altérité est évidemment d'abord pour le sujet celle de l'Autre. Toutefois, elle se doit également de devenir celle du sujet lui-même qui devient objet de cet Autre, l'Autre de son Autre. Or, s'il n'y parvient pas au début c'est en raison de la finitude qui se fuit elle-même dans l'identité fausse : « C'est donc comme identité dans la finitude que se donne l'altérité »². Or, « cette identité dans la finitude caractérise la séparation »³.

§ 2 - La séparation : un choix à répéter

14. La nécessité du lien. Afin de bien appréhender le concept de séparation, il convient de remarquer qu'il est essentiel, à la base, qu'existe un lien de dépendance entre les objets à séparer. C'est la raison pour laquelle la séparation est une « épreuve de l'existence »⁴. En outre, "séparer" signifie que les objets disjoints doivent parvenir à une identité⁵. La séparation est le terme ultime de l'altérité, ce en quoi elle s'accomplit, puisqu'elle se donne dans la finitude véhiculée par l'Autre. D'ailleurs, Lévinas affirme ici une rupture essentielle, celle de la « totalité » qui est fondamentalement rupture par l'Autre divin, dans la révélation : « On peut appeler athéisme cette séparation si complète que l'être séparé se maintient tout seul dans l'existence sans participer à l'être dont il est séparé (...). C'est certainement une grande gloire pour le créateur⁶ d'avoir mis sur pied un être capable d'athéisme »¹.

¹ L'Autre renvoie inexorablement le sujet à sa condition.

² A. Juranville, op. cit. p. 37.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Si le droit lie des hommes séparés mais unis par le tout, c'est pour mieux les identifier, donc, à nouveau, les séparer sous son égide. C'est dire que l'altérité comme différence de séparés, et communauté de semblables participe continuellement d'une dialectique.

⁶ Or, le sujet n'aurait pas vraiment accueilli la rupture qui vient de l'Autre absolu, et qui doit être accueillie à nouveau dans la relation à tout Autre, s'il ne témoignait pas de cette rupture auprès de l'Autre fini : il est nécessaire de renvoyer cette évidence à tout fini. Mais celui-ci tend à se grouper pour rejeter en bloc l'épreuve de la finitude. Pour M. le professeur Juranville, la première communauté à vouloir rejeter l'Autre comme finitude radicale est la communauté des amants. Cette communauté pourra accéder à la vérité quand elle se dépassera « vers les autres formes concrètes de la communauté » (A. Juranville, op.cit p. 47). Toutefois, elle est d'abord communauté qui exclut dans le mythe. L'on tend ainsi à nier l'Autre absolu (Adam et Eve qui se cachent aux yeux de Dieu dans le jardin d'Eden) et qui exclut également l'autre fini. Cela peut ainsi passer par l'exclusion de l'enfant qui une fois présent *ré*-instituera la loi juste du fait même de sa présence.

Ainsi, la deuxième communauté est la famille, communauté concrète et spirituelle. Cette communauté s'ouvre à la vérité, et à la fraternité universelle par le juste interdit. Toutefois, elle tend d'abord à se fausser en rejetant l'Autre

Elle est voulue de prime abord par l'Autre, le créateur qui se sépare de sa créature : les parents qui se séparent de l'enfant. Mais elle est aussi la tâche qu'a à mener la créature elle-même, le fini (l'enfant par rapport à ses parents). Ainsi, le créateur n'aura vraiment achevé sa créature que lorsque cette dernière se sera séparée grâce aux conditions données par le créateur².

15. L'altérité : de l'autre au sujet. L'altérité ne peut cependant pas être simplement pour le sujet celle de l'Autre : elle doit devenir celle du sujet comme Autre de son Autre³. Pour que le sujet puisse ainsi s'identifier dans le rapport à l'Autre, il doit accueillir ce qui lui en vient. Ainsi accèdera-t-il à la même identité vraie, à la même altérité⁴. L'altérité conduit le sujet à s'identifier dans la relation : « si l'on veut affirmer la vérité de l'existence et pour cela celle de l'altérité, si l'on veut réellement s'arracher à l'altérité fausse du monde ordinaire, il faut à partir de l'altérité, poser objectivement l'identité de l'existence »⁵.

Or, malgré l'appartenance à la même espèce, chaque individu est frappé par la différence de l'Autre : l'altérité véhicule « une identité pour l'Autre à travers les différences »⁶. Cette identité doit donc être posée objectivement aux yeux de l'Autre afin de ne pas réduire la différence au besoin de se clore⁷.

comme tel, en le rejetant comme étranger. Ainsi elle se fausse en faisant participer l'enfant à cette scène primitive d'exclusion et en « l'empêchant de faire l'épreuve heureuse, dans la solitude, de son être d'exclu, d'accéder à sa séparation d'individu, d'Autre vrai » (Ibidem p. 48).

La troisième communauté où entre le sujet fini est celle du monde social. Une telle communauté devrait également avoir de prime abord sa vérité puisqu'elle est communauté suprême. Elle se situe en effet au-delà des familles particulières toujours closes sur elles-mêmes. Cette communauté recevra sa vérité par l'histoire. Mais bien évidemment, elle est d'abord communauté d'une spiritualité fausse : c'est dans ce groupe que « se répète et s'extrême la haine contre l'enfant (le fils) exclu de la scène primitive et contre l'étranger rejeté par la famille. Communauté qui se fixe par la violence exercée en commun contre l'Autre comme tel devenu victime du sacrifice » (A. Juranville, op.cit p. 48).

¹ E. Lévinas, *Totalité et infini*, op. cit. p. 5.

² A l'inverse de la philosophie traditionnelle, la pensée de l'existence a accentué la portée décisive et définitive de la séparation. Kierkegaard parle par exemple à propos de Socrate de la « séparation par laquelle chacun existe pour lui-même dans la vérité » (*Post-scriptum*, op. cit. p. 164). Lévinas insiste sur la séparation du sujet désirant par rapport à l'Autre qu'il désire. Cette séparation est pour lui à la fois positivité, autonomie et jouissance : « Il faut que la séparation du moi à l'égard de l'Autre résulte d'un acte positif » (*Totalité et infini*, La Haye, Nijhoff, 4^{ème} éd., 1971, p. 24) : « L'originalité de la séparation nous a paru consister dans l'autonomie de l'être séparé » (ibidem p. 35), « comme jouissance de soi » (Ibidem p. 25).

³ Une telle analyse se retrouve dans celle du contrat synallagmatique : l'objet de mon obligation est la cause de l'obligation de l'autre.

⁴ En outre, l'altérité est en fait d'abord celle de l'Autre absolu. Le sujet découvre sa finitude constitutive qui le détourne de l'identité vraie. Seul l'absolu est absolument Autre pour le fini. Enfin, elle doit devenir toujours aussi, pour le sujet, celle du prochain, de l'Autre fini. Car non seulement l'Autre absolu est rencontré dans le visage du prochain comme le dit Lévinas, mais devenant lui-même l'Autre, le sujet doit donner à l'autre sujet les mêmes conditions qu'il a lui-même reçues de son Autre.

⁵ A. Juranville, op.cit p. 68.

⁶ A. Juranville, op. cit. p. 82.

⁷ Lorsque le sujet s'établit dans la relation, il fait un avec l'Autre, il affronte sa propre finitude, qu'à ce stade, il ne peut déjà plus nier. Il devient alors réellement sujet, un sujet absolu. Or ceci n'est possible que grâce à l'Autre qui lui en donne toutes les conditions. Une telle subjectivité est posée par Kierkegaard quand il affirme : « la vraie

Par l'intermédiaire du sujet qui sent et ressent l'appel de l'Autre, la séparation s'accomplit : l'identité du fini est reconstituée dans la relation, en devenant l'Autre de l'Autre dans un jeu de miroir.

16. Décision éthique. Le sujet doit ici s'engager à affronter la finitude. Or, ce choix est liberté, un arrachement volontaire à l'identité immédiate. A cet effet, la liberté doit être posée objectivement¹ : le sujet désigne l'objet de la relation, l'Autre, et établit alors un périmètre commun de liberté. Pour Kierkegaard, « en somme le fait de choisir est une expression vraie et rigoureuse de l'éthique »² : le sujet choisit de poser l'Autre dans la relation afin de déterminer le champ d'une liberté commune.

Pour mener le choix jusqu'à son terme, il faut alors, volontairement, poser la loi de la finitude. Et c'est ici que la pensée de l'existence considère que cette volonté n'est possible que par l'Autre absolu : « elle suppose la foi »³ en tant qu'engagement volontaire à poser la loi. Cela amène d'ailleurs Lévinas à assurer que « dans l'accueil du visage la volonté s'ouvre à la raison »⁴, la totalité de l'œuvre du créateur. La raison, qui est rencontrée dans le visage de l'Autre, doit être librement assumée par la volonté car elle reçoit de cet Autre les conditions de sa liberté et même de sa responsabilité⁵. L'Autre doit, en effet, sentir que la foi du fini est bien volontaire même si l'altérité l'expose nécessairement à une différence. La foi en l'Autre suppose l'ouverture, l'exposition au risque du refus. Dans une relation réussie, l'Autre, également ouvert par sa foi, accepte la relation. Le fini identifie alors son Autre comme différence et exigeance relationnelle lui permettant à son tour de s'identifier.

La décision tendant à rejeter une liberté où l'Autre est absent au profit d'une liberté objective ne peut dès lors résulter que d'une décision du sujet. En choisissant de poser la loi de

subjectivité n'est pas celle qui sait, mais la subjectivité de l'éthique et de l'existence » (S. Kierkegaard, *Post-Scriptum*, op. cit. p. 211). En effet, la séparation vers l'Autre pousse le fini à affronter la finitude : le sentiment lui permet de l'affronter : « je sens que je suis fini ». Or cela tend à poser le fini comme sujet.

¹ « Face à la séparation comme terme ultime de l'altérité, le choix est le principe premier » : A. Juranville, op. cit. p. 120.

² S. Kierkegaard, *Ou bien...ou bien*, Paris, Gallimard, 1943, p. 472.

³ A. Juranville, op. cit. p. 145.

⁴ E. Lévinas, *Totalité et infini*, op. cit. p. 193.

⁵ La volonté pose en effet la loi de la finitude, qui est ici avant tout loi de l'Autre, et ce, de manière libre : cet accueil de l'Autre par l'épiphanie du visage donne au sujet toutes les conditions de sa liberté (premier vecteur de la loi) et de sa responsabilité (deuxième vecteur de la loi). Ainsi la position de la loi de l'Autre ouvre à une totalité vraie. L'Autre doit sentir que la foi du fini est bien volontaire même si l'altérité l'expose nécessairement à une différence. La foi en l'Autre suppose l'ouverture, l'exposition au risque du refus. Dans une relation réussie, l'Autre, également ouvert par sa foi, accepte la relation. Le fini identifie alors son Autre comme différence et exigeance relationnelle lui permettant à son tour de s'identifier.

l'Autre¹, le sujet fixe les conditions posées par cet Autre pour une reconnaissance objective choisie par le sujet. L'identité de l'Autre est alors acquise et appelle le sujet à en faire de même.

17. Œuvre et savoir. Une fois l'Autre identifié grâce à la caractérisation de la relation, le sujet peut accéder à sa propre identification qui cette fois, ne sera pas immédiate et fausse, mais vraie car objective². Pour que ce processus d'identification dans la relation soit efficient et effectif, pour que le fini ne retombe pas dans les travers de l'altérité fausse, il doit accéder à l'objectivité de l'existence : « De même que l'altérité est l'acte de la volonté, où l'on devient soi par l'Autre, en s'identifiant à lui, de même l'objectivité est ce qui est voulu, le terme de l'identification à l'Autre, quand sujet, on voit enfin les choses, non plus de son point de vue initial à soi, mais du point de vue de l'Autre quand on s'est entièrement objectivé »³. L'identité du sujet devient objective en ce qu'il accepte volontairement d'introduire l'Autre dans la relation : ainsi comprend-il qu'il est l'Autre de son Autre, l'objet de son objet.

Il reste ainsi au sujet à vaincre la contradiction de l'existence et à accepter qu'il puisse devenir objet, et non plus seulement sujet, dans la relation à l'Autre. En effet, s'identifier comme sujet n'est que le stade ultime de l'altérité. Le préalable réside dans la capacité du fini à accepter d'être objet de l'Autre⁴. Il doit s'objectiver : il doit adopter le point de vue de l'Autre, prendre conscience que l'Autre le perçoit comme un objet. Il lui faut poser que, de l'Autre, lui sont venues toutes les conditions pour reconstituer l'objectivité vraie de la relation.

18. La répétition, troisième étape de l'altérité. Ainsi formulée, l'existence se donne au sujet comme altérité car l'Autre est ce qui existe primitivement dans la relation pour le fini. A cette altérité qui existe premièrement en l'Autre, le sujet doit finir par accéder pour exister vraiment : si autrui est autre que le sujet, ce dernier doit pareillement admettre qu'il est altérité pour autrui. L'identité portée par la relation doit être réciproque même si elle suit un ordre chronologique établi. Elle apparaît, dans un premier temps, comme séparation car l'altérité de l'Autre pose un problème au fini : il est en effet l'Autre de l'Autre. La séparation entendue comme identité et finitude constitue alors le terme de l'altérité : ce que le fini doit atteindre pour consacrer la qualité de ce qui est autre⁵.

¹ L'hétéronomie.

² « La volonté est ainsi l'identité vraie que le sujet fini suppose en son Autre, et à quoi lui-même doit accéder et accède. Elle est la détermination interne de l'être, pour autant qu'il est caractérisé par l'existence » : A. Juranville, op. cit. p. 148.

³ A. Juranville, op. cit. p. 151.

⁴ On a vu que toute identité du sujet niant l'Autre est anticipative et donc fausse.

⁵ Ce stade correspond chez Kierkegaard à la vérité de la sphère esthétique.

En un deuxième temps, l'altérité est apparue comme choix. Le sujet doit ici choisir de s'extraire de la fausse identité immédiate et de sa fausse objectivité et s'engager vers une nouvelle identité¹.

Le troisième moment de l'altérité réside alors dans la répétition. Elle permet au sujet de ne pas retomber dans les travers du refus de la finitude et du monde social ordinaire, l'ordre commun. Or, la relation à l'Autre rejetée par le monde social ordinaire, revient et se répète ; en ça, elle menace constamment l'identité immédiate et fausse portée par le monde commun et le semblant d'altérité qu'il accepte ou feint d'accepter. L'épreuve existentialiste n'est pas synchronique, elle est diachronique en exigeant du fini la répétition de son ouverture à l'Autre afin de ne pas retomber dans les travers du monde social injuste. La répétition menace, de la sorte, le sens de ce monde dans la mesure où elle est susceptible de remettre en cause la position de l'altérité. Cette remise en question dans le monde ordinaire étant une fausse position (Autre absolu faux), la répétition d'une fausse position mènerait à un non-sens : le rejet de la finitude².

19. Vers un sens de l'existence. A partir de ce non-sens, il convient alors de parvenir à un sens nouveau et vrai, non plus dans le temps imaginaire, mais dans le temps réel. Or, il apparaît une nouvelle fois évident qu'un tel sens est restitué par l'Autre auquel le sujet est lié. La répétition devient ainsi l'acte de l'altérité « en tant que celle-ci se noue dans l'instant, du seul fait de la relation du sujet à l'Autre, et de l'acceptation pure de cette relation »³. L'identification se fait évidemment à l'Autre, non en tant qu'*alter ego*, mais en tant qu'Autre de l'Autre. On accepte alors toutes les fuites causées par le non-sens jusqu'à atteindre une forme d'objectivité : la répétition mène du faux au vrai.

Le professeur Juranville en arrive à la conclusion suivante : « L'altérité, selon nous, est certes d'abord, pour le sujet existant, celle de l'Autre, mais comme identité vraie de cet Autre. Identité originelle qui s'est défaite comme telle pour son Autre. Identité qui ne veut d'accomplissement propre que par son Autre. Dès lors si c'est l'Autre qui est, pour le sujet, le lieu premier de l'altérité, le sujet devient lui-même l'Autre de son Autre. L'altérité devient la sienne »⁴. La subjectivité prend ainsi un tour infiniment objectif puisque le sujet est objet de son objet, Autre de l'Autre. C'est la raison pour laquelle l'on peut ajouter qu'« il n'y a plus pour aller jusqu'au bout du savoir, et donner toute sa vérité à la sérénité, qu'à reconnaître, d'une

¹ Cette étape correspond chez Kierkegaard à la vérité de la sphère éthique. Toutefois, le sujet a tendance à accepter la relation mais à refuser d'être l'objet de l'Autre.

² En effet, en créant une Autre faux, le monde social ordinaire crée un faux sens, une fausse position de l'altérité qui n'a qu'un but : nier ontologiquement la finitude et sa souffrance existentielle.

³ A. Juranville, op. cit. p. 203.

⁴ A. Juranville, op. cit. p. 287.

manière ou d'une autre, une telle altérité vraie. C'est ainsi l'altérité qui est l'essence de l'altérité. C'est l'Autre, comme Autre de son Autre, qui éprouve la sérénité »¹. Le jeu de miroir imposé par toute pensée de l'existence doit parvenir à tirer toutes les conclusions de ces hypothèses. Ainsi, lorsque le fini arrive à prendre conscience qu'il est l'Autre de son Autre, il ne parvient pas à la définition d'un *alter ego*² réductible, mais bien à une identification réelle dans la relation avec pour chacun un rôle à jouer. Cette transposition existentielle peut déboucher sur un savoir qui se sait : un savoir où le fini est forcé de constater que lui, comme son Autre, existe.

20. D'une juste altérité. L'altérité traduit ainsi un mouvement passant par la séparation, le choix et la répétition. Le résultat acquis est la possibilité d'un savoir-vivre où la finitude, épreuve existentielle, est perçue non plus seulement comme un non-sens mais également comme un sens : celui de la position des entités, où chacun n'est pas immobile afin de devenir au final l'Autre de l'Autre. L'existentialisme peut de la sorte devenir un objet de savoir permettant à chaque individualité d'affirmer : je suis un Autre pour mon prochain et je le sais.

Or, le vecteur de ce savoir institué dans un monde juste est la foi : cette posture du sujet qui décide de s'ouvrir à l'Autre sans savoir qui il est et en croyant qu'il répondra à ses attentes. En acceptant ceci, l'individu reste debout, face à un destin, qu'il sait pouvoir être juste.

¹ Idem.

² Il ne s'agit pas d'affirmer qu'autrui est un autre moi mais de soutenir que je suis l'autre de mon autre. Ce n'est pas à l'objet de se subjectiver mais au sujet de s'objectiver.

III - Topologie

21. Un enseignement complexe. La première leçon à tirer de ce court exposé de la philosophie de l'existence, est que cette pensée est pour le moins complexe. Voulant prendre ses distances avec la philosophie classique (la métaphysique), l'existentialisme utilise toutefois les mêmes supports : une conceptualisation poussée et une systématisation soignée donnant parfois de l'ensemble une sensation de logogriphe.

Au demeurant, il résulte de cette étude que l'altérité touche de nombreuses réalités. Passant par la séparation, le choix, la répétition, le sujet peut enfin reconnaître l'Autre tel qu'il est réellement : non son *alter ego*, mais la condition d'une vie en société qui redonne un sens, une vérité, à l'existence malgré la finitude. Comme on l'a souvent répété au cours de ce propos liminaire, l'altérité est à la fois identité et relation. Plus exactement, elle est identité dans la relation. Ainsi, elle se donne prioritairement comme altérité de l'Autre : à savoir une relation qui permet d'identifier l'Autre. Plus tard, en bout de course serait-on tenté de dire, l'altérité devient celle du sujet dans le sens où il peut s'identifier comme Autre de l'Autre. Comme l'a relevé Kierkegaard, « prétendre en effet exprimer notre rapport à l'Inconnu en niant son existence, c'est impossible, puisque cette proposition implique justement un rapport »¹.

En ce que l'altérité institue un monde juste, une relation où la proportion est équilibrée entre le sujet et son Autre, elle semble à même d'orienter une idée de la justice à laquelle le droit devrait se conformer. Il n'est dès lors pas étonnant que l'intersubjectivité constitue, pour Fichte, le fondement du droit naturel², et, pour Leibniz, le critère d'identification des sujets de droit³. Au-delà de la philosophie du droit, il semble opportun d'envisager comment le droit peut véhiculer une conception de l'altérité orientée vers le juste.

22. Pistes juridiques. Une bonne appréhension du concept d'altérité, pivot de l'existentialisme, conduit à affirmer qu'elle est, avant tout, le sens d'une relation permettant, dans un second temps, d'identifier l'Autre dans la relation : l'identité n'est possible qu'une fois la relation posée sous peine d'établir une identité fausse. Au final, le sujet parviendra alors à affirmer sa propre identité. Pour le sujet juridique, à partir duquel les problématiques de droit sont posées, les positionnements à établir se réaliseront donc à l'aune des hypothèses suivantes.

¹ S. Kierkegaard, *Miettes philosophiques*, chap. III, « Le paradoxe absolu », trad. P.-H. Tisseau, éd. de l'Orante, 1979.

² J. G. Fichte, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la Science*, PUF, coll. Quadrige, 1998.

³ V. infra n° 394 et s.

La première s'interroge sur la nature de la relation liant le sujet à l'Autre. Dans cette configuration, l'identité de l'Autre ne pose pas problème. La question porte sur la nature du lien qui unit à l'Autre.

La seconde problématique porte sur l'identification de l'Autre. Dans cette perspective, la nature du lien qui associe à l'Autre est établie. La question est ici de savoir qui est concerné par ce lien, qui est l'Autre.

Dans les deux cas, une donnée est toujours en suspens alors que deux sont connues. Le problème de la nature de la relation pose, comme postulats, l'existence de deux entités identifiées : le sujet et l'Autre. Dans la relation contractuelle par exemple, l'altérité dans la relation équivaut au contractant et à son cocontractant. L'objectif est ainsi de découvrir, de dévoiler, en quoi l'Autre peut fonder le lien de droit. La réflexion peut être menée de manière identique en ce qui concerne les relations extracontractuelles où une des deux entités peut engager sa responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale.

D'un autre côté, le problème de l'identification de l'Autre pose cette fois-ci comme points de départ le sujet et la relation : la personne et le lien de droit. La finalité consiste ici à déterminer à partir de ces deux hypothèses quelle peut être la troisième donnée de l'équation : l'entité qui est juridiquement liée à la personne prédéterminée. S'il échet que la transposition juridique de l'altérité permet au sujet d'identifier l'autre dans la relation, alors il sera possible, en guise de conclusion, de définir, juridiquement, l'identité de l'individu qui accepte l'Autre dans la relation.

IV – Transposition

23. Hypothèses. La transposition¹ juridique annoncée possède ainsi des données lui permettant de fixer un cadre de réception sans que l'on sache déjà si un tel cadre peut être suffisant pour une telle entreprise. L'altérité est identité dans la relation² que le droit a désormais à transposer par le truchement d'une relation et d'une identité.

Or, la relation juridique est à même de recouvrir une pléthore de réalités. Le lien de droit est en effet une donnée polysémique : il peut s'agir d'une obligation, de la filiation, du lien conjugal, de l'instance... Néanmoins, à l'aune de l'altérité, il convient de limiter l'étude de la relation juridique aux liens présentant un degré certain et suffisant d'altérité. Or, il a été soutenu que l'altérité est primitivement le lieu de la séparation du sujet non pas avec mais vers son autre. Il n'est dès lors pas étonnant qu'Aristote et Saint-Thomas d'Aquin aient vu dans le fils quelque chose du père. Si une telle perspective ne tend pas à nier l'altérité pouvant exister au sein d'une famille, elle incline simplement à admettre que le degré d'altérité y est plus faible que dans les autres groupements. En vue d'une proposition de réception de l'altérité sur la scène juridique, il semble préférable d'appréhender l'altérité véhiculée par la relation juridique en dehors de ce domaine, ce qui n'exclut d'ailleurs pas que les idées dégagées par la présente étude puissent éclairer ce groupement si particulier qu'est la famille.

Pareillement, le droit des biens ne semble pas étranger au jeu de l'altérité. La distinction droits réels/droits personnels repose, à n'en pas douter, sur la place d'autrui dans la relation entre les êtres et les choses. A cet effet le projet présenté par l'Association Henri Capitant pour la culture juridique et présidé par M. le professeur Hugues Périnet-Marquet³, ne manque pas de rappeler que cette distinction repose sur le caractère direct ou indirect du lien entre le sujet et la chose⁴. Dès lors qu'autrui ne se situe pas entre le sujet et la chose le droit est dit réel alors que la médiation de l'autre caractérise le droit personnel. Néanmoins, il nous semble que l'obligation, le *vinculum juris*, présente une plasticité propre à inscrire la réception de l'altérité dans une dimension accessible. En ce que l'obligation sépare mais également réunit des entités distinctes,

¹ Adapter le contenu d'une œuvre, un thème à un contexte différent : dictionnaire Trésor CNRS.

² Et il convient de respecter l'idée selon laquelle la relation est première ; la philosophie de l'existence a, en effet, parfaitement démontré que l'identité immédiate, anticipative, était toujours fautive. Seule la primauté de la relation est de nature à garantir une identité vraie.

³ Avant-projet de loi portant réforme du livre II du code civil relatif aux biens, disponible sur le site de l'association Henri Capitant.

⁴ Article 522 : « (Al. 1^{er}) Le droit réel est celui qui confère à une personne un pouvoir direct sur un bien. Il suit ce dernier en quelques mains qu'il passe. (Al. 2nd) Lorsqu'il est accessoire à une créance dont il garantit le paiement, il confère, outre un droit de suite, un droit de préférence sur le bien ».

Article 523 : « Le droit personnel est celui du créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur ».

elle apparaît comme le lieu où l'altérité joue un rôle essentiel puisque chaque protagoniste peut légitimement se déterminer par rapport à un autre déterminé, à tout le moins déterminable¹. Dans la mesure où l'obligation présente un lien de droit où chaque membre est lié à son autre, elle permet de dégager une perspective intéressante quant à la transposition d'un concept exigeant un rapport entre des êtres séparés, une complémentarité au service d'une appréhension de la relation par le truchement d'autrui.

Il en résulte, premièrement, une perception de l'altérité dans une signification obligeante. Autrui se présente dans une dynamique de liberté et de responsabilité excluant tout *alter ego*. La réception d'autrui passe, en effet, par une objectivation du sujet : ce n'est pas l'autre qui est un autre moi, par essence vindicatif et hostile, mais moi qui suis l'autre de mon autre. Or, l'hétéronomie véhiculée par autrui est source, chez le sujet, d'autonomie dans le sens où libre de reconnaître autrui, il est responsable de cette reconnaissance. D'où le besoin d'appréhender l'altérité, dans la dimension relationnelle du droit, à l'aune de la perspective liée à l'obligation comme lien de droit instituant la relation à l'autre. Autrui est obligeant dans la mesure où le droit consacre une limitation de la liberté du sujet par celle qu'autrui peut légitimement revendiquer. Cela ne permet sans doute pas d'épuiser la thématique : en droit des sociétés, en droit du travail, dans le domaine familial, en droit des successions..., l'altérité est à même de donner une coloration aux différents liens de droit. Au demeurant, il ne s'agit pas, ici, d'épuiser la réception du concept d'altérité en droit, mais de tenter de la fonder en décelant le mécanisme permettant cette transposition. D'ailleurs lorsqu'il s'agira de déterminer l'identité juridique des entités intervenant sur la scène du droit, l'on ne se privera pas d'avoir recours à toutes les disciplines juridiques pour témoigner de l'existence de sujets de droit à côté des entités dotées classiquement de la personnalité juridique. De la sorte, si le domaine d'étude, le droit privé, relève de l'acception traditionnelle en ce qu'il recoupe les relations entre particuliers, cette définition ne saurait occulter le rôle joué par l'Etat, voire par des organisations régionales ou internationales. La relation privée est en effet soumise au droit tel qu'il ressort de l'ordonnancement juridique. Ainsi, au-delà d'un lien privé, une relation juridique peut pareillement être analysée à l'aune du tort causé à la société et à la réaction que celle-ci institue pour répondre à un acte considéré comme menaçant le bien commun². Le régime juridique d'une relation entre particuliers peut également faire l'objet d'une modification en raison des variations normatives dans le temps.

¹ Le domaine d'étude apparaît dès lors moins ambitieux. Au demeurant, il ne s'agit pas d'appréhender tout le droit pour y déceler une trace de l'altérité, ce qui intuitivement semble évident, mais de déterminer à partir d'exemples précis une idée de la manière dont l'altérité peut influencer une autre conception du droit.

² Ce qui est naturellement le propre de la matière pénale.

Cette nécessaire mutation du droit entre dès lors dans le domaine de cette étude en ce qu'elle tend à troubler les relations interindividuelles.

23-1. Plan. Ainsi, dans la dimension¹ relationnelle (**partie I**), il sera essentiellement question du lien obligationnel pour attester, en droit, que l'anticipation légitime d'autrui, comme vecteur objectif d'une prévision éclairée par le droit, est la perspective à l'aune de laquelle l'ordonnancement juridique se construit. Car, si l'analyse de cette anticipation éclaircit l'origine de la responsabilité civile et explique que le droit se meut en toute sécurité à l'égard de son altérité², elle permet, premièrement, d'orienter le droit contractuel en synthétisant solidarisme contractuel et autonomie de la volonté. Dans cette matière où l'altérité est, avant tout, l'œuvre d'un choix, autrui se donne essentiellement à travers ce qu'il a pu raisonnablement attendre de la convention. Au-delà du contrat, lorsque le lien est extracontractuel, ou qu'il dépasse ces deux ordres³ pour imposer la sécurité juridique, se manifeste une reproduction de cette tendance puisque la légitimité d'une prétention ne se dévoile que dans l'altérité, dans la similitude et la différence d'intérêts que le droit équilibre lors d'un rapport : le juste partage.

La pensée de l'existence nous a, également, légué l'idée selon laquelle l'identité des existants devait être révélée par la relation à l'autre. C'est en effet dans l'altérité que la répétition de l'épreuve de la finitude permet au sujet de dépasser une identité immédiate et fautive au profit d'une identité réelle qu'autrui conditionne en offrant la possibilité de l'accueillir. Sur la scène du droit, cette perspective est à même de permettre la reconnaissance des destinataires de l'ordonnancement juridique. Cette désignation des sujets dans l'altérité permet de proposer une alternative à une qualification des entités à l'aune de la simple personnalité juridique. L'existence dépassant l'essence⁴, il semble inopportun de déterminer le sujet de droit de manière abstraite, en dehors de toute relation : la qualification ne saurait s'affranchir de la relation que le droit régit. En ce qu'autrui peut légitimement anticiper le destinataire d'une norme, il détermine l'existence objective du sujet. L'hétéronomie sert ainsi la reconnaissance⁵ des sujets de droit :

¹ Entendue comme une composante spécifique et relativement importante, quoique parfois mal perçue, de la pensée ou du réel. Empr. au lat. *dimensio*, class. « mesurage » (dictionnaire Trésor CNRS).

² Le citoyen, et à terme, le justiciable.

³ Contractuel et extracontractuel.

⁴ Il ne nous semble pas que l'existence précède l'essence. Toutefois, si les êtres *sont*, ils n'*existent* que dans l'altérité : l'identité, par le truchement d'autrui, devient vraie là où l'identité de l'essence est fautive. L'on ne se connaît qu'à travers autrui, d'où la nécessité de reconnaître cet Autre.

⁵ Car reconnaître consiste à identifier, à admettre et proclamer le statut officiel, l'existence juridique de quelqu'un, là où connaître revient à être informé de et/ou sur l'existence de quelqu'un (Dictionnaire Trésor CNRS). La reconnaissance institue ainsi le savoir dans l'identité.

reconnaissance mutuelle¹ qu'autrui est un comme soi. C'est dire que l'altérité, dans sa perception des existants, conduit à identifier, à reconnaître le sujet de droit, non par le prisme d'une définition abstraite et pré-relationnelle, la personnalité, mais à l'aune de la relation qui le prédétermine (**partie II**).

Partie I

La dimension relationnelle de l'altérité : le respect de l'anticipation légitime d'autrui

Partie II

La dimension identitaire de l'altérité : la reconnaissance du sujet de droit

¹ V. M.-L. Mathieu-Izorche, art. précit. n° 44, p. 73.

PARTIE I – LA DIMENSION RELATIONNELLE DE L'ALTERITE :

LE RESPECT DE L'ANTICIPATION LEGITIME D'AUTRUI

24. Une idée du droit à l'aune d'autrui. L'altérité procède, ainsi, primitivement, d'une relation à l'autre avant même de permettre à chaque entité de s'identifier. Or, si la philosophie nous apprend que la relation est la première étape, elle n'indique que trop peu la teneur de ce rapport. C'est là, nous semble-t-il, que le droit a pleinement à jouer son rôle dans la mesure où il ressort au domaine juridique de donner un sens aux rapports qu'entretiennent les différents acteurs intervenant sur la scène du droit. Reste alors à déterminer la nature de cette relation en sachant que cela ne peut se faire sans une conception du droit et de son but, la justice.

Si l'on accepte de replacer autrui au centre de la relation juridique, il est évident que le respect d'autrui constituera une dimension certaine de la réception de l'altérité en droit. Au demeurant, l'on ne peut nier que le droit a pour objectif d'assurer la sécurité des justiciables en assurant la prévisibilité et la stabilité au sein de leurs relations. Il n'est dès lors pas étonnant que le respect d'autrui soit axé autour de la notion d'attente légitime ou raisonnable. Si les attentes d'autrui doivent être juridiquement protégées, ce n'est qu'à la condition qu'elles présentent une qualité précise : la légitimité en ce qu'elle permet d'assurer la prévisibilité de l'expectative. Il en résulte que le droit se devrait de protéger les anticipations légitimes d'autrui.

Néanmoins, cette exigence ne saurait présenter la même teneur dans tous les domaines du droit. Dans la mesure où cette étude ambitionne simplement de proposer une clef de transposition de l'altérité sur la scène du droit, la méthode poursuivie reposera sur un nombre forcément limité d'illustrations ; l'idée consiste à retenir les exemples intégrant un cadre général de réception au risque de sacrifier des mécanismes relevant davantage de la technique juridique¹. En outre, ces exemples seront essentiellement empruntés au droit des obligations en ce que le lien juridique obligationnel institue, selon nous, un degré certain d'altérité².

¹ Stipulation pour autrui, responsabilité du fait d'autrui, usage frauduleux de la chose d'autrui, offre de contracter, engagement unilatéral de volonté, quasi-contrats, actions en justice des actionnaires minoritaires, la relation employeur-salarié... recèlent indubitablement des questions relatives à l'altérité. Pour autant tous ces mécanismes ne pourront faire l'objet d'une étude approfondie. Ce qui sera écarté le sera sans doute, en un sens, arbitrairement. Au demeurant, le droit véhicule par principe l'idée d'altérité, d'où la nécessité de ne retenir que certains mécanismes afin de dégager une idée générale de la manière dont l'altérité peut être reçue sur la scène du droit. L'ambition reste limitée à la volonté de dégager une clé de transposition de l'altérité à partir de quelques illustrations non de prétendre à une exhaustive étude de tous les mécanismes intégrant une dimension d'altérité.

² V. supra n° 23.

Ainsi, en matière contractuelle, il semble logique de soutenir l'idée selon laquelle respect est dû aux anticipations légitimes d'autrui : la convention est, avant tout, un acte de prévision¹. Au-delà de l'évidence, cette théorie se présente comme un principe² en ce qu'il oriente le droit contractuel et explique, notamment, la force obligatoire des conventions. L'anticipation légitime d'autrui se présente, en effet, telle une alternative recomposant la dialectique autonomie de la volonté/solidarisme contractuel : le débiteur est ainsi celui à l'aune duquel doivent être appréciées les manifestations de la volonté du créancier. C'est sur le fondement de ces signes extérieurs du vouloir, la volition³, qu'autrui est à même de déterminer ce qui relève, dans le contrat, de la force obligatoire : cette dernière n'est donc plus autonome⁴, mais bel et bien hétéronome⁵. Si l'on part du postulat que la cause première du droit contractuel est de permettre un encadrement des relations économiques, le respect accordé aux anticipations légitimes d'autrui apparaît alors telle la cause finale de cette matière. A l'aune du respect des attentes raisonnables d'autrui, il est alors possible d'expliciter le rôle croissant attribué à la bonne foi, le domaine conceptuel de l'équité et d'esquisser la réception de la notion d'estoppel. Le respect des anticipations légitimes est ainsi *synthèse*⁶ puisqu'il permet de combiner autonomisme et solidarisme en faisant de la manifestation de la volonté l'élément objectif devant être appréhendé

¹ V. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 65, et infra n° 123.

² L'altérité s'entend ici d'un principe de droit non au sens de règle de droit. Comme le soutenait Portalis : « Le droit est moralement obligatoire : mais, par lui-même, il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole, et les lois de compas » (Locré, t. I, p. 265). C'est dire que l'altérité en tant que principe ne signifie pas « principe général du droit », ou « principe de droit privé » (V. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, éd. Panthéon Assas). Il ne s'agit pas pour le principe juridique de constituer une contrainte, une règle. Il n'a comme mission que d'orienter les règles en les synthétisant ou en leur conférant un critère d'analyse. Michel Villey observait à cet effet que « le juge romain n'était pas pris dans un carcan de règles générales. Le droit romain réservait aux lois cette part réduite que leur assigne la doctrine classique du droit naturel : elles servent à déterminer certains préceptes particuliers, dont la certitude est d'ordre public [...]. Le juriste romain ne tire pas en principe le droit de la règle : *non ex regula jus sumatur*. La règle n'est qu'un auxiliaire dans la recherche dialectique du droit » (M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadriges, 2004, p. 487). C'est dire, qu'à l'inverse du principe général de droit, le principe (ou précepte), tel que nous l'entendons, n'est pas normatif. Il est néanmoins juridique en ce qu'il lie les hommes (*ligare*) donc les oblige, là où la loi, la règle, est le choix (*legere*) de la norme par le législateur (au sens large de toute autorité compétente pour édicter du droit textuel, normatif) pour contraindre. Cette contrainte peut d'ailleurs être plus moins forte : ainsi la loi supplétive, ne contraint que dans le silence ces parties.

Comme le rappelait Montesquieu : « Avant qu'il n'y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice... Dire qu'il n'y a de juste et d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, les rayons n'étaient pas égaux (*Esprit des lois*, livre I, chap. I, cité par A. Sériaux, *L'usage frauduleux de la chose d'autrui*, Mémoire DEA, ISPEC, 1978, p. 152).

Sur la distinction entre droit et règle, *ligare* et *legere*, v. J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD Civ.* 2001 p. 265, n° 12.

³ Acte de volonté, manifestation de la volonté, Dictionnaire Trésor du CNRS.

⁴ Qui est moralement, intellectuellement indépendant, qui mène une existence indépendante (idem).

⁵ Qui est influencé par des facteurs, des phénomènes extérieurs ; dont les lois, les règles, dépendent d'une entité extérieure (idem).

⁶ Le terme synthèse est ici entendu comme une « proposition, notion nouvelle qui prend en compte et retient ce que contient la thèse et l'antithèse pour les combiner, à un niveau supérieur de compréhension, de connaissance » : Dictionnaire Trésor du CNRS.

dans le chef d'autrui ; il est pareillement *synthèse* en ce que la méthode permettant d'en dégager l'existence repose sur une composition des techniques contractuelles à l'aune de cette prémisse¹ : en cela, le respect de l'anticipation légitime d'autrui est principe synthétique de la relation contractuelle (**Titre I**)

Une fois le principe général dégagé par le droit contractuel, il convient d'en appréhender les manifestations au-delà du contrat. En expliquant l'origine du concept de responsabilité, le principe fonde la relation entre tiers autour du concept de sécurité juridique en affirmant que toute atteinte à une attente raisonnable d'autrui constitue une violation du droit objectif justifiant un droit subjectif à réparation. La cause finale de ces relations étant d'assurer la sécurité dans les relations humaines, l'altérité est alors à l'origine d'une telle dynamique en favorisant la prévisibilité et la stabilité du droit. Le principe de responsabilité est ainsi *analysé*² à l'aune de l'atteinte préjudiciable à une expectative que le droit considère comme légitime : le fait qu'autrui pouvait raisonnablement attendre de l'auteur du dommage qu'il se conduise différemment. En outre, si ce principe peut expliquer que le droit cherche à assurer la sécurité dans les rapports interindividuels en protégeant l'attente raisonnable d'autrui, il permet, pareillement, que le droit se meuve lui-même en toute sécurité à l'égard de tous les intervenants sur la scène juridique. L'anticipation d'autrui devient, en effet, le critère à l'aune duquel les mouvements du droit dans le temps sont *analysés* afin de ne pas porter atteinte à certaines espérances légitimes.

Or, si la responsabilité civile peut aisément être perçue comme un domaine du droit obligationnel, à côté du droit contractuel, la sécurité juridique se présente, quant à elle, comme une exigence dépassant la dialectique délictuelle/contractuelle : elle est *au-delà*. Au final, l'anticipation légitime d'autrui *emprunte* au droit contractuel, dont elle est le principe synthétique pour constituer le principe analytique de la relation métacontractuelle³ (**Titre II**) : à côté et au-delà du contrat, mais sans s'en séparer.

C'est dire qu'autrui et ses attentes sont à la base des relations juridiques interindividuelles marquées par l'obligation.

¹ Cette méthode ne repose donc pas sur la technique dite d'induction amplifiante en ce que l'idée de synthèse est postulée. Il ne s'agit pas de vouloir dégager une conclusion neutre et non prédéterminée à partir de dispositions éparses, parfois contradictoires, voire inexistantes, faisant d'ailleurs de l'induction une méthode « stérile » (v. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, éd. Panthéon Assas, n° 419 et s.). La méthode synthétique ne se prive donc pas du recours à l'analyse lorsqu'il est nécessaire de revenir à l'ensemble général pour éclairer son application concrète (v. note suivante). La méthode est ainsi dite « synthétique » en ce qu'elle est essentiellement synthétique sur le fond. Elle est néanmoins parfaitement synthétique sur la forme puisqu'elle tend à présenter une combinaison de l'autonomie de la volonté et du solidarisme contractuel à travers le concept d'hétéronomie de la volition.

² Analyse : « Examen permettant d'isoler ou de discerner les différentes parties d'un tout » lorsque la synthèse est, au contraire, « méthode par laquelle on procède du simple au complexe, des éléments au tout, de la cause aux effets » (Dictionnaire Trésor, CNRS).

³ En ce que le préfixe grec *μετά* (*meta*) signifie après, au-delà et avec.

Titre - I

L’anticipation légitime d’autrui, principe synthétique de la relation contractuelle

Titre - II

L’anticipation légitime d’autrui, principe analytique de la relation métacontractuelle

Titre I – L'anticipation légitime d'autrui, principe synthétique de la relation contractuelle

25. L'altérité comme alternative. Le principe de l'autonomie de la volonté constitue la clé de lecture classique du droit contractuel à travers la perception de la force obligatoire des conventions. Puisque tous les hommes sont égaux en pouvoir comme en vouloir, s'engager ne serait possible que dans la mesure où le consentement serait libre ; or, de cette liberté découlerait la force accordée à l'engagement ainsi contracté. Percevant chaque entité de la relation comme une émanation de la volonté raisonnable, la doctrine de l'autonomie de la volonté ne développe pas de conceptualisation particulière à l'endroit d'autrui. *Alter ego*, l'autre est essentiellement perçu dans sa capacité à poursuivre ses propres intérêts. La rencontre d'intérêts divergents librement négociée dans une convention expliquerait la force contraignante de l'acte juridiquement (*thèse*).

Si très tôt, cette perspective est contestée, notamment par les exégètes préférant voir dans la force obligatoire un effet purement légal, c'est plus récemment la doctrine solidariste qui a tenté de lutter contre les méfaits d'un autonomisme excessif. Préférant voir dans le contrat un microcosme, le solidarisme n'oublie pas la nécessaire dimension relationnelle du droit et du lien de droit. La dimension conflictuelle du contrat est ainsi dépassée par une conception corrélatrice des intérêts en présence. Bonne foi et équité sont ainsi appelées au chevet d'un droit contractuel désincarné et antagoniste où les prérogatives conventionnelles seraient mises en œuvre à l'aune des intérêts d'autrui. Fort logiquement, c'est, essentiellement au stade de l'exécution du contrat que le solidarisme exige que chaque contractant agisse en n'oubliant l'autre de la relation : loyauté, solidarité voire fraternité sont alors invoquées au profit d'une collaboration contractuelle (*antithèse*).

Cette contestation du paradigme volontariste (**chapitre I**) ne présente cependant qu'une esquisse d'explication du lien contractuel à l'aune d'autrui. Il n'en demeure pas moins que la synthèse proposée repose essentiellement, et par définition, sur une coordination de ces deux courants doctrinaux, d'où la nécessité de les appréhender afin d'exposer divergences et convergences. Une synthèse ne saurait, en effet, se comprendre sans la thèse et l'antithèse qu'elle combine.

Du reste, si l'hétéronomie agissant dans le domaine contractuel est aisée à observer¹, rares furent ceux à voir en l'autre le terme même de cette normativité extérieure. S'il est apparu nécessaire de repenser le lien contractuel à la lumière d'une théorie éclairant d'un jour nouveau les effets du contrat, et surtout, sa force contraignante, l'altérité constitua, alors, une alternative solide à cette dialectique. Emmanuel Lévy est ainsi le premier à réfléchir à une nouvelle conception du lien obligatoire où la confiance légitime d'autrui devient la clef de voûte contractuelle. Développant une perception socialisante du contrat, Lévy est logiquement amené à faire d'autrui le vecteur du droit contractuel. L'autre est alors désigné comme le siège de la force obligatoire à travers son attente raisonnable. Cette théorie fut reprise récemment par Xavier Dieux : le respect des anticipations légitimes d'autrui constituerait le principe de la relation contractuelle en expliquant à la fois sa force, sa police et ses évolutions. L'« autre » permettrait alors de dépasser, en la synthétisant, la vieille querelle entre autonomistes et solidaristes (**chapitre II**). En donnant un support aux notions de bonne foi, d'équité et d'*estoppel*, le respect des attentes raisonnables semble apte à proposer une relecture du droit contractuel où chaque mécanisme ne tirerait sa logique que d'une conception intégrale de l'altérité : un sens donné à la relation où autrui est un irréductible devant être respecté en ce qu'il anticipe, raisonnablement, le mouvement du droit et de ses acteurs. Néanmoins, ce renversement de perspective n'exclut pas le recours à la volonté puisque c'est à travers ses manifestations que se dégage la raisonnable expectation d'autrui : l'hétéronomie de la volition (*synthèse*).

¹ Le rôle de la loi étant difficile à occulter.

Chapitre I – Un paradigme contesté, l’autonomie de la volonté

26. Volontarisme, individualisme et solidarisme. Véritable pierre angulaire du droit des obligations, le principe de l’autonomie de la volonté donne au consentement des parties un rôle central dans la construction du contrat et s’illustre notamment dans l’article 1134 du code civil et sa formulation de la force obligatoire : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La philosophie dont ce principe procède, héritée des Lumières comme du legs révolutionnaire, a connu une exceptionnelle prospérité dans le monde entier : l’individualisme met ici en exergue le rôle prépondérant de la volonté. Chaque entité de la relation contractuelle est alors perçue de manière identique : un être rationnel qui, par le jeu de la négociation, est apte à déterminer les termes d’un contrat satisfaisant au mieux ses intérêts. Les contractants sont ainsi des acteurs juridiques équivalents, des *alter ego*. Une seule théorie convient à chacun : l’autonomie.

Cependant, il est aisé de remarquer que l’Etat s’est très tôt, et de façon croissante, préoccupé des risques que pouvait présenter une application extrême de ce principe sur le tissu économique et social en érigeant la sécurité comme une prérogative qu’il fallait mettre en balance avec la liberté. A l’aune de ce souci d’équilibre entre liberté et sécurité, que toutes les sociétés modernes ont cherché à concilier, on retrouve les approches philosophiques différentes des deux grands systèmes de droit, la *common law* et le droit civil : les pays de *common law*, qui prônent un interventionnisme limité en amont et une régularisation *a posteriori* par l’office du juge ; les nations civilistes qui, à l’instar de l’approche française, ambitionnent de fixer, en amont, des règles d’équilibre qui laissent aux juridictions chargées d’en apprécier l’application une marge limitée.

Toutefois, au-delà d’un tel panachage, il est évident, pour certains, que l’autonomie de la volonté, bien que de plus en plus décriée, constitue le socle du droit des obligations et notamment du droit des contrats (section 1). La liberté est ici un principe que le code civil vient rarement affaiblir et que chaque entité de la relation exerce de manière semblable : l’autonomie est symétrique, autrui n’est qu’un *alter ego*¹. Néanmoins, depuis quelques années est apparu en doctrine un courant ayant comme objectif de faire reposer le droit des contrats sur un autre postulat, la solidarité entre les parties au contrat. Ce solidarisme contractuel, inspiré des travaux de Demogue au début du siècle dernier, tend ainsi à faire de la convention un haut lieu de

¹ S’il est une atteinte certaine, il convient d’ailleurs de la chercher dans le code de la consommation.

collaboration où chacun, par altruisme, ou par conscience sociale, doit coopérer avec son cocontractant en vue de la réalisation des fins de la convention. Cette remise en cause de l'autonomie de la volonté (section 2) mérite une attention particulière, puisque, comme nous le verrons, elle contient, en germes, une vision du contrat ayant vocation à replacer l'autre au centre de la relation juridique.

Section 1 - Le paradigme de l'autonomie de la volonté et son évolution

27. Autonomie de la volonté et droit. Classiquement, la théorie de l'autonomie de la volonté explicite le fondement de la force obligatoire du contrat : à partir du moment où l'on considère que l'homme est libre, l'obligation qu'il assume à la suite d'un contrat ne peut venir que de lui-même : *auto nomos*¹. La loi ne fait donc que garantir l'exécution de l'obligation contractuelle et en assure la sanction. Quand on dit que la volonté est autonome, l'on considère que la volonté humaine tire d'elle-même toute sa force créatrice d'obligations : autonomie, étymologiquement, signifie en effet « droit de se régir par ses propres lois ». Par conséquent, « qui dit contractuel dit juste »² car c'est l'individu qui a choisi de se lier ; or, en être rationnel, ce dernier exige que ses rapports avec l'autre soient établis à l'aune de la justice. Il est nécessaire de présupposer que l'homme recherche la justice dans sa confrontation à l'altérité dans la mesure où, s'il ne la désire pas lui-même, il sera difficile pour l'Etat de la lui imposer. Il convient, à cet effet, de remarquer que, lorsque le consentement est entaché de vices (erreur, dol, ou violence), le contrat peut être annulé : c'est ainsi la volonté que protège le code civil aux articles 1109 et suivants³. Plus précisément en affirmant à l'article 1134 que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », les tenants de l'autonomie de la volonté considèrent que la simple volonté de l'homme est à même de hisser au niveau de la loi

¹ Comme l'expliquait Philippe Potentier, Rapporteur Général du 102ème Congrès des Notaires de France à Strasbourg, sur le thème *Les personnes vulnérables*, 21/24 mai 2006 : « La loi est ce que nous décidons. Le droit n'est pas qu'une expression légale ou réglementaire. Dans une société de liberté, il est aussi le fruit d'une volonté. Nous devons cette autre source fondamentale du droit à Kant, qui dans le berceau de la philosophie des lumières a forgé le concept de l'autonomie de la volonté. L'idée de la dignité d'un être raisonnable n'obéit à aucune autre loi que celle qu'il se donne à lui-même ».

² Sur la réception erronée de cet aphorisme tronqué d'Alfred Fouillée (*La science sociale contemporaine*, 2e éd., Paris, Hachette, 1883), v. L. Rolland, « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ...en trois petits bonds, à reculons », *McGill Law Journal*, volume 51-4, 2007, p. 765-782.

³ En bref, la théorie de l'autonomie de la volonté implique d'une part la liberté de contracter ou de s'abstenir, notamment à travers la possibilité de rompre des pourparlers, et d'autre part la force obligatoire du contrat. Les parties sont liées par le contrat et il faut le consentement des deux parties pour le modifier ou pour y mettre fin : c'est ce qu'affirment en substance les alinéas 1 et 2 de l'article 1134 du code civil. Au demeurant, la force obligatoire s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge ; le juge n'a qu'une mission selon l'article 1156 du même code : dégager clairement le sens du contrat pour mieux en assurer l'exécution. D'ailleurs, il est coutume d'affirmer qu'en matière contractuelle le juge n'est que « le ministre de la volonté des particuliers ».

Or, l’idée selon laquelle la volonté serait à elle-seule source de l’obligation contractuelle procède, primitivement, d’une conceptualisation individualiste de la liberté portée par certains penseurs politiques et/ou juridiques, et les révolutionnaires. Si cette approche fut, semble-t-il, consacrée par le code civil (§ 1), il apparaît, cependant, à l’analyse que l’essence-même de l’autonomie de la volonté procède d’une vision biaisée des objectifs des codificateurs tant ces derniers ont enserré la volonté dans un certain légalisme (§ 2).

§ 1 – Emergence d’une liberté volontariste : vers l’autonomie

28. Origine. « On ne peut aller jusqu’à faire son deuil de la volonté comme source de l’obligation »¹. Il semble, en effet, difficile de contester l’évidence selon laquelle le volontarisme est à la source de la théorie générale du contrat. S’il n’existait pas en tant que tel à Rome qui déniait « à la volonté nue le pouvoir d’engendrer des obligations »², il semble que son émergence soit imputable au christianisme enseignant la crainte du parjure³ avant que Grotius et l’école du droit naturel⁴ ne laïcisent au XVII^e siècle le principe du respect de la parole donnée. Ils affirmèrent pour cela l’autonomie de l’homme en vertu de laquelle l’on ne peut se soumettre qu’à sa volonté propre : selon Grotius, la liberté est « l’empire que nous avons sur nous-mêmes »⁵. Les hommes, réputés libres et égaux, doivent se lier volontairement, et ce qui est exprimé par leur volonté acquiert alors une valeur souveraine. Michel Villey observait que chez Grotius, le devoir de tenir sa parole induit « le droit volontaire, c’est-à-dire tout le droit positif propre à chaque

¹ M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », in *Archives de philosophie du droit, L’obligation*, tome 44, 2000, p. 139. L’auteur conclut : « D’une façon plus générale, seule la volonté créatrice d’obligation juridique peut servir le nœud d’intérêts qui fait marcher le système économique » (ibidem p. 151).

² A.-J., Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, préf. M. Villey, LGDJ, Paris, 1969, Bibliothèque de philosophie du droit, p. 200. Pareillement, l’auteur observe que le droit romain n’a jamais élaboré de véritable théorie générale du contrat permettant notamment de faire annuler ce qu’un consentement vicié n’avait pu vouloir : V. infra n° 32.

³ Dès le XIII^e siècle, le droit canonique adopte, en effet, le principe selon lequel une action pouvait naître d’un simple pacte. L’Eglise s’attache ainsi à défendre le principe du respect de la parole donnée et considère que toute promesse quelle qu’en soit la forme, se doit d’être respectée sous peine de commettre un péché. Les théologiens vont, de la sorte, assouplir le formalisme de validité puis supprimer l’exigence d’un serment préconisant le respect des promesses, lesquelles ont force obligatoire par elles-mêmes. Cette prescription est tirée par les canonistes de la morale, de la bonne foi selon les formules consacrées par saint Thomas d’Aquin (1225-1274) : *ad fidelitatem hominis pertinet ut solvat id quod promisit* (au nom de la fidélité on doit payer ce que l’on a promis) et *secundum honestatum ex qualibet promissione homo homini obligatur* (c’est en vertu de l’honnêteté que dans toutes ces promesses l’homme est lié à l’homme) : en promettant à l’autre une action, l’on crée chez lui une attente qu’il faut par honnêteté respecter. La règle simplement morale formulée par Cicéron, « *pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, et praetores sint* » (*De officiis*, Livre II, p. 92), que l’on abrège usuellement en « *pacta sunt servanda* », réapparaît ainsi, durant l’Ancien Régime, telle une maxime juridique. Michel Villey rappelait, en effet, que la loi naturelle stoïcienne dans laquelle fut « instruit » Cicéron « n’a guère de portée que morale », car selon les stoïciens, « le sage se désintéressait de la cité et de ses conventions » : *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadriges, 2003, p. 101.

⁴ V. Alain Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1999.

⁵ Cité par A. Dufour, *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, PUF, coll. Léviathan, 1991, p. 43.

groupe particulier ; il a "pour mère" la volonté concordante des individus, "pour grand-mère" la nature humaine, comprenons toujours la raison et la loi morale obligeant à respecter les conventions »¹.

Parallèlement, se développaient sur le plan des institutions politiques les théories du contrat social de Hobbes, Locke et de Rousseau. La doctrine économique libérale du XVIIIème siècle, quant à elle, louait les vertus de la liberté contractuelle, garante de l'intérêt général par le jeu de la concurrence, nécessairement bon pour tous. La force créatrice de la volonté était alors considérée comme omnipotente².

Sur le plan du droit civil, c'est à Domat, et Pothier, son légataire, que l'on doit sans doute d'avoir étendu au contrat les théories volontaristes. Ils inspirèrent profondément le code civil en posant le principe du consensualisme, la théorie des vices du consentement, l'effet relatif des conventions et les principes d'interprétation (A). En octroyant à la liberté un rôle primordial, les révolutionnaires achevèrent alors la consécration de l'individualisme à l'aube de la codification (B). Il n'est dès lors pas étonnant que la volonté, comme expression de la liberté naturelle des hommes, joue un rôle important dans la théorie générale du contrat proposée par le code civil, marquant ainsi une rupture avec le droit romain (C).

A - L'apport volontariste de Domat et Pothier

29. L'œuvre de Domat. Avocat du Roi au présidial de Clermont Ferrand, Jean Domat est l'auteur, en 1689, du célèbre ouvrage *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*. Son œuvre est principalement marquée par un double objectif : d'une part, un souci de destiner ses écrits à des praticiens, d'autre part, la volonté de proposer une législation unifiée et ordonnée, « prête pour la France du XVIIème siècle »³. Chrétien, jusnaturaliste et rationaliste, il élabore ainsi sa théorie des contrats en mettant tout d'abord en exergue les principes naturels et immuables de l'équité et de la morale à l'aune d'autrui, les vérités générales de la chrétienté : il ne faut faire de tort à personne, il faut rendre à chacun ce qui lui appartient, il faut être sincère dans les conventions et fidèle en toutes sortes d'engagement⁴. Désirant ne pas séparer le droit des faits auxquels il est

¹ M. Villey, op. cit. p. 543.

² Notamment, A. Smith, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 4 vol., PUF, coll. Pratiques théoriques, 1995. V. R. Robaye, op. cit., p. 55.

³ A.-J. Arnaud, op. cit. p. 69.

⁴ Il est intéressant de remarquer que D'Aguesseau, qui fut le « père spirituel » de Pothier (A.-J. Arnaud, op. cit. p. 106) avait pareillement avancé une conception des contrats fondée sur les droits naturels de l'homme que sont la liberté et l'égalité. Il fut très influencé par Domat et sa conception hautement moraliste du droit, où autrui joue un rôle essentiel : « tous les devoirs réciproques de l'homme à l'égard de l'homme se réduisent à ces deux grandes règles, où se trouve tout ce qui est nécessaire pour la perfection et pour le bonheur, soit de chaque homme considéré

voué à s'appliquer, Domat esquisse une science applicable aux relations conflictuelles entre les hommes¹. La tâche finale de l'analyse consistera à confronter les principes, initialement dégagés, aux faits, et ce, afin d'en induire des lois justes et équitables, propres à chaque relation où l'altérité se veut initialement problématique.

Le même raisonnement est suivi en droit contractuel : équité, justice et liberté deviennent ainsi les maîtres mots de la convention. Le droit des contrats est fondé sur la volonté libre des hommes puisque la liberté des hommes est reconnue comme droit naturel. Bien que Domat s'appuie essentiellement sur le droit romain pour construire son œuvre, il ne le suit pas « servilement »². Le volontarisme qu'il instille au droit contractuel est ainsi plus le fruit des développements théologiens que de l'enseignement romain.

Selon lui : « les conventions étant des engagements volontaires qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et liberté et si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caractères, comme si elles sont faites par erreur ou par force, elles sont nulles... »³. Il en vient, alors, à formuler la règle dont il tire toute la théorie du contrat : « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de lois à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel »⁴.

L'incidente d'un tel volontarisme apparaît dans le principe de libre détermination du contenu du contrat : « comme les conventions sont arbitraires et se diversifient selon les besoins, on peut, en toutes sortes de conventions, de contrats et de traités, ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales ou autres... »⁵. Pareillement, l'égalité naturelle de tous les hommes doit régner dans les textes juridiques : égalité de situation des cocontractants, mais aussi dans le partage des successions puisque ces deux instruments juridiques sont les modes principaux d'accession à la propriété.

Dans le cadre d'une vision morale du contrat orientée vers autrui, la liberté apparaissait alors comme un gage de justice permettant à l'égalité naturelle de jouer au sein de la convention.

séparément, soit de la société entière du genre humain : je ne dois jamais faire aux autres ce que je ne voudrais pas qu'ils fissent contre moi ; je dois pareillement agir pour leur avantage, ainsi que je désire qu'ils agissent toujours pour le mien » (cité par Arnaud A.-J., op. cit. p. 109).

¹ L'existentialisme aurait ici dit : analyse des manifestations de la finitude.

² A.-J. Arnaud, op. cit. p. 203.

³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Paris, M. Brunet, 1735, Livre 1^{er}, p. 19.

⁴ J. Domat, *ibidem*, Livre 1^{er}, Titre I, section 2, § 7, p. 22.

⁵ *Ibidem*, Livre 1^{er}, Titre I, section IV, § I, p. 26.

30. Pothier et les rédacteurs du code civil. Professeur de droit à l'université d'Orléans, Pothier est traditionnellement présenté comme le « père du code civil »¹. Il développa, en effet, une conception particulièrement visionnaire du droit contractuel en donnant une définition du contrat que les codificateurs reprendront presque à la lettre. Il s'agit d'une « convention par laquelle les deux parties réciproquement ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose ou à faire ou à ne pas faire quelque chose »². L'on retrouve ici, outre la définition du contrat, la distinction des obligations de faire, de ne pas faire et de donner consacrées par le code civil à l'article 1101. Sa conception volontariste du contrat l'amène à affirmer que « l'erreur est le plus grand vice des conventions ; car les conventions sont formées par le consentement des parties ; et il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention »³. Il ajoute, au sujet de la violence, que « le consentement qui forme les conventions doit être libre »⁴. Il soutient que « tout engagement doit avoir une cause honnête »⁵, et que « lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme »⁶. Le moralisme présent chez Domat⁷ se retrouve ainsi dans les écrits de Pothier puisqu'il considère que l'équité doit régner dans les conventions.

Il dégage les principes volontaristes modernes en estimant qu'il « n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat ou une convention [...]. Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes »⁸. A l'opposé du droit formaliste romain, le serment n'est pour lui qu'un accessoire de la promesse : l'engagement vaut par lui-même en dehors de toute forme consacrée. Dans cette perspective, il en arrive logiquement à affirmer, au sujet de l'interprétation des contrats, que l'on « doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plus que le sens grammatical des termes »⁹. L'emprunt à Pothier est plus qu'évident lorsque les rédacteurs du code civil affirmèrent en l'article 1156 du code civil : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹ V. A-J. Arnaud, op. cit., p. 219.

² *Œuvres de Pothier, Traité des obligations, Tome 1er*, éd. par M. Suffrein, 1821, p. 80-81.

³ Ibidem p. 92, § 17.

⁴ Ibidem p. 96, § 21.

⁵ Ibidem p. 107, § 42.

⁶ Ibidem p. 108, § 43.

⁷ Et D'Aguesseau : voir supra n° 29.

⁸ *Œuvres de Pothier, Traité des obligations, Tome 1^{er}*, p. 81, § 3 et 4.

⁹ Ibidem p. 142, § 91.

Quant à l’effet relatif des conventions, il énonce, prophétiquement, qu’« une convention n’a d’effets qu’à l’égard des choses qui ont fait l’objet de la convention et seulement entre les parties contractantes »¹. Les travaux de Pothier ont ainsi largement facilité la tâche des codificateurs qui avaient à leur disposition une théorie des vices du consentement, de l’effet relatif des conventions, de la cause dans les contrats et de la recherche de l’intention des parties dans le contrat : une théorie générale.

Dans la mesure où beaucoup de dispositions du titre III sont la réplique presque exacte de ces écrits, l’influence de Domat et Pothier sur les codificateurs est flagrante. Cette influence a permis la reconnaissance de la liberté dans les contrats, et donc de ce fait, l’instauration d’un système volontariste dans le code civil. Or, force est de constater que le contexte immédiatement antérieur à la codification consolida ce mouvement en faveur de la liberté et de l’individualisme.

B – L’acquis libéral de la Révolution

31. L’exergue de la liberté et de l’égalité. Le fameux article premier de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen² met en lumière les deux principaux piliers du nouvel ordre politique désiré par les révolutionnaires. Liberté et égalité des hommes « deviennent ainsi des principes immuables censés guider le législateur dans son œuvre »³ à travers l’instauration de ce l’on appellera bientôt, la République. L’article 2 de la Déclaration ne manque pas d’affirmer que : « le but de toute association politique est la conservation de droits naturels et imprescriptibles de l’homme ». Il ne semble dès lors pas excessif de soutenir que le code civil s’inscrit dans un contexte favorable à la liberté et à l’égalité même si les codificateurs ont, à plusieurs reprises, souhaité prendre leur distance avec l’œuvre des révolutionnaires⁴.

Aussi, après la Révolution, la perspective qui l’emportait en droit des contrats était celle où l’égalité était une simple induction du principe de la liberté. Dans la mesure où les hommes sont libres de contracter ou non, de fixer le contenu contractuel selon leur bon vouloir, ils ne peuvent qu’être égaux dans leurs relations à venir : l’autre étant par principe égal, le contrat ne peut que relayer cette réciprocité. L’égalité dans l’altérité apparaît ainsi, non tel un but

¹ Ibidem p. 139-140, § 85. Il ajoute : « l’obligation qui naît des conventions et le droit qui en résulte étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n’a pas concouru à former la convention », p. 140, § 87.

² « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » : Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 article 1^{er}.

³ I. Beilleil, op. cit. p. 24.

⁴ Le professeur Xavier Martin fait d’ailleurs référence à « l’horreur des rédacteurs pour la période révolutionnaire » : « L’insensibilité des rédacteurs du Code civil à l’altruisme », *Revue historique de droits français et étranger*, 1982 p. 616.

ontologique, mais comme une incidente de la justice contractuelle¹ assurée par le respect de la liberté de chacun² : puisque la volonté est considérée par les philosophes du XVIIIème siècle comme source de tous les droits, les individus peuvent être « les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques »³ dans une société fondée sur une égalité juridique abstraite.

La doctrine du XVIIIème siècle se résume, en effet, dans l'affirmation de droits individuels opposables à l'Etat. Ainsi, la société doit reconnaître à l'homme la liberté qui lui appartient naturellement, politiquement et civilement : la théorie du contrat social affirme politiquement ce qui ne saurait être contredit civilement. L'homme s'enchaîne par sa volonté et ne peut défaire ses liens que par cette même volonté. Il est pour le moins cohérent de soutenir que si la volonté humaine est assez puissante pour créer la société et les obligations générales qui en découlent, elle l'est aussi, et *a fortiori*, pour créer les obligations particulières qui assujettissent un débiteur à son créancier : « En cela la volonté délivre l'individu. Elle lui évite d'être abandonnée à la contrainte pure, non plus celle engendrée par la puissance de Dieu mais celle de l'Etat. Non seulement l'individu a ainsi son mot à dire dans la contrainte qu'il va subir, mais ce sera le premier mot : celui de la source de l'obligation ; indirectement, lorsque celle-ci est législative, grâce à la représentation et à la volonté générale, directement lorsqu'elle est contractuelle ou délictuelle »⁴. C'est pourquoi, selon la philosophie économique et libérale, l'Etat doit laisser faire et laisser passer⁵. La liberté apparaît ainsi, à travers le contrat, comme un moyen efficace pour assurer les transactions et les mouvements de propriété⁶ nécessaires à l'activité économique.

¹ V. notamment, M. El Gharbi, « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique » : *RRJ Droit prospectif*, 2005-1, p. 165.

² Il est indubitable que c'est cette analyse qui poussera de nombreux auteurs à remettre en cause la force de la volonté et son importance en droit des contrats. Puisque certains contrats peuvent présenter la caractéristique d'être non négociables mais indispensables, le principe même d'égalité est par nature à exclure de certaines relations contractuelles et le rôle de la volonté à remettre en cause. Au demeurant, l'on peut observer que si les contrats d'adhésion sont par nature inégaux c'est justement car la volonté d'une partie ne peut réellement s'exprimer : liberté et égalité restent liées, même quand elles sont niées.

³ E. Gounot, « La liberté des contrats et ses justes limites », *Semaines sociales de France*, 1938, p. 321 s.

⁴ M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, tome 44, 2000, p. 131.

⁵ Une fois de plus, il convient d'interpréter et de donner à une telle sentence sa juste valeur. La proclamation de la liberté s'entend également de son corollaire nécessaire, la responsabilité. Il n'a jamais été dans l'intention des codificateurs, comme des économistes libéraux, de tout justifier au nom de la liberté. En affirmant dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que la liberté est un droit naturel et imprescriptible, les constituants ont également rappelé qu'elle possédait une limite, et pas des moindres, celle d'autrui. Ce qui limite par nature un droit, c'est celui qui appartient à autrui et qui doit être concilié en vue du plus grand bonheur possible. L'article 4 de la Déclaration précise que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits » : mais il ne manque pas de rappeler que « ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». V. supra n° 3.

⁶ Le code civil offre une nouvelle conception du droit des contrats s'avérant intimement liée à la conception qu'ont les codificateurs du droit de propriété. A cet effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août

L’idée d’un individu libre dans ses rapports avec les autres, donc fondée sur une acception de l’altérité où chacun assume ce qu’il est, à savoir le composant d’un système où l’autre renvoie les conditions de l’existence même de la vie en société, marque une rupture idéologique avec le système institué par l’Ancien régime. L’altérité est néanmoins perçue de manière minimaliste, non pas tant comme un rempart contre l’abus, mais comme une limite naturelle que la loi doit consacrer. Autrui est davantage celui qui instaure la limite des droits qu’une exigence véhiculant une vision du juste dans la relation.

C – L’adhésion du code civil au volontarisme

32. Les contraintes du formalisme romain. En consacrant le consensualisme, les codificateurs semblent opérer une nette rupture avec le droit romain qui n’admit jamais la formation *solo consensu* comme règle générale. Même à l’époque classique, le mode le plus fréquent de formation du contrat restait la *stipulatio*, contrat solennel résultant de l’échange de paroles solennelles entre le créancier et le débiteur. Le droit franc, quant à lui (issu en grande partie des coutumes germaniques) ne connaissait que les contrats réels ou formels. Il en était de même pendant l’époque féodale où les engagements se formaient par des actes symboliques, par le prononcé de formules consacrées ou par serment, dont le formalisme avait été soigneusement organisé par l’Eglise¹.

A Rome, la volonté humaine était, en principe incapable, réduite à elle-même, de créer des obligations. L’idée essentielle du formalisme romain était que la volonté, trop abstraite,

1789 énonce clairement dans son article 17 que : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé... ». Dans le système féodal qui a gouverné la vie de la France pendant des siècles, le territoire français était la propriété du Roi, qui en disposait selon son bon vouloir. Grâce à la Révolution française, l’abolition des privilèges, la promulgation de la Déclaration des droits de l’homme, cette conception de la propriété a été profondément bouleversée. Comme le remarquait Portalis : « Dans les Etats despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire, où tout le commerce se fait au nom du chef de l’Etat et à son profit, il y a plus de juges et de bourreaux que de lois » (Portalis, *Discours Préliminaire au premier projet de code civil*, op. cit., p. 15). La propriété est à ce moment considérée comme le droit le plus absolu et le plus sacré. Or, le contrat est un instrument essentiel de la propriété : à travers l’utilisation du contrat que l’on peut user, jouir et abuser de son droit de propriété : la vente, le bail, la donation... Il est ainsi clair que c’est également « pour protéger les propriétaires que le contrat s’est vu offrir une théorie générale fondée sur la reconnaissance de certains droits naturels » (I. Beilleil, op. cit. p. 25). Les contrats et les successions sont les instruments permettant d’acquérir ce qui n’est pas encore possédé et de disposer de ce que l’on a. D’ailleurs il n’est sans doute pas inutile de rappeler que le titre III du code civil, qui énonce la théorie générale du contrat, se situe dans le livre III du code, dont l’intitulé est : « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».

Ainsi que le soulignait Portalis lui-même, « en traitant des contrats, nous avons d’abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous » (op. cit. p. 50), et ce, pour assurer le respect de certains principes fondamentaux tels que la bonne foi, le respect des bonnes mœurs, la liberté de disposer de ses biens... Même si aujourd’hui la notion de propriété n’est pas clairement intégrée au concept de contrat, il est difficile de douter que dans l’esprit des codificateurs les deux instruments soient liés.

¹ V. R. Robaye, *Une histoire du Code civil*, op. cit., p. 61.

exposait autrui à de trop nombreuses incertitudes et donc à ce que nous appellerions, de nos jours, l'insécurité juridique. Elle ne pouvait dès lors produire d'effets valables que si elle était concrétisée par des faits matériels sensibles, formels qu'autrui était à même de constater. De là viennent les trois anciennes catégories de contrats : le contrat *verbis* (formule orale : *stipulatio*), le contrat *litteris* (formule inscrite sur le registre du *pater*), et le contrat *re* (remise de la chose). Il existait aussi des pactes dépourvus de sanction judiciaire où le seul honneur était engagé sans qu'une exécution puisse être recherchée : la volonté y était prépondérante¹.

Cependant, en raison de ses conquêtes, Rome est vite devenue une grande cité commerciale en contact avec tous les territoires méditerranéens. Le régime formaliste des contrats dévoila rapidement ses limites, notamment au regard d'opérations nouvelles, souvent traitées entre absents. Afin d'apporter des réponses concrètes aux besoins économiques croissants, il fut alors admis, aux alentours du VII^{ème} siècle, quatre types de contrats consensuels : la vente, le louage (sous toutes ses formes), le mandat et la société. Ainsi, c'est bel et bien le principe du consensualisme qui fut officiellement consacré pour les quatre types de contrats les plus importants et les plus utilisés dans la vie contractuelle : dès lors, « force est de constater que dès l'époque du droit romain, le consensualisme avait trouvé sa place et son rôle »².

Il convient, toutefois, de ne pas donner à une telle évolution plus de crédit idéologique qu'elle n'en suppose réellement ; cette nouveauté avait sans conteste un caractère plus pratique que philosophique : il ne semble pas en effet « que les romains aient voulu donner une force normative ou créatrice d'obligation à la seule volonté des parties »³. Le formalisme restait la règle, et le consensualisme, l'exception. Néanmoins, si le pacte nu, c'est à dire dénué de formes requises, laissait le créancier dépourvu d'action civile d'exécution, on admettait tout de même qu'il y avait eu naissance d'une obligation naturelle⁴ : la maxime *solus consensus obligat* est, ainsi, primitivement, « une règle éthique »⁵. Dès cette époque, l'échange d'accords faisait naître

¹ C'est ainsi ce que recoupe la règle morale, et non juridique, formulée par Cicéron « *pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, et praetores sint* » : *De officiis*, Livre II, p. 92.

Dans le régime primitif, le créancier pouvait se trouver dans deux situations : soit il était titulaire d'une créance sanctionnée par le *jus civile* (droit strict de la cité) et disposait alors d'un droit très fort sur le débiteur (emprisonnement, esclavage, vente voire mise à mort) ; soit sa créance n'était pas sanctionnée par le droit civil et en cas de contestation, il n'avait d'autre recours que l'arbitrage d'un tiers. Dès lors, en dehors des types de contrats existant, le simple pacte conventionnel était dépourvu d'action : ainsi en était-il des actions délictuelles jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi aquilienne.

² I. Beilleil, op. cit. p. 22.

³ Idem.

⁴ L'*obligatio naturalis* fut initialement imaginée pour atténuer le principe selon lequel l'esclave, n'ayant pas de personnalité juridique, ne pouvait s'obliger par des contrats selon le droit civil : il le pouvait selon le droit naturel, en ce sens qu'après son affranchissement il était tenu d'une obligation naturelle, dont le paiement était valable. Il en résultait que si le seul consentement ne pouvait faire naître d'obligation civile, il faisait naître une obligation naturelle.

⁵ A.-J. Arnaud, op. cit. p. 201.

une obligation morale au profit d’autrui : respecter la parole donnée. On reconnaît l’influence de la règle morale mise en avant par les canonistes¹ : selon les principes d’équité, il paraissait parfaitement injuste de déclarer nulle une convention pour une raison de forme alors que l’accord des volontés était certain. De plus, le non-respect de la parole ainsi donnée constituait un parjure².

Au-delà d’une telle inflexion, la théorie générale du contrat n’existe pas en droit romain³. Bien que le droit romain ait mis en place une ébauche de système consensuel en faveur de certains contrats, il demeure aisé de constater que son rayonnement reste en deçà de celui que va engendrer la nouvelle conception individualiste des droits de l’homme. En effet dans la mesure où la société a reconnu certains droits naturels inhérents à l’homme, la théorie des contrats a pris pour fondement logique la liberté. Prenant acte des acquis doctrinaux et historiques, les codificateurs semblent avoir poursuivi un objectif de simplification de la relation contractuelle en consacrant, notamment, le consensualisme.

33. Volonté et liberté dans le code civil. On présente généralement l’intention des codificateurs comme poursuivant un triple objectif : « l’unification des sources, la recherche de l’ordre et la transformation du contenu »⁴. L’unification des sources et la recherche de l’ordre sont désormais intimement liées au rôle confié à la loi au moyen du légicentrisme régnant à l’époque : le Code est, au sortir de la Révolution, « synonyme d’unité de la République », « l’instrument de réalisation d’un ordre social nouveau »⁵. Quant à la transformation du contenu, quoique l’influence des juristes des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle soit, à de multiples niveaux, certaine, il serait erroné d’imaginer que le droit romain et les coutumes ont été ignorés voire niés

¹ V. supra n° 28.

² Idem.

³ Malgré la tentative d’introduction du consensualisme dans le droit, jamais les conventions n’ont cessé d’être subordonnées au droit de la cité. Il en résulte que les jurisconsultes romains n’ont pas élaboré de théorie générale des vices du consentement destinée à protéger la volonté. L’interprétation des contrats à la lumière de l’intention des parties demeurait alors totalement étrangère au droit romain. La volonté individuelle, autonome, n’a ainsi jamais été le guide et le vecteur d’un droit des obligations où la liberté éclairait chaque pas contractuel. Le chemin entrepris en faveur de l’autonomie de la volonté n’en était qu’à sa formulation la plus restreinte : le consensualisme n’était qu’une exception à un principe consacré et supérieur, le formalisme conventionnel auquel seul la loi conférait un véritable droit d’exécution : v. A.-J. Arnaud, op. cit. p. 200.

Cependant, nombre de dispositions du code civil sont la traduction presque même textuelle de solutions romaines. A titre d’exemple, on peut souligner qu’à Rome, les contrats consensuels obligeaient les parties l’une envers l’autre *ex bono et aequo*, c’est à dire à tout ce qu’exigeaient l’équité et le bien. Aussi, plutôt qu’une théorie générale du contrat, les romains avaient envisagé les divers contrats comme des opérations concrètes dont les effets dépendaient plus de la nature de ladite opération que de la volonté des parties : les effets d’une convention sont ceux qu’une telle opération implique logiquement.

⁴ A.-J. Arnaud, op. cit. p. 23.

⁵ A. Sérioux, « Le frêle pouvoir de durer : la permanence du Code civil des Français de 1804 à nos jours », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, n° 19, p. 26 : « Un seul peuple sous une seule loi : voilà, telle que la reflète encore notre Code civil, la constitution de la France » (ibidem n° 22, p. 277).

par l'œuvre de codification. L'esprit des codificateurs relevait davantage d'un esprit pragmatique que d'une volonté claire de faire un choix définitif entre les différentes options se présentant à eux, le dogmatisme ne l'a pas emporté sur l'empirisme : ils ne conservèrent des œuvres antérieures « que ce qui leur parut le meilleur, le plus sûr et le plus adapté au souci qui était le leur de légiférer pour la première fois à l'adresse de tous les Français »¹.

Dès lors, la première orientation des codificateurs consista à dégager des statuts spéciaux des contrats romains, des règles générales s'appliquant à l'ensemble des contrats, dans un esprit de consécration de solutions pratiques ayant déjà fait leurs preuves : « en une vaste synthèse, s'est ainsi constitué un droit commun composé de règles applicables à tous les contrats »². Le droit général d'action et le principe de la liberté contractuelle vinrent alors appuyer le vaste travail de généralisation et d'abstraction de principes généraux opéré par les codificateurs. Ils ont, afin de parachever la construction ainsi établie, logiquement, étendu à tous les contrats les règles du consensualisme qui étaient nées déjà dans le droit romain, en lui conférant, cette fois-ci, une véritable valeur juridique. Dans le contexte économique, politique et philosophique de la codification, l'instauration d'un système contractuel fondé sur la liberté ne pouvait être que bien accueillie : la liberté était alors perçue comme un des gages du bien commun dont il convenait de garantir la mise en œuvre dans le domaine social. Aidés par la raison et le droit naturel³, les codificateurs étaient moins animés par les concessions idéologiques que par l'instauration d'un système cohérent, utile que la liberté permettait d'assurer. Ainsi, Portalis affirmait : « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent : leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. De là cette foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique »⁴. La dimension morale d'autrui semble ainsi s'être évaporée⁵ au profit d'une conception nettement volontariste de la convention. Il précisait d'ailleurs que « l'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, et non pas de nous dispenser de faire l'usage de notre propre raison. S'il en était

¹ Ibidem n° 13, p. 23. V. également, J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265, n° 6.

² I. Beilleil, op. cit. p. 29.

³ V. A. Sériaux, art. précit., n° 15, p. 24.

⁴ Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, op. cit. p. 51

⁵ Le professeur Xavier Martin a parfaitement démontré que les artisans du code civil n'ont jamais été portés par les considérations relatives à l'altérité, notamment en ce qui concerne le désintéressement : « Tout acte où l'on supposerait spontanément une part au moins d'altruisme est par essence suspect : l'auteur ne peut être animé que par son propre intérêt ou, si celui-ci n'est pas clairement décelable, par d'autres visées alors plus tortueuses, et à la limite par la folie. Cette constatation vaut, par exemple, en matière de libéralités, d'adoption et de gestion d'affaires » : « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droits français et étranger*, 1982 p. 594.

autrement, la vie des hommes sous la surveillance des lois ne serait qu’une longue et honteuse minorité, et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition »¹. Les codificateurs ont donc bien entendu mettre en place un système de liberté et de volonté dans le droit des contrats². Il n’en demeure toutefois pas moins que la liberté individuelle, où autrui n’est qu’une limite à une prérogative, constitue alors l’idée-force sur laquelle viennent se greffer d’autres institutions. Or, une telle prévalence présentait alors des avantages politiques et économiques que nul n’aurait pu remettre en cause.

34. Les vertus de la liberté contractuelle. Fruit d’une conciliation entre l’autonomie du sujet et l’altérité virtuelle du cocontractant³, la convention assure une dimension juridique et économique à ce que la Révolution a désiré offrir à chaque citoyen, la liberté et l’égalité⁴. Ainsi chaque clause est censée assurer une justice contractuelle en ce qu’elle représente un équilibre, un point de tangence entre les volontés de deux individus qui peuvent, *a priori*, sembler divergentes mais qui, au sein d’une unité juridique, la convention, se rassemblent afin de satisfaire l’intérêt de chacun. Comme l’explique M. le professeur Putman, cela suppose que « les contractants livrés à eux-mêmes feront des contrats équilibrés et justes parce que leur intérêt empirique les y pousse – parce que c’est en définitive la plus sûre manière de se procurer l’utilité qu’ils recherchent »⁵.

Le principe de la convention-loi, comme complément nécessaire du principe de l’autonomie de la volonté dans un système libéral et individualiste, « est, au plan juridique,

¹ Ibidem p. 55.

² Même si, plus tard, il sera contesté, sans doute à juste titre, que la liberté soit le seul objectif poursuivi par les rédacteurs du code civil comme certains tenants de l’autonomie de la volonté ont pu le croire. V. Ch. Atias, « Restaurer le droit du contrat, au professeur Christian Mouly, Avocat au barreau », *D.* 1998 p. 137 et J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l’article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001 p. 265.

³ Autrui est un autre moi qui, idéalement, dispose des mêmes compétences et conditions pour contracter : il est avant tout une même chose dans l’utilisation qu’il peut faire de sa volonté et de la raison.

⁴ La liberté et l’égalité juridique ont une dimension politique difficile à occulter : l’égalité des droits et la suppression des privilèges renforcent le rôle et la supériorité de l’Etat puisque, au-delà de leur consécration, il peut, légitimement, en assurer la sanction par la force publique dont il détient le monopole. Ainsi, par les décrets du 4 août 1789 et du 15 mars 1790, l’égalité de tous est admise, sans distinction de race, d’origine, de religion ou de fortune, et toutes les distinctions honorifiques et les institutions féodales sont supprimées. L’individu libre et égal à ses semblables en droit, doit être capable de définir, dans une relation égalitaire, d’homme à homme, ses intérêts : le contrat ne peut qu’être perçu comme un moyen de mettre en œuvre cette condition. L’égalité juridique dissimule alors les éventuelles inégalités de fait où autrui peut dominer ou subir la relation. C’est dire qu’autrui ne fait l’objet d’une conceptualisation particulière : l’égalité présuppose que chaque entité de la relation est perçue de manière identique par le droit dans un jeu de miroir ne reflétant que des volontés individuelles. V. X. Martin : « L’insensibilité des rédacteurs du code civil à l’altruisme », *Revue d’histoire des droits français et étranger*, 1982 p. 589.

⁵ E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ Droit prospectif*, 1996-3, p. 688. Il ajoute : « Pour la doctrine juridique de l’autonomie de la liberté, au moins dans son expression la plus radicale, la justice contractuelle n’est que le résultat normal de l’exercice de la liberté contractuelle, non la règle que la volonté se donne à elle-même inconditionnellement, selon l’idée de son autonomie, dans l’ordre de l’intelligible, et par soumission à laquelle elle agit, en la considérant comme impérative, dans l’ordre du sensible » : ibidem p. 690.

l'expression parfaite du libéralisme politique. Dans la sphère des intérêts privés, l'Etat doit non seulement respecter le libre exercice de leur volonté par les particuliers, mais il doit en outre garantir le respect, par la contrainte, si nécessaire, du droit créé par les individus. La puissance publique est mise au service de ceux qui ont les moyens d'imposer leurs volontés dans la conclusion des contrats »¹. C'est le principe du « laisser faire, laisser passer » complété par le « laisser contracter »².

35. Liberté et altérité abstraite. Il apparaît ainsi que le principe de la liberté en droit des contrats est né progressivement et a été amené lentement dans les esprits par les différentes philosophies des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles. Ceci a ainsi permis la non moins lente reconnaissance de droits naturels dans la théorie générale des contrats, afin de favoriser le développement économique, la stabilité politique et le respect des droits de chacun³. Autrui comme être abstrait, égal en droit donc en fait, fait de sa volonté le même usage que le sujet : il est un *alter ego*. La théorie générale du contrat contient en germe ce qui, au final, peut nuire au contrat : un exercice absolu de la liberté au profit de certains, un consentement limité à la charge des autres. Cette conception participe d'une vision homogène de la liberté où chacun peut en faire un usage identique : autrui n'est pas différent du sujet, il dispose de la même capacité à vouloir.

Sur cette base, les doctrines du XIX^{ème} siècle n'ont pas manqué de proposer une version maximaliste du principe de liberté dans les conventions, ce qui a pu amener à une certaine déformation de la volonté première des codificateurs : le maintien d'une certaine justice contractuelle par le biais de la reconnaissance de la liberté contractuelle.

Si cette conceptualisation amplifiée du volontarisme a nettement été formulée par la doctrine du droit international privé, puis reprise par les civilistes, il n'est pas étonnant qu'on lui

¹ R. Robaye, op. cit. p. 62. Il ajoute que « l'Etat n'a pas à intervenir activement dans la sphère des activités économiques, qui relèvent pleinement de l'ordre des intérêts privés ; chacun est à-même de déterminer où se situent ses intérêts. Le rôle de l'Etat doit se limiter à supprimer les privilèges, à garantir et à consacrer l'égalité civile et, surtout, à favoriser le jeu normal des échanges en veillant à ce que l'activité économique ne soit pas troublée »¹ (op. cit p. 56) par un obstacle contraire au libre jeu des conventions. Il a un rôle de police : l'Etat est garant de la liberté, de l'égalité formelle et de la propriété, conditions nécessaires à l'exercice de l'activité économique.

² J. Carbonnier, *Droit civil, tome II, Les biens - Les obligations*, PUF, 2004, § 935, p. 1952.

³ Ripert observait : « pour en arriver à cette conception de la volonté souveraine créant elle-même et par sa seule force des droits et des obligations, il a fallu que dans l'œuvre lente des siècles, la philosophie spiritualisât le droit pour dégager la volonté pure des formes matérielles par lesquelles elle se donnait, que la religion chrétienne imposât aux hommes la foi et la parole scrupuleusement gardée, que la doctrine du droit naturel enseignât la supériorité du contrat en fondant la société même sur le contrat, que la théorie de l'individualisme libéral affirmât la concordance des intérêts librement débattus avec le bien public. Alors put régner la doctrine de l'autonomie de la volonté qui est à la fois reconnaissance et exagération de la toute puissance du contrat », in *La règle morale dans les obligations civiles*, cité par V. Ranouil, op. cit. p. 13.

ait opposé l'hétéronomie inhérente à la loi : car la volonté ne peut agir que dans le domaine où la loi la consacre et au regard de la manière dont elle l'encadre.

§ 2 – Essence et tempérance de l'autonomie de la volonté : vers l'hétéronomie

36. Si le code civil s'inscrit ostensiblement dans un contexte favorable à la volonté, à la liberté, et à l'individu, « l'interprétation doctrinale du code civil plus que sa rédaction [...] permit un épanouissement de la théorie de l'autonomie de la volonté »¹. Bien que l'expression semble avoir été empruntée à Kant², la théorie de l'autonomie de la volonté ne reçut, paradoxalement, sa formulation la plus parfaite que sous la plume de Gounot en 1912³. Il est ainsi intéressant de remarquer que le dogme de la volonté, tirant sa force créatrice d'obligations d'elle-même et non d'une autorité extérieure qui la lui aurait conférée⁴, s'épanouit dans tous les ouvrages du début du siècle dernier en même temps que s'amplifiaient les critiques qui lui étaient portées⁵.

Si l'autonomie de la volonté projette en droit positif une philosophie aboutie de la liberté individuelle (A), elle connaît, néanmoins, d'importantes inflexions tant la lettre et l'esprit du code civil tendent à remettre en cause sa prévalence lors de son adoption (B).

A - La théorie de l'autonomie : la faveur à la liberté des contractants

37. Paradoxe « autonomiste ». L'autonomie de la volonté est initialement une théorie développée en droit international privé (1), qui a, par la suite, connu un succès grandissant en

¹ E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse 1994, Paris X-Nanterre.

² J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1999, § 39, p. 28. L'auteur précise cependant que la thèse de Mme Ranouil a démontré le caractère indirect de l'influence : *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980. V. également, E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ Droit prospectif*, 1996-3, p. 685 et Ch. Atias, *Le contentieux contractuel*, PUAM, 4^{ème} éd., 2008, n° 17, p. 24 et s.

³ E. Gounod, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Thèse Dijon 1912. Celui-ci s'est d'ailleurs attaché, tout en systématisant la théorie et son corollaire, la liberté contractuelle, à en démontrer les incohérences et les effets pervers.

⁴ Marty et Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Sirey 1978, p. 30.

⁵ En effet, sous l'influence des doctrines socialistes et positivistes, certains dénièrent à la volonté le pouvoir d'être la cause efficiente de l'obligation (V. infra n° 54 et s.). Un auteur est allé jusqu'à remettre en cause le principe consensuel lui-même (G. Gorla, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milan 1954, analysé par L. Castro, "Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat", *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 51). Mais finalement, même si la théorie de l'autonomie de la volonté, entendue comme pouvoir concurrent et même supérieur à la loi, est largement abandonnée aujourd'hui, la volonté reste le fait générateur du contrat : « La volonté garde une "compétence créatrice" certaine ! L'ordre juridique reconnaît aux individus un pouvoir d'agencement de leurs rapports de droit qu'il serait absurde de nier » (A. Rieg, in *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, Paris, Bibliothèque de droit privé 1961, p. 6).

droit civil (2). Elle offre une nouvelle vision du contrat en lui attribuant un nouveau rôle : créer des normes subjectives qui en tant que telles seront soumises à la force obligatoire rappelée à l'article 1134 du code civil.

1 - Apparition et fondement de la théorie

38. Apparition de l'autonomie de la volonté en droit international privé. Ainsi, la théorie de l'autonomie de la volonté n'est pas née avec le titre III du livre III¹ ; elle est, à dire vrai, le fruit du travail des internationalistes postérieurement à la codification². Elle s'est ensuite étendue au droit civil, et plus précisément au droit des contrats.

Du reste, l'idée d'autonomie de la volonté ne s'est véritablement imposée dans le droit français que dans les deux dernières décennies du XIX^{ème} siècle. Si l'expression « liberté des conventions » prévaut au début du XIX^{ème} siècle, celle d'autonomie de la volonté est encore méconnue à cette époque : « Il a fallu la conjonction des travaux des spécialistes du droit international privé et les progrès de la théorie de la volonté pour que les civilistes adoptent cette nouvelle terminologie »³. Au milieu du XIX^{ème} siècle, la doctrine de droit international privé parle de plus en plus de l'autonomie des parties ou des contractants à propos des conflits de lois. L'avocat Fœlix publie ainsi en 1843 le premier *Traité de droit international privé* où il emprunte à des auteurs allemands les termes d'autonomie des citoyens⁴ : elle ne sert qu'à justifier, *a posteriori*⁵ la loi applicable aux contrats sur le fondement de l'intention présumée des parties⁶. Mais, c'est uniquement dans les années 1880 que les internationalistes, considérant la volonté des contractants comme créatrice de droits, vulgarisent l'expression d'autonomie de la volonté⁷. C'est le juriste belge Laurent qui systématise la théorie selon laquelle les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, de même qu'elles choisissent les autres clauses de leur

¹ Dans le projet ministériel de réforme du droit des contrats, comme dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et de la possession, dit « avant-projet Catala », le titre III du livre III serait désormais intitulé « Des obligations » (P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Doc. fr., 2006). Si le projet ministériel ne concerne que le droit contractuel, le projet « Catala » traite, quant à lui, successivement, des contrats, des quasi-contrats, et de la responsabilité civile.

² On retrouve toutefois chez Charles Dumoulin (1500-1566) une première conceptualisation empirique de l'autonomie de la volonté dans son *Concilium LIII* et dans son commentaire sur le Code Justinien à propos de la loi *Cunctos Populos* (Livre I, titre I). Selon Dumoulin, le régime matrimonial trouvait sa force obligatoire non dans la loi, qui ne prévoyait qu'un régime conventionnel tacite, mais dans la volonté des époux, d'où pour eux la possibilité de soumettre le régime juridique de leur union à une loi autre que celle où ils résident ou dont ils sont ressortissants : voir J-P Niboyet, « L'autonomie de la volonté », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1927-1, p. 8 et s.

³ I. Beilleil, op. cit. p.31.

⁴ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Quadriges, 2001, p. 145.

⁵ Il en est de même chez Savigny bien que la présentation soit légèrement différente : v. V. Ranouil, op. cit. p. 27.

⁶ V. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p. 27.

⁷ V. Ranouil, ibidem, p. 21.

convention. Ce principe a, selon lui, comme fondements, la liberté naturelle de l’homme et l’article 1134 du code civil¹. Le raisonnement part ainsi du libre choix du droit applicable à la convention lorsque se présente, en celle-ci, un élément d’extranéité, pour arriver, en fin de course, à toucher la liberté conventionnelle permettant à chacun de librement déterminer le contenu ses obligations. Cette thèse aura d’ailleurs l’honneur d’être consacrée, au début du XXème siècle, par la Cour de cassation : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée »².

39. Importance et impact de la théorie en droit des contrats. Selon la théorie contractuelle de l’autonomie de la volonté, la société doit seulement être constituée d’hommes entre lesquels « les relations sociales sont organisées sur un fondement volontaire, donc contractuel »³. En vertu de la doctrine économique libérale, qui a principalement initié et développé la thèse autonomiste, le développement du commerce et de l’industrie, la division du travail, la spécialisation entraînent la multiplication des échanges que la liberté contractuelle doit vivement encourager et nourrir : aussi est-il difficile de nier que « l’autonomie de la volonté est l’expression la plus claire du libéralisme économique »⁴. Cette théorie pourrait ainsi se situer en ligne directe avec la volonté des codificateurs d’assurer une certaine justice contractuelle dans le droit des contrats : en garantissant aux citoyens une libre détermination, on permet aux hommes d’organiser leurs rapports comme ils l’entendent⁵. Cela favorise la stabilité et la légitimité du pouvoir central, tout en garantissant le respect des principes fondamentaux que sont l’égalité et la propriété. Une pléthore de vertus est ainsi octroyée à la liberté : sans reposer sur une vision idyllique de l’homme, qu’il serait pour le moins difficile d’imputer aux rédacteurs du code civil, l’idée sous-jacente reprise par les autonomistes, est que, sur le fondement de la liberté, la justice contractuelle peut être atteinte. Le postulat réside dans le fait que chacun use pareillement de sa capacité à vouloir : autrui n’a donc pas à faire l’objet d’une conceptualisation spéciale, il reste un *alter ego*⁶. Comme l’a parfaitement résumé Gounod : « A la base de l’édifice social et juridique

¹ J. Ghestin, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, op. cit. p. 32

² Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, S. 1911.1.129 note Lyon-Caen, RDIP, 1911, p. 395.

³ J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit., n° 39.

⁴ R. Robaye, *Une histoire du droit civil*, 3^{ème} éd., 2004, Academia-Bruylant, p. 57.

⁵ Tout en respectant l’ordre public et les bonnes mœurs.

⁶ La théorie de l’autonomie de la volonté a néanmoins une valeur morale à ne pas négliger. En effet, les hommes étant égaux et libres, le contrat librement débattu est nécessairement équitable : l’on a du mal à concevoir qu’un individu puisse consciemment vouloir nuire à ses propres intérêts, la volonté est, par essence, un juste guide. Toute entrave du législateur compromet cet équilibre et emporte une injustice puisqu’elle ne permet pas aux citoyens de librement déterminer ce qui doit relever de leurs obligations réciproques. La morale de la liberté semble ainsi reposer sur l’extrême degré de confiance que l’Etat accorde à ses sujets en considérant qu’ils sont les mieux disposés à

se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre. La liberté fait de l'être humain son propre maître et son seul maître ; elle le rend infiniment respectable et sacré ; elle l'élève à la dignité de "fin en soi". Au sens le plus général du mot, le droit n'est autre chose que cette liberté initiale et souveraine qui appartient à tout homme. De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit »¹.

Au-delà, l'autonomie de la volonté a également, voire surtout, une valeur économique². L'homme ne fera preuve d'initiative dans ses entreprises que s'il contracte librement, que s'il règle lui-même, à sa guise, ses activités : le libéralisme politique tend ainsi à se confondre avec le libéralisme contractuel, du moins en ce qui concerne l'identité d'objectifs : « l'on a bien raison de souligner que le contrat a un sens s'il est mis au service de la personnalité du sujet (qui veut se procurer les biens qu'il aime) ou s'il prend sa place dans cette immense construction, base de la prospérité sociale, qu'est le marché. L'échange contractuel est l'acte qui, en connexité avec un grand nombre d'échanges voulus par tous les membres de la communauté, édifie le marché, à savoir, la machine qui pousse au niveau maximum la production, rationalise la mesure du profit, élimine les producteurs non efficaces »³.

Cette théorie, apparue en droit international privé, s'est alors vigoureusement et fort logiquement développée en droit des contrats⁴.

définir ce qui doit être. Sur cette question, v. notamment, A. Sériaux, « Libéralisme et morale », *RRJ droit prospectif*, 1990-3, p. 529.

¹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op. cit. p. 27.

² La théorie générale des contrats (E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1997) créée au titre III du livre III du code civil répond ostensiblement à des besoins économiques. En effet, la liberté contractuelle et ses corollaires permettent le développement efficace de l'économie. S'il est impossible de prévoir tous les nouveaux types de contrats qui verront le jour après la promulgation du code, il semble possible de déterminer des principes auxquels ces contrats devront souscrire. Portalis plaide ainsi pour un droit attentif, à l'écoute de l'évolution des mœurs et de la société. Pour lui, c'est assez logiquement dans le droit naturel et dans l'expérience que l'on doit rechercher les fondements des dispositions appelées à régir la vie des hommes entre eux et avec les choses (Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 9) comme le préconisait Aristote (Voir supra n° 4). C'est « contextuellement une conception fondée sur le libéralisme économique » : il convient de permettre aux hommes d'aménager à leur gré leurs échanges de richesses et de services, ce qui constitue le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et les plus utiles (A. Burge, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 à 24, spéc. p. 16 et p. 20). L'ensemble pose en effet le principe selon lequel la volonté individuelle, réfléchie en soi sans la médiation d'autrui, est mère de justice puisque cette dernière est perçue comme incapable de nuire aux intérêts de celui dont elle émane. Bien qu'elle soit de nos jours contestée et sans doute contestable, cette vision de l'homme, à travers sa volonté, constitue une perception optimiste de la nature humaine où personne n'aurait tendance à abuser de sa position économique au détriment d'autrui, sauf à répondre de sa faute sur un fondement contractuel ou extra-contractuel. Ce système n'est pas, loin s'en faut, sans limite car utopique : en prévoyant la possibilité pour chacun d'engager sa responsabilité, les codificateurs percevaient déjà et parfaitement la possibilité pour la volonté de poursuivre un autre but que le juste. Leur pessimisme démontre, peut-être parfaitement, que l'autonomie de la volonté n'était pas à la base de leur construction.

³ R. Sacco, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, 2007-4, p. 746.

⁴ Ceci peut s'expliquer par le fait que la théorie de l'autonomie de la volonté se fonde essentiellement sur la liberté des hommes, principe cher aux révolutionnaires et aux codificateurs, même si elle n'est pas la seule valeur mise en exergue par le code civil de 1804.

40. La liberté comme source de justice contractuelle. La théorie de l'autonomie de la volonté repose sur l'idée que la liberté des parties dans la création et l'exécution du contrat est le meilleur moyen d'assurer une certaine justice contractuelle, c'est à dire de permettre un certain équilibre dans les contrats dont la volonté serait l'arbitre. En partant du postulat que la liberté de l'homme est un droit naturel égal entre tous, les codificateurs ont désiré l'appliquer au droit des contrats en mettant en place la théorie générale des contrats et le principe de la liberté des conventions : les hommes peuvent contracter comme ils veulent, sous les formes qu'ils veulent et avec qui ils veulent. M. le professeur Arnaud a ainsi pu écrire « qu'elle se trouve au centre de la théorie générale du volontarisme juridique, à laquelle notre droit des obligations doit tout »¹.

Les tenants de la théorie de l'autonomie de la volonté ont alors déduit des articles composant la théorie générale du contrat, que l'homme, lorsqu'il entend contracter, dispose d'une liberté quasi absolue dans la limite du respect de la théorie générale codifiée dans le titre III. Ainsi, les hommes étant parfaitement libres dans les contrats qu'ils décident de conclure, leurs obligations contractuelles ne peuvent être que justes, puisqu'elles auront été librement négociées et acceptées : cette théorie « prétend voir sortir du juste du contractuel, plutôt que de placer le contractuel sous l'empire du juste »². Du principe de liberté au sein des conventions, les partisans de la théorie de l'autonomie de la volonté ont déduit le principe d'égalité dans le contrat.

41. La liberté favorisée par l'égalité des droits. L'égalité de droit étant acquise depuis 1789, les défenseurs de la théorie de l'autonomie de la volonté ont pensé que la liberté dans le droit des contrats permettrait d'atténuer les inégalités de fait. Les hommes ayant les mêmes droits et la même part de liberté, ils ne pouvaient être que sur un pied d'égalité au sein de leur contrat et les inégalités de fait seraient effacées par les concessions réciproques des deux parties qui ont intérêt à contracter : dans l'altérité, le jeu de la liberté permet d'assurer l'égalité des contractants. Mme Frison-Roche observe à cet effet que « classiquement, c'est de l'expression de volontés que s'instaure un rapport d'égalité, parce que ces volontés n'ont vocation qu'à se contredire. La pluralité des parties au contrat et l'opposition de leur volonté est le gage de la protection de la personne par la limite que la puissance de sa volonté subit du fait qu'elle doit s'ajuster à une volonté »³.

¹ A.-J. Arnaud, op. cit., p. 198.

² E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ Droit prospectif*, 1996-3, p. 691.

³ M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, tome 44, 2000, p. 135.

Force est de constater que cette théorie, qui propose une justification à bien des dispositions du titre III du livre III, a très vite trouvé des adeptes en droit civil. Fondée sur une philosophie individualiste et libérale, elle permet de placer la volonté des hommes et leur liberté en avant. Elle postule une égalité dans le jeu du vouloir et la capacité de tous à définir ce que veut autrui : la volonté est partagée et intelligible¹. C'est sans doute la raison pour laquelle elle s'est si vite développée en droit civil, et plus particulièrement en droit des contrats.

2 - Essor de la théorie en droit civil

42. La théorie de l'autonomie de la volonté appliquée au droit des contrats implique plusieurs principes qui en sont les corollaires nécessaires. D'une part, la volonté de l'homme explique à elle-seule la création et la force du lien contractuel (a). D'autre part, de cette omnipotence découlent des axiomes propres à régir l'ensemble du contrat (b). Comme le rappelle, en effet, Mme Calais-Auloy, on peut « distinguer le principe de l'autonomie de la volonté (volonté créatrice de droit) [...] de la liberté contractuelle (les parties peuvent choisir les termes de leur contrat) »², la seconde découlant toutefois de la première.

a – Le principe d'omnipotence de la volonté

43. La volonté comme fondement de la force obligatoire. La philosophie individualiste soutient essentiellement que l'homme doit être la seule source du droit subjectif puisque la volonté est la véritable pierre angulaire de l'obligation : autrui ne saurait, en vertu de cette pensée, être contraint par ce qu'il n'a pas librement décidé. Or, ceci présuppose nécessairement que l'homme a des droits naturels, antérieurs à ceux de la société, le principal étant justement la liberté : cette analyse est celle principalement avancée par les tenants du contrat social, entendu comme un pacte entre l'Etat et les citoyens, volontaire et destiné à encore mieux garantir la liberté. L'homme perçu comme maître de ses opinions et de ses actes, est à l'origine du droit. Il n'est lié que dans la mesure où il l'a concédé.

Dès lors, selon le principe de l'autonomie de la volonté, les hommes se voient reconnaître le pouvoir de définir eux-mêmes, comme ils l'entendent, le contenu et les modalités de leurs conventions, sur la base de leurs seuls intérêts, et ce, sans être soumis à des contraintes légales, si ce n'est le respect de la théorie générale des conventions. Par conséquent, les droits subjectifs

¹ Ce qui justifie qu'autrui n'a pas à faire l'objet d'une conceptualisation *ad hoc*.

² M.-T. Calais-Auloy, « L'importance de la volonté en droit », *LPA* 7 déc. 1999, n°243, p. 14.

dont disposent les hommes, et les obligations qui s'y rattachent ne peuvent naître que de la volonté du débiteur. Là où un homme n'a pas voulu s'engager, il n'y a pas d'obligations : « la volonté était considérée comme la cause première du Droit »¹.

C'est ainsi que les plus grands défenseurs² de la théorie de l'autonomie de la volonté voyaient dans la volonté des hommes, la source des droits subjectifs. Ce que l'on appelle communément la force obligatoire des conventions, postule simplement que le cocontractant, en ayant librement choisi de s'engager, est tenu par cet engagement : puisqu'il a désiré se lier, il doit respecter son engagement dans les termes convenus. Cela signifie notamment qu'il ne peut être engagé outre ce qu'il a voulu même si autrui est amené à croire en une autre détermination du contenu obligationnel. C'est donc la volonté³, indépendante de la loi et d'autrui, qui crée seule l'effet obligatoire du contrat, elle est *autonome* : le rôle de la loi se borne à garantir le respect de la volonté individuelle⁴. Ainsi Larombière écrivait : « Ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi »⁵. Le primat de la volonté se justifie parce que les hommes sont, de manière abstraite, libres et égaux, et en ce que « tout contrat libre est un contrat juste quel qu'en soit son contenu parce que l'homme ne peut agir contre ses intérêts, ses obligations volontairement consenties ne peuvent être que justes »⁶ : l'homme et son autre poursuivent chacun leurs intérêts respectifs.

Cette théorie étant amplement confortée par l'article 1134 du code civil, les autonomistes en ont conclu que les codificateurs de 1804 avaient entendu donner au contrat le même pouvoir de contrainte et la même obligation de respect que ceux reconnus à la loi, et ce, en raison de l'assimilation objective effectuée par cette fameuse disposition. Ainsi, « les contrats seraient la

¹ Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1881, spéc. p. 138 cité par Rieg A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Paris, LGDJ, 1961, spéc. p. 5, I.

² Le premier fut sans doute Marcadé : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 4ème éd., Thounot, 1847-1859, n° 403. Pour la liste des auteurs ayant plus ou moins adhéré à la théorie, v. R. Sacco, art. précit., p. 747-748, note n° 9.

³ Morin observait néanmoins : « le lien contractuel a pour base non la volonté dans sa réalité psychologique, c'est-à-dire dans sa mobilité, mais la volonté initiale qui s'est exprimée lors de la conclusion du contrat et dont chaque partie est désormais prisonnière » : « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 8.

⁴ Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, chron. n° 11, p. 901 à 907, spéc. p. 903 citant Larombière M-L., *Théorie et pratique des obligations*, Durand & Pedone-Lauriel, tome 7, 1885, v° article 1370 du code civil, p. 390 et selon lequel : « ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte, elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent parce qu'ils ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi ».

⁵ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Durand et Pedone-Lauriel, t. 7, éd. 1885, p. 390.

⁶ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français*, thèse dactylographiée, Dijon, 1912, spéc. p. 76.

source des droits subjectifs de l'homme au même titre que la loi est source des droits objectifs de ce dernier »¹.

Durant tout le XIX^{ème} siècle, cette interprétation volontariste débordera d'ailleurs largement le régime du contrat pour irriguer l'ensemble de la matière civile. Acollas, sans doute le plus absolu des autonomistes, déclare que l'autonomie de l'individu est « le principe et la fin de toute science politique ou sociale »² ; « tout droit émane de l'individu et tout droit retourne à lui »³.

Les institutions les plus diverses, malgré leur réglementation purement légale, seront alors analysées comme des contrats tacites où la volonté est le vrai support de l'obligation. Ainsi, par exemples, le régime légal des biens des époux mariés sans contrat était réputé avoir été tacitement choisi par les époux, la dévolution légale des biens du défunt à ses proches était censée avoir été explicitement acceptée et même choisie par le *de cujus* en l'absence de dispositions contraires, la prescription de l'action en nullité résultait de l'accord tacite de maintien du lien contractuel⁴.

44. La volonté libre source d'égalité et d'équité contractuelle. La théorie de l'autonomie de la volonté enseigne que, outre le nécessaire respect des motifs impérieux d'ordre public (ces restrictions devant être réduites au minimum), les intérêts privés librement débattus concordent avec le bien public et qu'aucune injustice ne peut naître du contrat puisque les obligations sont librement assumées. Ainsi, les hommes étant tous libres dans leurs rapports contractuels, ils sont par conséquent égaux : l'égalité apparaît une fois de plus comme une incidente de la liberté ; mais elle en est également une cause puisque si l'on laisse les parties s'entendre sur le contenu de leur contrat, c'est également car on postule leur égalité précontractuelle. Les deux parties au contrat sont soumises aux mêmes contraintes légales (respect des bonnes mœurs, de l'ordre public, et exigence de bonne foi) et sont libres dans les mêmes proportions : l'un est l'autre sur la scène du droit. Dès lors, leurs rapports, et les obligations qu'ils vont faire naître, ne pourront être qu'égaux. Si les deux parties ne peuvent s'entendre sur les dispositions et conditions du contrat, elles ne contracteront pas. Les dispositions du contrat étant librement choisies, débattues et assumées, les parties sont sur un

¹ I. Beilleil, op. cit. p. 35.

² Acollas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, 1869-1879, t. 1, résumé des p. XII-XIX, à la table des matières.

³ Acollas, *Philosophie de la science politique*, Paris, 1877, p. 98.

⁴ J. Ghestin, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, op. cit. p. 31

pied d'égalité dans la discussion précontractuelle et entretiennent forcément des rapports équitables dans l'exécution du contrat¹.

De cette volonté toute puissante, naissent les principes logiques, véritables corollaires de l'autonomie, devant dès lors régir tout le droit des contrats.

b - Les axiomes déduits de l'autonomie de la volonté

45. Formation du contrat : consensualisme et liberté contractuelle. Le formalisme semble être la notion contredisant le plus sûrement l'autonomie de la volonté dans la mesure où l'exigence d'accomplir des rites revient à nier la suffisance de la volonté. Ceci explique que l'autonomie de la volonté consacre le principe du consensualisme : la volonté expresse vaut la volonté tacite, quand bien même autrui aurait du mal à la déterminer, et les solennités ne doivent être reléguées qu'à des cas exceptionnels. L'existence du contrat ne doit pas être soumise à des formalités ou des actes matériels préalables ; la seule expression des volontés, suffit à former le contrat, *solo consensu*. Ce principe est déduit implicitement de l'article 1108 du code civil qui fait du consentement des parties, une condition de validité d'une convention (les seules exceptions étant les contrats réels² et solennels), mais aussi de l'article 1583 sur la vente³.

Le principe de la liberté contractuelle, au-delà de la faculté de se lier ou non par des engagements, postule pareillement le libre choix du cocontractant. Les parties sont alors libres de discuter sur un pied d'égalité les conditions du contrat et d'en déterminer le contenu dans la limite du respect de l'ordre public : la négociation n'est pas entravée, les pourparlers sont libres. De plus, ils peuvent choisir entre les législations de divers Etats celle qui sera compétente pour régir le rapport noué volontairement par eux, ou écarter l'application de toute loi supplétive : c'est, rappelons-le, la première et véritable expression de l'autonomie de la volonté. Les hommes

¹ Cette solution semble, *a priori*, logique puisqu'un cocontractant, libre de choisir et d'accepter le contrat, n'ira pas choisir et accepter un contrat qui irait à l'encontre de ses intérêts, ou qui le mettrait en position de forte infériorité par rapport à son partenaire. C'est pourquoi, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, la liberté absolue dans le contrat entraîne l'égalité des parties et l'équilibre des prestations et, donc, est source de justice contractuelle.

² Catégorie qui tend, au demeurant, à s'amenuiser puisque le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel : voir Civ. 1re, 28 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 105 ; R. p. 365 ; GAJC, 11e éd., n° 269-270 (II) ; D. 2000. 482, note S. Piedelièvre ; *ibid.* Somm. 358, obs. Ph. Delebecque ; D. 2002. Somm. 640, obs. D. R. Martin ; JCP 2000. II. 10296, concl. J. Sainte-Rose ; JCP N 2000. 1270, note Lochouarn ; Def. 2000. 720, obs. J.-L. Aubert ; Contrats Conc. Consom. 2000, n° 106, note L. Leveneur - 27 nov. 2001 : JCP 2002. II. 10050, note S. Piedelièvre ; Defrénois 2002. 259, obs. R. Libchaber ; Dr. fam. 2002, n° 9, note B. Grua, D. 2003. Chron. 1492 - 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-12.588 ; 5 juill. 2006 : Bull. civ. I, n° 358 ; D. 2007. 50, note J. Ghestin ; *ibid.* Pan. 759, obs. D. R. Martin ; RTD com. 2006. 887, obs. D. Legeais – Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, pourvoi n° 06-19753, Jurisdata n° 2008-044407, JCP G, 2008, II, 10150, note A. Constantin.

A contrario, « le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose » : Cass. 1^{ère} Civ. 7 mars 2006 : RDC 2006, n° 3, p.778, note P. Puig.

³ 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 ».

sont libres de préciser eux-mêmes les règles qui vont régir leurs relations juridiques : ils sont autonomes. Le principe de liberté contractuelle, « déduit du principe que l'homme est libre naturellement et que donc, seule sa volonté peut le contraindre envers autrui, touche donc tant au contenu du contrat (choix de la loi applicable, choix des stipulations contractuelles) qu'aux considérations extérieures au contrat (l'homme est libre de choisir le contrat qui correspond le mieux à la protection de ses intérêts) »¹.

46. Exécution du contrat : effet relatif et interprétation du contrat à la lumière de la volonté commune des parties. Le principe de l'autonomie de la volonté justifie le principe de l'effet relatif des conventions. Les tiers ne devront pas et ne pourront pas être affectés, ou profiter, par un contrat qu'ils n'ont pas accepté, discuté et choisi. N'ayant pas manifesté leur volonté, donc consenti à la convention, les tiers ne peuvent pas être atteints par le contrat comme le rappelle l'article 1165 du code civil². Ce principe découle pareillement du fait que toute obligation, comme tout avantage, doit préalablement être consenti. Il est tout à fait en accord avec le souci de justice au sein même de la société puisque l'homme ne pourra pas se voir imposer d'obligations qu'il n'aura pas acceptées : la volonté demeure le seul vecteur de l'obligation.

Fort logiquement, les effets des obligations contractuelles sont ceux qui ont été voulus par les parties au contrat : la puissance publique doit, à cet effet, veiller au respect de la convention comme s'il s'agissait d'une loi. Le principe de la convention loi³ exige que la puissance publique soit mise au service des intérêts particuliers : le contrat n'est point perçu comme l'égal de la loi même si l'article 1134 semble inviter à une telle analogie. Bien au contraire, la puissance publique est mise au service des intérêts privés. Ainsi, les juges doivent servir la liberté contractuelle et interpréter le contrat à la lumière des volontés qui se sont exprimées lors de la conclusion de la convention. Si l'on suit de manière pure le raisonnement formulé par les tenants de l'autonomie de la volonté, le déséquilibre manifeste des prestations ne permettrait pas au juge de reconsidérer les obligations ou de libérer une partie. Des considérations de justice ou d'équité ne peuvent entrer en ligne de compte car l'équilibre contractuel serait rompu ; il porterait atteinte au principe selon lequel les parties contractantes déterminent elles-mêmes le contenu de leurs obligations réciproques. Suivant cette logique autonomiste, la Cour de cassation décidait le 2 juillet 1860, qu'« il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une

¹ I. Beilleil, op. cit. p. 37.

² V. infra n° 192.

³ R. Robaye, *Une histoire du droit civil*, op. cit. p. 62 et 63.

certaine forme, les effets d’une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit : qu’une pareille convention n’a rien d’illicite, qu’elle tient lieu de loi à ceux qui les ont faites... »¹ : fut, de la sorte, consacré le principe même de la clause résolutoire expresse dégagée de toute intervention judiciaire, celle-ci ne venant que la confirmer.

Pareillement, le juge ne peut faire intervenir des considérations étrangères à la volonté lorsqu’il est amené à interpréter le contrat : il doit rechercher quelle a été la commune intention des parties (article 1156 code civil). Ce que les parties ont décidé s’impose définitivement à elles, dans les conditions mêmes où elles l’ont voulu : la révision pour imprévision est de ce fait exclue², et le contrat ne sera pas affecté des changements législatifs postérieurs à sa conclusion.

La théorie de l’autonomie de la volonté, fondée sur une conception libérale et profondément volontariste du contrat s’est ainsi fortement développée durant tout le XIXème siècle : elle fut portée, premièrement, par des spécialistes de droit international privé avant que le droit civil ne reprenne son flambeau. Cependant, comme toute théorie, cette dernière comporte des limites évidentes qui, si elles ont été mises en exergue surtout vers le début du XXème siècle, existaient déjà lors de sa formulation.

B - Les limites de la théorie : la nécessaire hétéronomie

47. La théorie de l’autonomie de la volonté reste, à n’en pas douter, influente dans notre actuel droit des contrats. Cependant, on observe que le raisonnement qu’elle développe connaît de nombreuses limites. Alors que certains tempéraments, comme l’ordre public et les bonnes mœurs, sont extérieurs à cette théorie (1), d’autres, tel le rôle, en réalité, premier de la loi, sont inhérents à la théorie (2). L’hétéronomie³ se manifeste ici essentiellement au regard du fait que des forces extérieures à la volonté du contractant sont à même d’influencer le contenu et l’exécution du contrat. S’il ne s’agit encore d’une conceptualisation d’autrui, elles constituent toutefois une première brèche dans la cuirasse autonomiste.

1 - Les inflexions extrinsèques : une autonomie incertaine

¹ Cour de cassation, 2 juil. 1860, DP 1860, 1, p 284.

² Cass. Civ. 6 mars 1876, « De Gallifet c/. Cne de Pelissanne » (affaire du Canal de Craponne) : GAJC, 11e éd., n° 163; DP 1876. 1. 193, note Giboulot ; S. 1876. 1. 161.

³ Autre norme ou encore, norme différente.

48. Si l'ordre public et les bonnes mœurs constituent ostensiblement des inflexions à l'autonomie de la volonté en ce que ces deux concepts font échec à une détermination absolument libre du contenu contractuel (a), il semble possible, en revenant à la période de l'adoption du code civil, de démontrer que les codificateurs n'ont pas désiré accorder à la volonté une prévalence en matière contractuelle (b).

a – Le rôle attribué à la protection de l'intérêt général

49. Le rôle prépondérant accordé à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'idée selon laquelle le volontarisme juridique ne saurait faire échec aux prescriptions légales et à la morale, se retrouve déjà chez Domat : « C'est un caractère essentiel aux conventions qu'elles n'aient rien d'illicite et de malhonnête ; et c'est un vice dans une convention, si on y même quelque chose de contraire aux lois et aux bonnes mœurs »¹. Dès lors, en exigeant que les conventions ne contreviennent, à peine de nullité, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les articles 6, 1131 et 1133 du code civil constituent des limites légales à la liberté contractuelle. En ayant recours à ces notions indéterminées, le législateur offre aux juges des standards à interprétation variable leur permettant d'adapter le droit aux temps et mœurs². Si l'article 6, interprété *a contrario*, laisse ainsi imaginer que l'on peut déroger à toutes les lois qui n'intéressent ni l'ordre public ni les bonnes mœurs, il relève alors de l'office du juge de vérifier si le contrat est conforme à l'intérêt général, protégé par ces deux notions. Intérêt suprême de la société, l'intérêt général ne saurait être placé en deçà des volontés individuelles, sauf à ne craindre l'anarchie³ : le contrat n'est pas délié du reste de la société. Il n'est pas que rapport privé : il peut, en un sens, intéresser l'ensemble de la société, tous les « autres ».

Les bonnes mœurs, quant à elles, sont visées à de multiples reprises dans le code civil (articles 900, 1133, 1172, 1387, 1134). Si cette notion est aussi assez vaste, elle semble moins difficile à définir. Elle représente la morale sexuelle, le respect de la dignité de l'homme et de son intégrité⁴. D'influence moins précise de nos jours, elle reste néanmoins un canon servant au juge à déterminer quelle convention est en rupture morale trop franche avec notre société⁵. L'altérité sociale a ainsi intérêt à ce que la convention ne vienne nier un consensus éthique.

¹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., T. XVIII.

² V. F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, préface de Jean-Louis Bergel, PUAM, 2008.

³ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Videcop édition 1827, T. VI p. 362.

⁴ I. Beilleil, op. cit. p. 39.

⁵ Désormais, il n'est ainsi plus contraire aux bonnes mœurs d'effectuer une donation en vue d'entamer, entretenir ou éteindre une relation adultère : Cass., Ass. plén., 29 oct. 2004 : Bull. civ. n° 12 ; R., p. 203 et 208 ; BICC 1^{er} fév. 2005, rapp. Bizot, concl. Allix ; D. 2004. 3175, note Vigneau ; JCP 2005. II. 10011, note Chabas ; ibid. I. 187, n° 7,

Les codificateurs, dans l’esprit de leur œuvre, et Napoléon, dans la mise en œuvre de sa politique dirigiste¹, ont ainsi entendu donner une place importante à la protection de l’intérêt général et des bonnes mœurs².

Cette volonté marque la première limite à la théorie de l’autonomie de la volonté. Une seconde limite se trouve dans le désir même des codificateurs de limiter cette volonté, notamment par le contrôle de la loi.

b - La confiance limitée des codificateurs dans la volonté humaine

50. La volonté des codificateurs de limiter et d’encadrer la liberté. Si les travaux préparatoires du code civil « se réfèrent constamment à la morale et à l’équité »³, force est de constater que les principes déduits de la vision individualiste du contrat tels le consensualisme, la force obligatoire du contrat, l’effet relatif des conventions et le concept d’autonomie de la volonté, en sont absents⁴. Portalis a d’ailleurs, en d’autres occasions, manifesté une hostilité

obs. Le Guidec ; Gaz. Pal. 2004. 3786, concl. Allix ; Defrénois 2004. 1732, obs. Libchaber ; ibid. 2005. 234, note S. Piedelièvre ; ibid. 2005. 1045, note Mikalef-Toudic ; AJ fam. 2005. 23, obs. Bicheron ; Dr. fam. 2004, n°230, note Beignier ; Contrats Conc. Consom. 2005, n°40, note Leveneur ; RLDC 2004/11, n° 466, note Lamarche ; LPA 7 juin 2005, note Pimont ; RTD civ. 2005. 104, obs. Hauser - Civ. 1re, 25 janv. 2005 : Bull. civ. I, n°35 ; JCP 2005. I. 187, n°7, obs. Le Guidec ; AJ fam. 2005. 234, obs. Chénédé ; Gaz. Pal. 2005. 3464, note Deharo ; RTD civ. 2005. 368, obs. Hauser, et 439, obs. Grimaldi.

V. déjà, décidant que n’est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l’auteur entend maintenir la relation adultère qu’il entretient avec le bénéficiaire : Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999 : Bull. civ. I, n° 43 ; R., p. 307 ; GAJC, 11^{ème} éd., n°25 ; D. 1999. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O’Sughrue ; D. 1999. Chron. 351, Larroumet ; D. 1999. Somm. 307, obs. Grimaldi ; ibid. 377, obs. Lemouland ; JCP 1999. II. 10083, note Billiau et Loiseau ; ibid. I. 143, n°4 s., obs. Labarthe ; ibid. I. 152, étude Leveneur ; ibid. I. 160, n°1, obs. Bosse-Platière ; ibid. I. 189, n°8, obs. Le Guidec ; JCP N 1999. 1430, note Sauvage ; Gaz. Pal. 2000. I. 70, note S. Piedelièvre ; ibid. 646, note Chabas ; Dr. fam. 1999, n° 54, note Beignier ; Def. 1999. 680, obs. Massip ; ibid. 738, obs. D. Mazeaud ; ibid. 814, obs. Champenois ; LPA 17 nov. 1999, note Mestrot ; RTD civ. 1999. 364 et 817, obs. Hauser ; ibid. 892, obs. Patarin.

¹ Nonobstant ses déclarations et sa volonté de respecter la propriété privée et la liberté contractuelle, Napoléon a mené une politique économique dirigiste qui, plusieurs fois, a fait céder ces principes devant des exigences d’intérêt public. En effet, il considérait que le droit d’abuser du propriétaire n’allait pas « jusqu’à priver le peuple de sa subsistance »¹ (Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, p. 37) : il faisait assez souvent montre d’interventionnisme lorsqu’il considérait qu’il en allait de l’intérêt général. Dès lors, la loi du 16 septembre 1807 instaure des procédures autoritaires de dessèchement des marais appartenant aux particuliers, la loi du 8 mars 1810 régit l’expropriation pour cause d’utilité publique dont la déclaration résulte d’un décret et dont l’indemnisation est fixée par le juge civil, l’exploitation des mines est placée sous la surveillance de l’administration, les décrets des 4 et 8 mai 1812 interviennent dans le commerce des grains.

V. J.-L. Souriaux, « L’idée d’un droit civil codifié chez Bonaparte », in *Mélanges A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 509.

² L’article 16 du projet ministériel de réforme du droit des contrats rappelle une telle évidence en disposant : « (Al. 1er) La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. (Al. 2nd) Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l’ordre public et aux bonnes mœurs ».

³ J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit. n° 59.

⁴ Voir E. Gounot, *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé français*, thèse dactylographiée, Dijon, 1912, p. 80-81 ; V. Ranouil, *L’autonomie de la volonté. Naissance et évolution d’un concept*, P.U.F., 1^{ère} édition, 1980, p. 76 à 78 et G. Rouhette, *La force obligatoire du contrat*, extrait du rapport français intitulé : « Le contrat aujourd’hui », LGDJ, 1987, p. 29, n° 3, selon lequel : « les travaux préparatoires relèvent l’impuissance radicale et

certaine à l'encontre de la philosophie de Kant¹. Aussi peut-on légitimement soutenir que la théorie de l'autonomie de la volonté a plus inspiré l'interprétation doctrinale du code civil que le code civil lui-même².

Pour les révolutionnaires, dans la droite ligne de Rousseau, l'homme était naturellement bon à l'état de nature supposé paradisiaque. La Révolution entreprise en 1789 visait donc à purger l'état social des institutions, croyances et coutumes absurdes qui avaient obscurci et entravaient la bonté naturelle de l'homme. Cependant, les codificateurs furent animés d'une grande méfiance vis à vis des principes dégagés par la Révolution. Ainsi, selon Portalis : « si les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent les siècles des excès »³. Bien que la liberté ait certes été énoncée comme principe, les codificateurs n'ont pas manqué d'instaurer des règles propres à la limiter et surtout à la contrôler : le libéralisme des rédacteurs du code civil est ainsi pour le moins tempéré puisque la loi protégerait contre des citoyens trop enclins à faire jouer à la liberté un rôle abusif. Les codificateurs ont surtout manifesté leur désir d'ériger la loi en principe fondateur. L'interdiction des arrêts de règlements et des dénis de justice par les articles 4 et 5 du code civil oblige les magistrats à faire appel à la législation et à ses travaux préparatoires, et seulement à ces sources. Portalis précisait bien le rôle qu'ils entendaient conférer à la loi quand il énonçait : « Quand la loi est claire, il faut la suivre. Quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives. Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie se soumettent aux usages reçus ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage »⁴. Ainsi, le retour à des considérations de droit naturel, d'équité et de justice n'est possible que lorsque la loi est absente ou obscure ; ceci tend à considérablement limiter la portée de l'article 1135 du code civil qui dispose : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

non la toute puissance de la volonté dans les contrats, son hétéronomie, non son autonomie ; non pas seulement en ce que l'homme ne serait lié par sa volonté qu'en vertu d'une délégation de puissance de la loi, mais en ce que l'homme est lié à sa volonté par la loi ».

¹ V. E. Putman, art. précit., p. 684, où l'auteur expose la diatribe de Portalis à l'encontre du philosophe de Koenisberg.

² J. Ghestin, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, op. cit. p. 30.

³ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Videcop édition 1827, Tome I, p. 482.

Les travaux préparatoires ont également été l'occasion pour les codificateurs de manifester leur pessimisme en la nature humaine : v. X. Martin, art. précit.

⁴ Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, op. cit. p. 22.

51. Une théorie auto-limitée. On peut constater le contrôle de la liberté au travers des règles mêmes de la théorie générale des contrats. En effet, si les codificateurs ont entendu soumettre ce droit à certains principes nécessaires et constants, et ce, en vue d'un minimum de justice contractuelle¹, toutefois, pour le respect de ces principes, la loi est nécessaire : le légicentrisme voulu par les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se retrouve dans l'œuvre de codification. Selon les rédacteurs du code civil, l'individu ne saurait s'émanciper de la tutelle étatique qui constitue pour eux la garantie de sa liberté par l'intermédiaire d'une loi égale pour tous : dans le cadre d'une application des acquis des théories du contrat social de Locke², l'Etat est le garant du dépôt du bien public, du bonheur de tous à travers le respect de la liberté. Il en résulte que le code considère que les conventions sont libres, dans la limite du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Ainsi, « il s'agissait de rappeler aux individus le caractère obligatoire du contrat par référence au droit romain, mais surtout inculquer à des êtres faibles, moins guidés par leur raison que par leurs passions, le respect des conventions au même titre que celui de la loi »³. On constate, en effet, que des hommes libres ne sont pas toujours obligatoirement prompts à s'orienter vers des activités utiles, légales, justes. Ils peuvent également être plutôt guidés par l'appât du gain et des profits : l'utile peut parfois l'emporter sur le juste. Autrui peut parfois être abusé même dans sa volonté : la théorie légale des vices du consentement peut alors servir à annuler ce que l'un n'a pas réellement voulu.

52. La distinction entre liberté contractuelle et liberté des conventions. Les rédacteurs du code civil avaient incontestablement admis le principe d'une certaine liberté dans les rapports contractuels, mais c'est l'interprétation du code civil dans la seconde moitié du XIXe siècle qui a mis l'accent sur l'autonomie de la volonté.

Selon Niboyet, « il n'y a pas de théorie de l'autonomie de la volonté, parce que l'autonomie de la volonté, comme telle, n'existe pas et qu'on fait une confusion tout à fait fondamentale entre ce concept et un autre, seul véritablement exact : celui de la liberté des conventions, dont le contenu est tout à fait différent. En effet, l'autonomie de la volonté est le pouvoir pour les parties, de choisir la loi de l'acte. Ce concept implique donc que la volonté a, comme la loi, la puissance de créer du droit : c'est faux. Seul est juste le concept de liberté des conventions qui indique que la loi, seule source du droit, accorde aux intéressés, une liberté

¹ Tout contrat devra ainsi être choisi librement, débattu librement, mettre les parties sur un pied d'égalité et offrir des prestations équilibrées.

² A dire vrai, l'on peut s'interroger avec le professeur Martin sur cette influence tant le pessimisme des codificateurs à l'égard de la nature humaine semble davantage les rapprocher de Hobbes : v. X. Martin, art. précit, spéc. p. 596, note 55.

³ I. Beilleil, op. cit. p. 42.

limitée »¹. Les codificateurs auraient simplement voulu accorder un espace de liberté aux hommes dans leurs relations contractuelles qui auraient eu comme fondement, source et limite, la loi. La proclamation de la liberté absolue n'a ainsi jamais été l'objectif de ceux-ci². Dès lors, l'idée que les codificateurs aient pu vouloir instaurer une certaine liberté des conventions, c'est à dire, laisser les hommes choisir leurs partenaires, le type de contrat, les dispositions du contrat mais dans le strict respect de la loi et de son esprit semble parfaitement justifiée. L'esprit même du code civil ne réside pas dans la volonté de faire de la liberté absolue le principe directeur d'une théorie générale du contrat et tout simplement du droit des contrats. Les codificateurs ont voulu lui donner un rang essentiel mais toujours dans le strict respect de la loi. Ceci ne revient pas à dire que toutes les incidences de l'autonomie de la volonté sont à rejeter. Une telle appréhension tend juste à remettre en cause, dans une certaine proportion, la capacité de certains à vouloir faire de la volonté ou de la liberté le fondement unique de la force obligatoire : la loi et, on le verra³, autrui en sont des éléments au moins aussi importants.

2 - Les inflexions intrinsèques : une hétéronomie certaine

53. L'autonomie de la volonté semble se heurter à un obstacle inhérent à son principe même : la hiérarchie qu'elle sous-tend entre volonté et loi ne résiste pas à l'analyse tant la loi ne saurait jouer un rôle autre que premier dans la création d'obligation contractuelle, reléguant la volonté à un rôle secondaire, délégué par la norme légale.

a - Le rôle premier de la loi

54. L'analyse positiviste du contrat. Selon les écoles historiques et sociologiques, la volonté est impuissante, à elle seule, à créer le droit puisque l'homme vit dans un ordre juridique qui lui est antérieur et qui s'impose à lui⁴. Cette école, qui nie la pertinence historiciste du concept de contrat social, tend à mettre en avant le rôle premier du droit.

Sous l'influence de ces doctrines, certains déniaient à la volonté le pouvoir d'être la cause efficiente de l'obligation ; elle ne pourrait que permettre à une personne de se placer dans une certaine situation prévue par le droit objectif. Ainsi, Gounot affirme que « la volonté n'est pas

¹ J.-P. Niboyet, « L'autonomie de la volonté », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1927-1, p.8 et s.

² V. Ch. Atias, « Restaurer le droit du contrat, au professeur Christian Mouly, Avocat au barreau », *D.* 1998 p. 137.

³ V. infra n° 9 et s., spéc. n° 102 et s. et 121 et s.

⁴ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit. p 6

elle-même la source du droit, elle n'est que l'instrument de sa création et de sa mise en œuvre (...). Le contrat ne puise pas sa force obligatoire dans la volonté individuelle elle-même, mais dans le bien commun dont elle est l'instrument (...). Une loi supérieure de justice objective s'impose donc aux volontés qui contractent »¹.

Kelsen est, à ce titre, le plus célèbre juriste à avoir défendu une vision positiviste du droit². L'on ne saurait, selon lui, douter que toutes les obligations qui pèsent sur l'homme ont pour source première la loi ; la volonté peut donner force obligatoire à un accord entre citoyens dans la mesure où la loi le permet : c'est le droit positif qui confère au contrat sa force obligatoire. Toutefois, il ne nie pas l'utilité pour le législateur de laisser une place importante à la volonté dans la gestion des intérêts économiques car une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts semble à l'évidence plus opportune. Cette vision positive du contrat est aussi soutenue par Toullier, qui énonce que toute obligation vient de la loi³.

La volonté semble, par là-même insuffisante à justifier la force obligatoire du contrat. Si l'Etat n'assurait pas l'exécution des droits, notamment ceux issus d'une convention légalement formée, seuls pourraient contraindre le débiteur récalcitrant ceux qui disposeraient de la force, d'un moyen d'intimidation, voire d'un gage. Or, « l'Etat qui garantit l'exécution des engagements et leur donne force obligatoire peut subordonner son intervention aux conditions qu'il juge opportunes »⁴. Même Bufnoir, célèbre autonomiste, est amené à affirmer : « le principe sur ce point est écrit dans l'article 1134 et ce principe est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont faites. C'est comme une sorte de loi privée. De ce principe il faut tirer cette conséquence que, s'il s'élève au procès à l'occasion d'une convention, les tribunaux, après avoir constaté que cette convention est légalement formée, ne peuvent que reconnaître et faire sanctionner les clauses qui la constituent, sans avoir le droit de les modifier, sous prétexte par exemple, d'équité »⁵. Comme le rappelle M. Christophe Jamin, « ce point est d'une importance cruciale : il signifie que, même pour les auteurs libéraux de la fin du XIX^{ème} siècle, le contrat ne saurait être l'expression d'une totale autonomie, mais il doit toujours être fondé sur le respect de la loi »⁶. L'on peut alors affirmer, avec Planiol qu'il « y a une condition

¹ E. Gounot, « La liberté du contrat et ses justes limites », *Semaines sociales de France* 1938, p. 321 et s.

² H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33. V. J. Ghestin, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, op. cit. p. 168.

³ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit. p. 146.

⁴ I. Beilleil, op. cit. p. 44.

⁵ Bufnoir, *Propriété et contrat*, Rousseau, 1900, p. 744.

⁶ Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chronique p. 904.

pour que les contrats aient cette force obligatoire : il faut qu'ils soient "légalement formés". La loi ne peut prêter son appui à une action qu'elle défend et qui est illicite »¹.

55. La loi comme fondement de la source obligatoire. Selon Xavier Martin, « le contact des volontés individuelles formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée l'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs »². Ainsi, afin que l'exécution du contrat soit garantie par le juge, un préalable nécessaire réside dans la conformité du contrat aux exigences légales³. En effet, « la liberté des conventions ou la liberté contractuelle existent, non pas parce que l'homme est libre à l'état de nature, mais bien parce que la loi dit que l'homme bénéficiera d'une certaine liberté dans la gestion de ses intérêts privés »⁴. Les codificateurs auraient pu instaurer un système formaliste et limiter la liberté de choix des contractants comme le faisait le droit romain, c'est à dire donner non seulement le premier rôle à la loi, mais aussi, quasiment, un rôle exclusif. Ce n'est pas tant car ils croyaient aux vertus ultimes de la liberté absolue qu'ils ont consacré le consensualisme mais plus pour des raisons d'ordre économique et politique. Ils étaient en effet convaincus qu'un homme à qui on accorde une certaine part de liberté sera plus enclin à faire fructifier ses intérêts, et donc à contracter. Il semblerait alors qu'au moyen de la liberté, « le législateur de ce temps, méfiant à l'égard des individus, visait en fait à organiser le jeu capricieux des penchants à l'égard des individus, seuls moteurs imaginables des comportements humains »⁵.

La liberté mise en exergue par la théorie de l'autonomie de la volonté n'est, au final, que le résultat d'un choix législatif, politique et économique⁶. La volonté est ainsi hétéronome en ce qu'elle dépend d'une règle extérieure : la volonté ne joue donc qu'un rôle secondaire.

b - Le rôle secondaire de la volonté

¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. 2, 6^e éd., 1912, n° 1165.

Jourdan rappelait : « Le législateur ne crée ni la propriété, ni l'obligation, il les sanctionne et les consacre » et ainsi leur délivre des conditions d'existence et de mise en œuvre cité par J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit. p. 146).

² X. Martin, « Anthropologie et code Napoléon », in *Bull. soc. fr. idées et hist. relig.*, n° 1, 1984, p. 43

³ V. J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *D.* 2001, p. 265.

⁴ I. Beilleil, op. cit. p. 44.

⁵ X. Martin, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », art. précit., p. 611.

⁶ . Comme l'observe M. Sacco : « exercer son autonomie ne signifie point "vouloir". Exercer son autonomie signifie avoir recours à l'instrument que la règle de droit prévoit pour ce but, cela signifie, logiquement, utiliser l'instrument selon les règles qui sont établies pour cette utilisation » : R. Sacco, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, 2007-4, p. 75.

56. La problématique relative à l'engagement unilatéral de volonté. La question de la volonté unilatérale s'est rapidement montrée épineuse en droit des obligations car elle tend à mettre en évidence les limites d'une théorie fondée exclusivement sur la volonté. Il est en effet possible de se demander si la volonté exclusive d'une seule personne est apte à créer une obligation, soit à son profit, soit à sa charge. Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, une personne a seule le pouvoir de s'obliger, dès lors, pourquoi ne pourrait-elle pas supprimer son obligation ou s'imposer une charge sans autre consentement que le sien ?¹ Le problème ne se pose pas pour la création unilatérale d'obligation à la charge d'un tiers, cette création étant impossible du fait que les obligations assumées par un individu doivent préalablement avoir été consenties, puisque celui-ci est libre. Il semble en effet pour le moins délicat d'imposer une dette à autrui sans qu'il l'ait, au préalable, consentie.

La question se pose en revanche pour une personne qui, de par sa seule volonté, se rend débitrice d'une ou plusieurs obligations, ce que l'on nomme communément l'engagement unilatéral de volonté². L'exemple le plus fréquemment est celui de la promesse de récompense. Si une personne perd un objet et offre une récompense à celui qui le trouvera et le lui ramènera, sera-t-elle obligée (au même titre que s'il y avait un contrat) de s'exécuter ? Si, à première vue, une réponse positive paraît envisageable, imaginons que l'objet est rapporté par une personne qui n'a pas connaissance de la récompense. Si la personne qui a retrouvé son objet ne lui donne aucune récompense, et que le bienfaiteur apprend plus tard qu'une récompense avait été offerte, pourra-t-il réclamer l'exécution de l'obligation ?³ Si la personne qui a offert la récompense peut créer à elle seule une obligation, elle peut à plus forte raison se défaire seule de cette obligation et rétracter sa volonté dans une sorte de prolongation de l'article 1134 alinéa 2⁴. Ainsi, à la question de savoir pourquoi une offre doit être maintenue pendant un certain temps, M. le professeur Putman répond : « on peut l'expliquer par un principe de congruence de la volonté de l'offrant avec lui-même (il est alors supposé avoir pris l'engagement unilatéral de la maintenir). On peut avancer l'idée de considération due à l'attente légitime d'autrui⁵ (l'offrant est alors sanctionné

¹ Interrogation relayée par Ch. Atias, *Le contentieux contractuel*, PUAM, 4^{ème} éd., 2008, n° 19, p. 27.

² V. M.-L. Mathieu-Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse, PUAM, 1995.

³ Ou bien encore, si celui qui offre la récompense se rétracte lui-même avant que l'objet ne lui soit retourné, y a-t-il préjudice pour le bienfaiteur ?

⁴ Qui dispose : « Elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁵ A laquelle M. le professeur Sérioux adhère : « Le droit ne s'intéresse qu'à la fidélité à autrui. Seule cette perspective permet de capter les "notes" d'altérité et de justice qui lui sont consubstantielles. Dès lors le seul moyen pour fonder la valeur juridique d'une promesse unilatérale non acceptée par son destinataire consiste pensons-nous à se référer à l'espérance légitime qu'elle a pu faire naître chez tel ou tel » : A. Sérioux, « L'engagement unilatéral en

s'il ne laisse pas au destinataire un délai raisonnable au destinataire pour répondre). Ces deux explications, qui ont été l'une et l'autre proposées, ne requièrent ni l'une ni l'autre une volonté contractuelle unifiée »¹.

57. Le rôle délégué de la volonté. Ce problème relatif à l'efficacité de l'engagement unilatéral montre de manière ostensible que la volonté ne peut pas avoir un rôle aussi important que celui que les partisans de la théorie de l'autonomie de la volonté voudraient lui attribuer. La raison la plus évidente est que la notion d'engagement unilatéral est difficilement conciliable avec celle d'obligation. L'obligation étant un lien de droit entre deux personnes, il ne peut y avoir de débiteur sans créancier corrélatif ; sans altérité, point de droit et encore moins d'obligation². Au mieux s'agit-il d'une offre qui, en cas d'acceptation par autrui, se transformera en contrat³. L'absence de règles générales, et même de textes spéciaux⁴ montre également que le législateur de 1804, hostile à la volonté pure des hommes, n'avait peut-être pas entendu reconnaître de pouvoir à la volonté unilatérale. De plus, comme nous venons de le voir, la volonté n'a de pouvoir que parce que le droit objectif le lui reconnaît.

La volonté n'est pas, dès lors, comme le voudrait la théorie de l'autonomie de la volonté, un phénomène créateur de droit, à la fois autonome et initial : elle est seulement un pouvoir délégué et réglementé. Ainsi, la force obligatoire ne résiderait pas tant dans la volonté des cocontractants, mais plutôt dans le fait qu'une telle volonté est consacrée par le droit : « C'est la loi qui définit, à la lumière de l'intérêt social, l'étendue et les modalités du pouvoir qu'elle laisse

droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1999, n° 5 et 6 p. 11.

¹ E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ Droit prospectif*, 1996-3, p. 693.

² Ce n'est en effet que dans l'altérité que l'obligation, le lien juridique, peut se nouer. La volonté pure, individuelle et déliée d'autrui ne peut avoir de valeur : « le contrat apparaît alors comme le cadre naturel de l'obligation, en ce qu'il postule pour se constituer l'émission d'une autre volonté. La rencontre requise des deux volontés dont les fins sont contradictoires en limite l'expression et la puissance » (M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », art. précit p. 136). En effet, une volonté pure ne peut obliger, ou à tout le moins, ne doit pas compter sur le droit pour lui permettre cela. Le droit, règle sage, pare la volonté pure, la volonté folle : il la rend impuissante, en lui refusant sa propre puissance », récusant « une conception prométhéenne de l'usage du droit » (ibidem p. 137).

³ La Cour de cassation a eu récemment l'occasion de rappeler que « si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque » (Cass. 3^{ème} civ. 7 mai 2008, pourvoi n° 07-11690, précédemment Cass. 1^{ère} civ. 17 décembre 1958, D. 1959, Jur. 33, RTD civ. 1959, p. 33 ; Cass. 3^e civ., 10 mai 1968, n° 66-13.187, Bull. civ. III, n° 209). C'est dire que la volonté n'est pas à même de créer l'obligation contractuelle : bien que l'offre soit retirée, l'attente légitime d'autrui justifie que la rétractation soit inefficace. L'avant-projet « Catala » de réforme du droit des obligations et de la prescription consacre une telle perspective en son article 1105-4 (formation forcée) alors que le projet ministériel ne prévoit que la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rétractation sans « l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat » (art. 26).

Vv. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour : thèse Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1970, t. 109, n° 140.

⁴ L'offre est codifiée aux articles 1105 à 1105-6 dans l'avant projet « Catala » de réforme du droit des obligations et de la prescription, et aux articles 23 à 30 dans le projet ministériel de réforme du droit des contrats.

aux individus. La volonté n’en reste pas moins un pouvoir que détient chaque sujet de droit et dont il peut faire usage, de façon autonome, dans le cadre dessiné par la loi »¹.

Si la volonté conserve un rôle nécessaire en droit positif, elle reste, néanmoins, impuissante à expliquer, par exemples, la formation d’obligations accessoires au contrat, telles que l’obligation de sécurité², et le progrès de l’exigence de bonne foi.

De plus, l’idée que chaque contractant est guidé par des intérêts individuels où la volonté prime sur le lien, au mépris d’une prise en considération d’autrui³, ne pouvait manquer de heurter ceux voyant, avant tout, dans le droit, et dans le contrat, une relation. Si la loi décide que l’engagement est obligatoire, encore faut-il expliquer pourquoi le lien mérite que la loi y accorde un tel crédit, et une telle vigueur. Les tenants de la doctrine solidariste ont alors tenté d’achever les critiques adressées depuis plus d’un siècle à l’autonomie de la volonté et ce, sur le fondement d’une idéologie qui elle-même n’est pas nouvelle.

Bien qu’il paraisse impossible d’imputer aux codificateurs une quelconque perspective altruiste⁴, l’on peut légitimement se demander si l’hétéronomie inhérente au rôle premier de la loi, ne peut se doubler d’une conceptualisation du lien contractuel où autrui ne serait plus appréhendé tel un *alter ego* mais comme le prisme à travers lequel la prévision contractuelle serait perçue et analysée. Le solidarisme contractuel s’est astreint à formuler une telle alternative dans le cadre d’une double dynamique, sociale et morale.

Section II – Un paradigme remis en cause par le solidarisme

58. L’équilibre trouvé. Si une partie de la doctrine civiliste contemporaine considère que l’autonomie de la volonté est l’explication de la force obligatoire du contrat⁵, il semble possible, voire préférable, d’envisager la force obligatoire du contrat comme une combinaison d’éléments objectifs et subjectifs, une dynamique intermédiaire entre la volonté et le positivisme. Cette perspective a été développée par Pierre Hébraud⁶, reprenant les bases données par Maurice

¹ I. Beilleil, op. cit. p. 47.

² V. infra n° 157.

³ En tant qu’*alter ego*, autrui est un autre moi (non un autre que moi), séparé, indépendant donc clos sur lui-même.

⁴ V. X. Martin, art. précit.

⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, tome I, L’acte juridique*, Armand Colin, 13^{ème} édition, 2008, p. 280, n° 385, qui considèrent que c’est d’elle-même que la volonté tire sa force contraignante », que « le principe de la force obligatoire du contrat n’est lui-même qu’un aspect particulier du principe plus général de l’autonomie de la volonté » que « le principe de l’autonomie de la volonté traduit très exactement la réalité concrète du droit positif » et enfin même si « l’autonomie de la volonté n’est plus absolue ; elle demeure la règle. »

⁶ P. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz, tome II, 1960, p. 419 à 476.

Hauriou¹, et par M. Jean Hauser². Il s'agit d'une conception reposant sur la conciliation écartant la prédominance de la volonté mais ne la concevant pas sous la totale dépendance du droit positif. En somme, ce sont des rapports entre la volonté, pouvoir d'initiative, expression d'une liberté (facteur subjectif) et des éléments extérieurs par exemple la loi, les statuts, les institutions de la société (facteurs objectifs). Lesdits éléments extérieurs « forment le milieu social dans lequel la volonté se développe et avec lesquels la volonté se combine »³.

Cependant, cette hétéronomie ne traduit pas forcément les altérations subies par le contrat. Il faut alors se référer à l'esprit de la réglementation objective pour voir si elle limite la volonté, la liberté (ce qui caractérise une idéologie autoritaire et dirigiste) ou si elle alimente la volonté (ce qui caractérise une idéologie libérale). Ainsi la force obligatoire des contrats « n'est qu'un élément de l'agencement hiérarchique de l'ordonnement juridique étatique subordonné à la loi et aux normes supérieures »⁴.

D'autres explications ont alors été proposées par la doctrine : elles ont soit pour objet d'écarter l'autonomie de la volonté en proposant une autre explication reposant sur la solidarité avec autrui, soit de concilier la volonté avec le droit objectif à travers le juste et l'utile⁵. Toutefois, cette dernière présentation ne permet pas selon certains de restaurer les valeurs essentielles du droit des contrats : l'égalité des cocontractants et la nécessité pour chaque contractant de collaborer, de coopérer avec son autre dans une dynamique sociale de la convention. Or, telles semblent être les vertus du solidarisme contractuel. Néanmoins, son avènement doctrinal (§1) ne permet pas de dissimuler une réception prétorienne limitée (§2)

¹ M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 2 et s.

² J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1971.

³ P. Hébraud, précit. p. 420-421 et 424 à 426.

⁴ P. Hébraud, précit. p. 422.

⁵ Puisque, semble-t-il, la liberté conférée par les rédacteurs du code civil, et donc le code, est plus liée aux vertus du libéralisme économique qu'à la croyance en une liberté absolue, il semble possible de dire que le but affirmé du droit des obligations en matière conventionnelle, à savoir la justice contractuelle, peut être atteint grâce à cette notion d'utilité. Désormais, l'égalité et l'équité doivent être renforcées pour que la justice contractuelle soit restaurée. Le concept de justice contractuelle devient ainsi essentiel notamment au travers du concept d'utilité. Ainsi, pour M. Jacques Ghestin, « le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle. L'utile et le juste apparaissent comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat » (J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition 1999, p. 239, n° 265). Mais un équilibre doit être trouvé entre le juste et l'utile sinon le contrat n'est plus un acte de prévision : le juge pourrait le remettre en cause à tout moment.

La référence à l'utile et au juste semble plus féconde que l'application du principe de l'autonomie de la volonté lequel ne permet plus aujourd'hui, selon M. Jacques Ghestin, « de rendre compte du droit positif et à la différence de l'utile et du juste ne contient pas les éléments de recherche et de progrès qu'impliquent ces deux notions »⁵ (J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 10.) dans la mesure où « la conciliation de l'utile et du juste est l'exigence clé en matière de contrat alors que l'autonomie de la volonté dissimule les problèmes en affirmant comme principe général et abstrait de se référer à la volonté des parties alors que celle-ci n'est pas une fin en soi mais au service du droit objectif » (Idem p. 3).

même si l'étude de certaines décisions rendues par la Cour de cassation permet selon certains chantres de cette doctrine d'en officialiser la vigueur juridique au début du XXIème siècle.

§ 1 - L'avènement doctrinal du solidarisme : une altérité sociale

59. Selon la doctrine solidariste, le contrat tendrait aujourd'hui vers un certain esprit de solidarité et de fraternité s'approchant du juste et qui permettrait une nouvelle interprétation de la force obligatoire du contrat. Si la conceptualisation du solidarisme (A) semble prendre ses racines à la fin du XIXème siècle, il est facile d'observer en doctrine un certain renouveau de cette pensée depuis quelques années. Ce dynamisme doctrinal a ainsi permis une nouvelle conceptualisation de la force obligatoire dégagée de l'autonomie de la volonté (B).

A – La conceptualisation du solidarisme

60. Solidarisme et radicalisme. Le solidarisme est une philosophie politique qui est née à la fin du XIXème siècle à un moment où la conception individualiste de la politique et du droit paraît mener à une impasse. La chute du gouvernement de Jules Ferry marque l'essoufflement de l'individualisme et du libéralisme ainsi que le mécontentement du peuple contre la bourgeoisie résultant de l'accroissement de la paupérisation urbaine, la multiplication des désordres sociaux consécutifs au développement du machinisme et de l'industrie qui font progresser la misère humaine, misère que le scandale de Panama rend d'autant plus difficile à admettre.

Par réaction se développe un mouvement socialiste qui veut restaurer l'harmonie sociale sans verser dans le communisme : le solidarisme. Il va devenir la philosophie officielle de la IIIème République, le point de ralliement des radicaux dans la mesure où le solidarisme a pour avantage politique de se situer à mi-chemin du socialisme et du libéralisme¹, c'est-à-dire entre la liberté individuelle et le dirigisme étatique².

Au début du XXème siècle, Léon Bourgeois développa politiquement cette doctrine et donna toute son ampleur à l'idée d'un secours mutuel entre les membres de la société notamment au sein de la classe ouvrière³. Futur prix Nobel de la paix, Léon Bourgeois considère que

¹ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à J. Ghestin*, Dalloz, 2001, p. 441 à 472, spéc. p. 445.

² D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 608, n° 6 : « le solidarisme contractuel est une voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot. ».

³ L. Bourgeois, *Solidarité*, Armand Colin, 1896, réédition en 1998 aux éditions Universitaires du Septentrion de la 5^e édition de l'ouvrage parue en 1906.

l'homme fait partie d'un tout, qu'il est le produit d'une histoire dans laquelle il s'inscrit et qui lui confère des avantages. Le solidarisme est ainsi une doctrine sociale qui opère une rupture avec la philosophie rousseauiste du contrat social dans la mesure où « elle substitue au fondement du lien social reposant sur un contrat social librement conclu entre des individus celui d'une société déjà constituée à laquelle les individus s'agrègent »¹. En se joignant à la société, l'individu devient débiteur de tous les autres membres qui la composent : il s'en remet alors à l'Etat pour procéder à la répartition des droits et des devoirs, notamment pour déterminer la mesure exacte de sa dette. En d'autres termes, il faut que « chacun paie sa dette à l'égard de la société, laquelle varie d'un individu à un autre et à charge pour l'Etat d'en répartir le bénéfice de la façon la plus profitable à l'ensemble de la collectivité »² afin de réaliser une harmonie au sein de la société humaine composée d'individus inégaux : l'entrée en société est ainsi perçue comme la manifestation d'une dette envers autrui dont le paiement est redistribué par l'Etat. Bourgeois explique ainsi l'origine de cette dette : « les hommes se trouvent dans une situation de quasi contractants, obligés les uns envers les autres en raison de l'interdépendance des faits économiques et sociaux, en raison de la volonté qu'ils auraient eue s'il y avait eu contrat. C'est là une situation qui n'a rien que d'ordinaire dans notre droit civil. A chaque instant, on peut être engagé par le fait d'un tiers ; à chaque instant on peut être débiteur d'une ou plusieurs personnes, sans qu'ait eu lieu cette volonté expresse de rendre, de recevoir un service sous la condition de réciprocité, par le seul fait de la complexité des relations à l'intérieur desquelles se trouvent donc engagés, bon gré mal gré, les individus en présence. Une infinité de cause que notre volonté n'a pas créée provoque des obligations. Et précisément ce qui résulte de la solidarité de fait, c'est un quasi-contrat de cette nature qui impose à chacun des obligations ; il y a de donc bien là une dette que la société peut sanctionner »³.

De la sorte, cette philosophie met en place une société quasi-contractuelle dont l'objectif est de servir un idéal de justice. Ce concept de justice est en effet la clé de la construction solidariste puisque Bourgeois explique : « nous n'entendons pas poser l'idée de solidarité comme le fondement unique du droit et du devoir. Ce fondement c'est la justice »⁴. Or cet idéal pourrait être atteint si l'on assurait le primat du social sur le politique. A rebours du contrat social de Rousseau, le contrat solidariste ne se retrouve donc pas à l'origine de la vie en société mais bien, au contraire, au terme de celle-ci⁵.

¹ Ch. Jamin, précit. p. 446.

² Ibidem p. 447.

³ L. Bourgeois et A. Croiset, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Ecole des Hautes études sociales, 1901-1902, Paris, Alcan, 1902 p. 109-110.

⁴ Idem p.16.

⁵ Voir notamment, P. Mazet, « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Marc Nicod et Luc Grynbaum, Economica 2004, p.21.

61. Solidarisme et sociologie : une altérité sociale. Il n'est dès lors pas étonnant que le solidarisme pénètre la sphère sociologique, laquelle appréhende « la société comme une catégorie qui transcende celle des individus dont la liberté est nécessairement aliénée en raison de l'étroitesse des liens qui les unissent »¹. Durkheim formule ainsi le dictat du social sur le politique : « la similitude des consciences donne naissance à des règles juridiques qui, sous la menace de mesures répressives, impose à tout le monde des croyances et des pratiques uniformes »². Durkheim ajoute, concernant le concept et l'institution du contrat, « qu'il est par excellence l'expression juridique de la coopération » puisque « coopérer c'est se partager une tâche commune »³ : l'altérité est donc sociale puisqu'elle est représentée par tous les autres.

Le solidarisme s'entend ici d'une conception coopérative de la société où l'inégalité qui atteindrait un contractant serait contraire à l'harmonie des forces sociales. L'idée est que la vie en société impose une solidarité entre les membres du corps social qui doit aboutir à une répartition plus égalitaire des richesses et des charges, ce qui préfigure le concept de mutualité. Ainsi, selon Durkheim : « les interventions de l'Etat ne se réduisent pas à faire exécuter passivement les contrats », elles sont légitimes dans la mesure où « le contrat ne se suffit pas à soi-même, mais il n'est possible que grâce à une réglementation du contrat qui est d'origine sociale »⁴. Tout cela postule l'état de dépendance à l'égard de l'Etat Providence, c'est-à-dire non seulement la primauté de la loi sur le contrat mais encore le fait que c'est du respect de l'ordre public, que le contrat tient sa légitimité⁵. L'avènement de la République radicale va ainsi permettre le vote de grandes lois fondées sur cet esprit de solidarité : la loi sur les retraites ouvrières du 5 avril 1910, la loi du 14 juillet 1905 relative à l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources ainsi que d'autres textes portant sur l'hygiène publique ou la santé tels que les lois du 12 avril 1906 et du 22 juillet 1912. Comme l'explique Bourgeois, « l'Etat intervient pour conseiller, soutenir, surveiller et, contrôler les œuvres de prévoyance dues à l'initiative privée, de là, notre législation des sociétés de secours mutuel des caisses d'épargne »⁶. Pour résumer cette pensée, on peut affirmer avec Pierre Mazet que « la doctrine solidariste n'est en rien révolutionnaire dans le sens où il s'agirait de modifier l'ordre économique et social ; elle se contente de socialiser certains risques. Elle évacue toute idée de lutte des classes,

¹ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Dalloz, *Mélanges offerts à J. Ghestin*, 2001, p. 441 à 472, spéc. p. 445.

² E. Durkheim, *De la division du travail social*, Alcan, 1893 réédition en 1986, PUF., 11^e édition, p. 206.

³ E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit. p. 99.

⁴ E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit. spéc. p. 193-194.

⁵ Voir R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris Arthur Rousseau, volume 1, 1923, spéc. n° 395, pour lequel « le contrat tient sa légitimité de ce qu'il est un instrument d'harmonie sociale ».

⁶ L. Bourgeois, *La politique de la prévoyance sociale*, Paris Bibliothèque Charpentier, 1914, p. 198-199.

d'antagonisme au profit d'une vision pacifiée de la société. Le conflit est pratiquement nié s'effaçant devant la conscience de chaque individu d'appartenir à la même communauté »¹.

62. Solidarisme et droit. Le solidarisme va dès lors logiquement pénétrer la sphère juridique et principalement celle du contrat², dans la mesure où le contrat, image réduite de la société, doit être pareillement gouverné par le principe de solidarité.

C'est Demogue qui a le premier introduit cette philosophie solidariste dans le domaine contractuel bien que celle-ci soit apparue dès la fin du XIX^{ème} siècle pour contester le dogme de la liberté au nom de la primauté du social et pour tenir compte de la réalité, de la complexité de la vie sociale, des nécessités pratiques et des besoins économiques³. Il présente ainsi un solidarisme beaucoup plus radical que celui développé par Saleilles⁴ en prévenant, dès l'introduction de son *Traité des obligations en général*, qu'il est « peu utile aujourd'hui de chercher à concilier l'obligation et la liberté, car dans nos idées sociales actuelles, on n'a pas besoin de la liberté. L'ordre social importe beaucoup plus »⁵. Il affirme ainsi que « le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même (...) le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine »⁶. Il soutient ainsi que « les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration »⁷. L'altérité dans la relation contractuelle se veut coopérative¹.

¹ P. Mazet op. cit. p.22

² Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges offerts à J. Ghestin*, Dalloz, 2001, p. 441 à 472, spéc. p. 442, qui utilise l'expression de « solidarisme contractuel ».

³ Ch. Jamin, art. précit. p. 447, et « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, spéc. p. 129, 130 et 139.

⁴ Voir notamment, Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de M. Nicod et L. Grynbaum, op. cit p.8.

⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général, volume 1, tome 1 : Source des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n°5 p. 12.

⁶ R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD. civ.*, 1907, p. 245 à 310, spéc. p. 246 ; *contra* Capitant qui prône la concurrence des intérêts comme nature des rapports humains alors que Demogue R. prône l'harmonie sociale comme nature des rapports humains et pour lequel : « les considérations sociales permettent de corriger l'individualisme mais la nature du Droit ne devient pas solidariste quant bien même ses sources se trouvent dans la vie sociale » cité par Ch. Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », précit. p. 137-138.

⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris Arthur Rousseau, volume 6, 1932 spéc. p. 9, n° 3 ; comparer avec D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » (in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, précit. p. 609, n° 8) pour lequel, « le contrat est envisagé comme le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires. »

63. Actualité doctrinale du solidarisme. De nos jours, le solidarisme connaît un certain regain d'intérêt en droit des contrats puisqu'il a permis de façonner certains concepts comme l'obligation contractuelle de sécurité, l'obligation d'information, la représentation au sein des groupements, une nouvelle conception de l'abus en matière contractuelle, et de la théorie des risques etc...². D'autre part, il arrive assez souvent que la doctrine se réfère à la philosophie solidariste pour expliquer la mansuétude des solutions rendues par les cours et tribunaux français à l'égard du débiteur de l'obligation inexécutée, mal exécutée ou simplement contestée³.

Le trait commun de la doctrine solidariste est alors « d'aboutir à des solutions assez systématiquement favorables au contractant le plus faible »⁴ ou plus largement « de parvenir à un monde contractuel meilleur »⁵ où le contractant dominant doit être préoccupé par les intérêts de son autre. Néanmoins, il serait illusoire de croire que la doctrine solidariste est homogène, elle se divise en deux courants : l'un d'inspiration morale, l'autre d'inspiration sociale⁶. Le solidarisme d'inspiration morale s'appuie sur le constat selon lequel le contrat est non seulement une relation de patrimoine à patrimoine mais aussi une relation humaine entre deux personnes. Il s'agit d'instaurer dans l'exécution du contrat une forme d'humanisme à travers un devoir moral d'entraide envers autrui qui serait juridiquement sanctionné. Ce solidarisme « met l'accent sur le comportement individuel et exige du contractant le plus puissant un surcroît de loyauté à l'égard de l'autre »⁷. Il est proche de la charité chrétienne et la dépasse dans la mesure où le droit doit reconnaître aux faibles de véritables droits opposables aux forts. Ce solidarisme est également

¹ . D'autres juristes, tel Gounot, ont essayé de concilier les exigences résultant de la philosophie solidariste (exigences objectives) et l'autonomie de la volonté (individualisme). Inspiré par le christianisme social, Gounot appelle ainsi de ses vœux l'intervention du juge pour arbitrer les conflits sociaux. Pour y parvenir, il conseille aux magistrats d'adopter un raisonnement téléologique permettant de sauver l'objectif poursuivi par le contrat (E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français*, thèse dactylographiée, Dijon, 1912 spéc. p. 23, 25 et 376).

² Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », précit. p. 450.

³ V. par exemple Com. 15 janvier 2002 (D. 2002. 1974, note Stoffel-Munck ; ibid. Somm. 2841, obs. D. Mazeaud ; JCP 2002. II. 10157, note Jamin ; CCC 2002, n° 94, note Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002. 294, obs. Mestre et Fages ; RDC 2003. 154, obs. Behar-Touchais) : la Chambre commerciale de la Cour de cassation admet que l'abus dans la fixation du prix peut être caractérisé si, dans une conjoncture difficile, un fournisseur a imposé des sacrifices à son concessionnaire mal en point, alors qu'il continuait, lui, à faire des profits. M. Stoffel-Munck considère que cet arrêt est « une tentative maladroite d'application d'une doctrine bien déterminée » (doctrine solidariste). Voir dans le même sens, Cass. com. 17 juin 1997 JCP. éd. G., 1998, I, 103 obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; JCP éd. E., 1997, 1007, note D. Legeais.

⁴ Idem

⁵ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré Dalloz*, P.U.F. et Ed du Juris-classeur, 1999, p. 603 à 634, spéc. p. 609, n° 7.

⁶ Ph. Stoffel-Munck, note précit., n° 16.

⁷ Idem.

assez proche de la conception libérale du contrat : la pensée solidariste demeure une morale interindividuelle où l'exigence d'éthique est simplement accrue, poussée encore plus loin¹.

Cette conception du solidarisme, mise notamment en exergue par M. Denis Mazeaud, peut ainsi être résumée : « l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel »².

Le solidarisme d'inspiration sociale, quant à lui, veut prendre la place du fondement traditionnel volontariste, c'est-à-dire substituer le fait social à l'engagement conventionnel. Plus précisément, il revient au juge d'affranchir les contractants du rapport de force existant entre eux et résultant de leur inégalité naturelle. Cette conception du solidarisme a été mise en avant par M. Christophe Jamin afin de prendre plus en considération l'aspect économique et social du droit des contrats que l'aspect sentimental des relations contractuelles³.

Le solidarisme d'inspiration morale apparaît alors comme une résurgence du passé, réactualisée eu égard à la morale d'aujourd'hui, imprégnée de solidarité ; dans la mesure où il rappelle le fondement moral de la force obligatoire du contrat, tout orienté vers autrui en ce qu'il prône le respect de la parole donnée à l'autre, il n'appelle donc pas véritablement une nouvelle approche de la force obligatoire du contrat.

A l'opposé, le solidarisme d'inspiration sociale fait œuvre de nouveauté quant au sens à donner à la force obligatoire du contrat.

B - L'approche solidariste de la force obligatoire du contrat

¹ Idem : l'annotateur fait état d'une différence de degré et non de nature entre le solidarisme d'inspiration morale et la conception libérale et morale du contrat développée par D'Aguessau, Portalis et Ripert.

² D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 603 à 634, spéc. p. 608, n° 6 et p. 603, n° 2 où l'auteur affirme que : « la devise loyauté, solidarité, fraternité fleurit bon une vision morale et sentimentale du droit des contrats ».

³ Ch. Jamin., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », extrait du Colloque de Chambéry intitulé : « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46 à 57, spéc. p. 52, où l'auteur fait savoir : « loin de moi l'idée de prendre la défense de la partie réputée ou prétendue faible en adoptant une posture morale » ; l'auteur « se place d'un point de vue strictement économique », et p. 57 « (...) parce qu'il favorise la réalisation de l'objet du contrat, le recours au concept de bonne foi me semble avoir partie liée avec la recherche d'une plus grande efficacité économique. C'est la raison pour laquelle je ne pense pas que l'on puisse uniquement parler à son égard de moralisme » ; « l'objectif du solidarisme contractuel est de restaurer la primauté du social au sein même de l'économie de marché et non à sa marge (...), le solidarisme contractuel (...) est tout autant l'expression d'un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques » (« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », précit. p. 471) ; le mot solidarisme « est confondu avec le terme plus ambigu de fraternité et est alors assimilé à une vision idyllique ou sentimentale, et donc irréaliste, de la nature humaine et des rapports contractuels » (idem).

64. L'aune du créancier. Le solidarisme d'inspiration sociale élabore une interprétation de la force obligatoire du contrat¹ inspirée par le droit anglo-américain, laquelle se veut plus flexible, plus souple et tournée vers le créancier en ce sens que le débiteur est tenu d'exécuter le contrat au mieux des intérêts de son créancier².

On retrouve nettement chez Demogue l'influence du solidarisme lorsqu'il appréhende la force obligatoire des actes juridiques. Selon lui, la philosophie individualiste du XIX^{ème} siècle et le respect de la parole donnée sont insuffisants car « elles n'éclairent pas le côté social » de l'obligation. L'acte juridique constitue « un de ces cas où l'obligation morale repose sur l'obligation sociale, où le devoir moral se fonde sur l'utilité sociale »³. Ainsi l'acte juridique oblige parce que son auteur, en voulant son intérêt, peut réaliser en fait le bien de tous. Or, ce résultat a de plus grandes chances de se produire dans les contrats où les volontés sont plusieurs et en opposition naturelle. Pour cette raison le contrat « porte avec lui une présomption de haute valeur sociale »⁴. Cela implique notamment qu'il faille « priver de valeur juridique la volonté fonctionnant dans des conditions anormales »⁵. De ce point de vue, l'autonomie de la volonté est considérée par Demogue comme excessive car elle postule que les contractants apprécient toujours justement les intérêts collectifs. Dans le cas contraire, une réaction doit se produire et compenser une « inégalité que le milieu social établit souvent entre contractants »⁶ : l'altérité est donc, primitivement, sociale. Toutefois, elle devient rapidement interindividuelle.

L'exécution du contrat doit ainsi permettre au créancier d'en retirer toute l'utilité et tout l'intérêt auquel il pouvait légitimement aspirer ; néanmoins, chaque contractant doit pareillement se soucier des intérêts de son partenaire comme des siens propres. La force obligatoire du contrat repose moins sur l'engagement du promettant que sur l'attente raisonnable du destinataire de la promesse : « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement »⁷. Il est intéressant de remarquer

¹ Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », précit. p. 905 et 906.

² H. Lecuyer, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », extrait du 94^{ème} Congrès des Notaires de France à Lyon intitulé : « Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique », *LPA*, 6 mai 1998, p. 44 et 45 qui précise que la pertinence d'une redéfinition de la force obligatoire du contrat a été soulevée par Bruno Oppetit dans son étude sur « L'endettement et le droit » aux *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 et ss. à propos de la théorie des attentes ou *expectations*.

³ R. Demogue, *Traité des obligations en général, tome I : Source des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n° 15.

⁴ Ibidem 23 bis page 74.

⁵ Ibidem n° 27.

⁶ Ibidem n° 28 page 85.

⁷ J. Carbonnier, « Introduction », extrait des travaux sur *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, des Journées R. Savatier à Poitiers, P.U.F., 1986, p. 29 à 39, spéc. p. 35 et *Droit civil, tome II, Les biens - Les obligations*, PUF, 2004, n° 936, p. 1956, qui considère que les attentes raisonnables du créancier sont la traduction

que cette conception de la force obligatoire du contrat reposant sur les attentes raisonnables d'autrui semble être déduite de l'application d'un principe de proportionnalité.

65. Une force obligatoire nécessairement fondée sur autrui. Cette nouvelle lecture de la force obligatoire du contrat fait ainsi passer « d'un dogme, d'une fin en soi à un simple moyen au service d'intérêts supérieurs permettant de parvenir à un équilibre économique, social, de sauver le contrat en l'adaptant au lieu de l'anéantir »¹. Le critère de la force obligatoire du contrat serait donc l'attente raisonnable d'autrui, laquelle serait appréciée par un tiers extérieur aux contractants : le juge².

La conséquence souvent redoutée serait de mener à une incertitude sur le principe et la portée des engagements contractuels et à l'immixtion du juge dans le contrat³, lequel pourrait, sous prétexte de rééquilibrer le contrat en faveur du débiteur victime des abus de son créancier ou des changements économiques et sociaux, réécrire le contrat. Il s'agirait d'un bouleversement du contrat, source d'insécurité puisque cela nierait l'essence même du contrat, à savoir être un outil de prévision.

Si cette crainte paraît légitime, on peut cependant faire valoir, en faveur de cette nouvelle approche de la force obligatoire du contrat, qu'elle conduirait à légitimer les atteintes actuelles subies par ce principe dont le but est le plus souvent de tempérer les pouvoirs du créancier et de secourir le débiteur.

En d'autres termes, l'alternative résiderait entre une conception qui redéfinit la force obligatoire du contrat et rejette les inégalités mais qui est la source d'une insécurité au regard des prévisions des parties contractantes, et celle qui protège cette prévisibilité mais laisse intactes les déséquilibres excessifs et abusifs lesquels n'ont d'autres justifications qu'un rapport de force inégalitaire ou un bouleversement des circonstances économiques.

des “*reasonable expectations*” expression connue en Angleterre depuis Adam Smith ; voir également F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^e édition, 2005, spéc. n° 42, p. 46, pour lesquels : « la force obligatoire du contrat reposerait non plus sur la confiance du créancier dans la parole donnée librement par son débiteur mais dans l'attente que pouvait légitimement nourrir le créancier, lors de la conclusion du contrat, eu égard à la situation patrimoniale du débiteur. Partant, en cas de stipulations excessives, le juge pourrait libérer le débiteur, le créancier ne pouvant légitimement espérer que son débiteur s'exécute en totalité ».

¹ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », précit p. 631 n° 29.

² H. Lecuyer, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », extrait du 94^e Congrès des Notaires de France à Lyon intitulé : “Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique”, LPA, 6 mai 1998, p. 44 et 45, spéc. p. 45, selon lequel : « reconnaître dans l'attente raisonnable du créancier le fondement de la force obligatoire, c'est admettre que le contrat ne peut pleinement se réaliser que judiciairement. »

³ V. notamment, L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004 p. 173 et s. ; et Ph. Stoffel-Munck, note sous Com. 15 janvier 2002, Dalloz, 2002, p. 1974 à 1979.

Au demeurant, le solidarisme contractuel paraît mieux correspondre aux problématiques liées aux contrats de longue durée, où la modification des circonstances économiques bouleverse l'économie contractuelle, et à la révocation des contrats à exécution successive¹ : contrats où une relation avec autrui s'installe sur le moyen ou le long terme².

66. Les limites du solidarisme. En définitive, de manière théorique, le solidarisme présente l'avantage de replacer autrui au centre de la sphère contractuelle. Qu'il soit moral ou social, le courant solidariste incite à appréhender toute problématique contractuelle dans sa dimension relationnelle : le solidarisme social tend même à faire de l'attente raisonnable d'autrui le pivot de la force obligatoire. Cependant, cette pensée se heurte à des obstacles importants. La critique porte essentiellement sur le fait que cette doctrine affaiblit la prévisibilité des relations contractuelles ; elle fragilise en outre la force obligatoire du contrat en faisant jouer un rôle décisif au juge pour corriger les relations contractuelles inégalitaires. De la sorte, l'on peut se demander si le solidarisme ne défait pas le lien contractuel plus qu'il ne contribue à le façonner. En outre, il faudrait, selon certains, rester prudent quant à l'application de cette doctrine car il n'y a pas « de critère et de règle qui permettent d'en comprendre et d'en anticiper l'application avec un minimum d'objectivité »³.

Enfin, cette doctrine risque d'encourager les contractants malhonnêtes parce qu'elle méconnaît le fait que la grande majorité des hommes portent en eux plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui. Ainsi, l'on risque de provoquer un dirigisme plus fort afin d'imposer aux contractants le respect de l'autre contractant ; la contrainte deviendra encore plus forte⁴.

¹ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », précit. p. 59, où l'auteur considère que « le solidarisme contractuel devrait pouvoir s'imposer car il me paraît beaucoup mieux correspondre que l'individualisme à un droit des contrats qui intègre une vision non linéaire du temps et une conception moins abstraite de la liberté. Autrement dit, le concept de solidarisme contractuel me paraît devoir assurer une plus grande souplesse d'exécution du contrat lorsque celui-ci est conclu pour une longue durée, en permettant d'atteindre le résultat minimum que visait chacune des parties au moment de sa formation, alors que les conditions de son exécution ont modifié leurs prévisions. »

² V. infra la théorie des contrats relationnels, n° 94.

Ces difficultés s'expliquant notamment parce qu'en 1804 les rédacteurs du code civil n'ont envisagé le temps que dans une perspective synchronique Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », extrait du Colloque de Chambéry intitulé : « Que reste t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46 à 57, spéc. p. 52, citant Rouhette G., « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC.*, 1986, p. 369 et ss., spéc. n° 3, selon lequel : les codificateurs ont traité du temps « abstraitement, comme le cadre homogène, indifférencié et vide dans lequel les événements naissent et se continuent dans la stabilité ou alternent par rupture ».

³ Ph. Stoffel-Munck, note sous Com. 15 janvier 2002, D. 2002, p. 1979, n° 18.

⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^e éd, 2005, spéc., n° 42, p. 44 et s. V. également Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2007, n° 750 et s.

Toutes ces raisons font que la jurisprudence et la majorité de la doctrine ne sont pas, pour l'instant, favorables à ces idées et préfèrent favoriser la stabilité contractuelle¹. Il convient d'ajouter que si le solidarisme est une doctrine idéaliste, romantique, fluctuante, « cette doctrine n'est pas neutre politiquement »² : « ses partisans, sans succomber à une vision marxiste des relations sociales pas plus qu'à un angélisme béat, dont on les accuse souvent, et sans confondre le code civil, ni avec le petit livre rouge, ni avec l'évangile, ne sacrifient pas vraiment au culte du marché tout puissant et font preuve d'un certain scepticisme face au libéralisme économique échevelé dont ils s'évertuent, en matière contractuelle, à tempérer les abus et les excès »³.

Dans la mesure où cette pensée propose une esquisse de conceptualisation de l'altérité en droit contractuel, il faut, les idées-forces développées, tenter d'en déceler les traces dans la jurisprudence récente.

§ 2 – Le solidarisme prétorien : un altruisme évanescent

67. Tentative. Même s'il n'est jamais aisé de mettre en lumière l'idéologie sous-tendant la logique résolutive dans une décision de justice française, il demeure possible d'analyser certains arrêts à l'aune des différents principes dégagés par la philosophie solidariste. Bien que l'exercice s'avère le plus souvent périlleux en raison d'une tradition bien établie de la Cour de cassation de motiver de manière très laconique ses arrêts, l'on peut essayer d'en dégager le sens à travers une dichotomie éprouvée en analysant chronologiquement et assez logiquement la présence du solidarisme aux stades de la formation (A) et de la réalisation du contrat (B).

A - Solidarisme contractuel et formation du contrat

¹ *Contra* D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », précit. p. 630, n° 28, qui considère que : « la devise loyauté, solidarité et fraternité constitue l'avenir même du droit des contrats dont elle restaure les fondations et préfigure ou traduit la profonde mutation » ; et Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », précit. p. 443 et 454, qui considère que si le solidarisme n'a pas permis de rompre avec la vision individualiste du droit des contrats, il serait vacillant à l'heure actuelle et reviendrait au premier plan le libéralisme, ce qui justifie selon lui de plaider en faveur du retour du social ; l'auteur ajoute que le solidarisme semble avoir imprégné l'ensemble du siècle (XX^e siècle) sans que les juristes français y aient vraiment prêté attention (« Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », précit. p. 139). Le doyen Carbonnier faisait état d'un mouvement de socialisation du droit civil qui est apparu à notre époque en réaction à l'idéologie individualiste (*Droit civil, tome II, Les biens - Les obligations*, PUF, 2004, n° 931, p. 1945).

² D. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} Civ, 30 juin 2004, D. 2005 n° 27, p. 1829.

³ *Idem*. Il ajoute : « contrairement à la rengaine qu'entonnent trop souvent ses détracteurs, le solidarisme contractuel ne rime pas nécessairement avec insécurité juridique et imprévisibilité contractuelle. Il engendre simplement un droit moins rigide, plus flexible, moins désincarné, plus humain. Il est le terreau d'un droit social des contrats » (« Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 59).

68. Termes de la problématique. La question qui se pose ici revient donc à se demander et à rechercher si le solidarisme contractuel se retrouve en droit commun contemporain de la formation des contrats. Selon la traditionnelle division chronologique, la formation désigne la phase d'élaboration du contrat, nécessairement préalable à l'exécution à laquelle on l'oppose, et séparée d'elle par l'accord de volonté des parties. Elle couvre les pourparlers, du premier contact en vue de la conclusion éventuelle du contrat jusqu'à la réalisation de celle-ci par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'opération projetée.

Dans la mesure où le code civil est resté en la matière quasiment inchangé¹, l'objectif d'une telle étude doit donc concerner la jurisprudence. Les arrêts rendus en matière de formation du contrat et pouvant se rapprocher d'une explication solidariste sont connus et ont fait l'objet de vives discussions et controverses. Au demeurant, il convient, avec M. l'avocat général Cédras, de remarquer qu'identifier « l'influence du solidarisme dans les arrêts est difficile »². En effet « la Cour de cassation ne se réfère jamais explicitement à une doctrine plutôt qu'à une autre »³. Il en résulte que nous suivrons la méthode indiquée par ce haut magistrat : « il faut donc apprécier le traitement qu'elle (*la Cour de cassation*) réserve aux pierres de touche du solidarisme, telles que mises au jour par la doctrine : vigueur de l'ordre public économique de protection, ampleur de l'exigence de bonne foi et d'entraide dans la formation et dans l'exécution, mise à l'écart des clauses abusives de limitation de responsabilité, bonne foi dans l'invocation de la clause résolutoire, obligation de renégocier en présence d'un déséquilibre économique imprévisible et ruineux... »⁴.

Du reste, il paraît logique de soutenir que la formation du contrat n'est pas un lieu privilégié de mise en œuvre du solidarisme. En effet, il est difficile d'observer et d'exiger au stade de la formation un devoir de coopération entre les parties. Il semble ainsi assez cohérent d'affirmer que la période pré-contractuelle est celle de la défense des égoïsmes qui s'effaceront peut-être plus tard une fois le contrat conclu : la négociation peut être aisément présentée comme un affrontement d'intérêts opposés, antagonistes. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que ce n'est qu'en abordant les effets des obligations contractuelles que Demogue livre son plus célèbre enseignement sur le microcosme contractuel : « les contractants forment une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par

¹ L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription, aux articles 1104 et s. (section 2 – De la formation du contrat), et le projet ministériel aux articles 19 et s. (chapitre III – Formation), envisagent désormais une codification des différentes règles dégagées par la jurisprudence.

² J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport 2003 de la Cour de cassation*, Deuxième partie : Études et documents, Études diverses, §2.

³ Idem.

⁴ Idem.

chacun, qu'à l'opposition entre le droit du créancier et celui du débiteur tend à se substituer une certaine union »¹. Dans le tome 1 du *Traité des obligations en général*, consacré à la formation du contrat l'on ne retrouve une telle conceptualisation liée au solidarisme.

Pour autant il serait controuvé d'affirmer que le solidarisme ne concerne pas la formation du contrat ; bien au contraire, « on sent intuitivement que le développement de l'ordre public, celui de la bonne foi ou de l'abus de droit, la réticence dolosive, l'obligation d'information... dans une vue plus moderne, les exigences de proportionnalité et de transparence peuvent emprunter quelque chose aux solidarisme »².

Si le solidarisme apparaît ainsi assez logiquement, notamment au travers du respect de l'exigence de bonne foi, au stade de la formation (1), de manière assez paradoxale, le solidarisme de l'exécution implique des répercussions sur la phase de formation de la convention (2).

1 - Le solidarisme de la formation

69. Dualité d'intérêts. Comme souvent lorsque l'on aborde le solidarisme contractuel, la question qui se pose est celle des intérêts. En effet il convient ici comme on le fait au stade de l'exécution, de se demander si les intérêts égoïstes de chaque partie doivent primer ou si, ici même, au stade de la formation, l'intérêt de l'autre doit être pris en compte (b). Toutefois au-delà d'une telle conception, il est possible d'affirmer avec Demogue que si la volonté a une énergie créatrice c'est également en raison de son aspect social (a) : « dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise, dans la nécessité que cette volonté manifestée de la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux »³.

a - L'intérêt social

70. Bonnes mœurs et ordre public. Il est constant et commode d'exprimer l'intérêt social à travers les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs que l'on retrouve aux articles 6, 1135 et 1133 du code civil.

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 6, n° 3

² E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004 p. 46.

³ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome 1, n° 15 p. 34.

En ce qui concerne les bonnes mœurs, il est possible de constater une « tension curieuse dans la jurisprudence moderne »¹. D'une part l'on peut remarquer que le contrôle des bonnes mœurs a été renforcé, et sa sanction facilitée, par l'abandon dans les contrats à titre onéreux de la condition de cause commune s'agissant de l'annulation pour cause immorale² : désormais la Cour de cassation considère que l'ignorance par l'une des parties du motif illicite poursuivi par son contractant, n'est pas un obstacle à la nullité de la convention sur le fondement des articles 1131 et 1133 du code civil.

D'autre part, les bonnes mœurs paraissent avoir été vidées d'une bonne partie de leur substance depuis que la Cour de cassation a jugé en son assemblée plénière que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère »³. Il est ici permis de mettre en parallèle ce revirement initié en 1999⁴ avec l'évolution des mœurs, de l'intérêt social. On peut en effet affirmer « que celui-ci est aujourd'hui moins préoccupé de morale, particulièrement de morale sexuelle, que d'autres valeurs, notamment du respect de la personne humaine »⁵.

Quant à l'ordre public⁶, il est tellement vaste, ses finalités et ses modes d'intervention tellement diversifiés, qu'il semble vain, *a priori*, de prétendre en saisir intégralement l'essence. Cette impossibilité ne doit pas nous empêcher d'affirmer que l'ordre public constitue une limite naturelle de la liberté contractuelle.

¹ E. Savaux op. cit. p. 47.

² Civ. 1re, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 285 ; R., p. 254 ; GAJC, 11e éd., n°157 ; D. 1998. 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999. Somm. 110, obs. Delebecque ; D. Affaires 1998. 1772, obs. J. F. ; Defrénois 1998. 1408, obs. D. Mazeaud ; ibid. 1999. 602, note Chariot ; JCP 1998. II. 10202, note Maleville ; JCP 1999. I. 114, n°1 s., obs. Jamin ; Gaz. Pal. 2000. I. 643, note Chabas ; Contrats Conc. Consom. 1999, n°1, note Leveneur ; LPA 5 mars 1999, note S. Prieur. - Tournafond, D. 1999. Chron. 237.

³ Cass., Ass. plén., 29 oct. 2004 : Bull. civ. n° 12 ; R., p. 203 et 208 ; BICC 1er févr. 2005, rapp. Bizot, concl. Allix ; D. 2004. 3175, note Vigneau ; JCP 2005. II. 10011, note Chabas ; ibid. I. 187, n°7, obs. Le Guidec ; Gaz. Pal. 2004. 3786, concl. Allix ; Defrénois 2004. 1732, obs. Libchaber ; ibid. 2005. 234, note S. Piedelièvre ; ibid. 2005. 1045, note Mikalef-Toudic ; AJ fam. 2005. 23, obs. Bicheron ; Dr. fam. 2004, n°230, note Beignier ; Contrats Conc. Consom. 2005, n°40, note Leveneur ; RLDC 2004/11, n°466, note Lamarche ; LPA 7 juin 2005, note Pimont ; RTD civ. 2005. 104, obs. Hauser ; Civ. 1re, 25 janv. 2005 : Bull. civ. I, n°35 ; JCP 2005. I. 187, n°7, obs. Le Guidec ; AJ fam. 2005. 234, obs. Chénédé ; Gaz. Pal. 2005. 3464, note Deharo ; RTD civ. 2005. 368, obs. Hauser, et 439, obs. Grimaldi.

Voir, déjà, décidant que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire. Civ. 1re, 3 févr. 1999 : Bull. civ. I, n° 43 ; R., p. 307 ; GAJC, 11e éd., n° 25 ; D. 1999. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughruev ; D. 1999. Chron. 351, par Larroumet ; D. 1999. Somm. 307, obs. Grimaldi ; ibid. 377, obs. Lemouland ; JCP 1999. II. 10083, note Billiau et Loiseau ; ibid. I. 143, n°4 s., obs. Labarthe ; ibid. I. 152, étude Leveneur ; ibid. I. 160, n°1, obs. Bosse-Platière ; ibid. I. 189, no 8, obs. Le Guidec ; JCP N 1999. 1430, note Sauvage ; Gaz. Pal. 2000. I. 70, note S. Piedelièvre ; ibid. 646, note Chabas ; Dr. fam. 1999, n°54, note Beignier ; Defrénois 1999. 680, obs. Massip ; ibid. 738, obs. D. Mazeaud ; ibid. 814, obs. Champenois ; LPA 17 nov. 1999, note Mestrot ; RTD civ. 1999. 364 et 817, obs. Hauser ; ibid. 892, obs. Patarin.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 3 fév. 1999, précit.

⁵ E. Savaux op. cit. p. 48.

⁶ D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse Paris I, Dactyl., 2002 ; X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 2001, n° 15/16, p. 745 ; R. Polin (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque, Paris, 22 et 23 mars 1995, Paris, PUF, 1996.

Néanmoins l'évolution de l'ordre public économique de direction ne semble pas aller dans le sens désiré par les tenants de la doctrine solidariste. Le droit français paraît consacrer une sorte d'interventionnisme libéral se limitant le plus souvent à restituer aux agents économiques les moyens de défendre leurs intérêts en préservant la liberté de la concurrence et du commerce. Ceci est manifeste dans l'ordonnance du premier décembre 1986 qui consacre le principe de liberté de fixation des prix par le jeu de la concurrence (article L. 410-2 du code du commerce) et qui condamne les abus de position dominante ou de l'état de dépendance économique du contractant (article L. 420-2).

Une analyse identique peut être effectuée concernant l'ordre public de protection notamment dans sa version consumériste. Le développement du formalisme informatif, la multiplication des délais de réflexion ou de la rétractation semblent pouvoir être analysés comme des moyens de restituer aux contractants en situation d'infériorité les moyens de se forger une décision rationnelle. Une fois de plus, s'il y a solidarisme, « c'est un solidarisme consistant seulement à fournir les moyens de défendre des intérêts égoïstes »¹.

Il convient d'ajouter à ce constat une jurisprudence récente de la Cour de cassation² affirmant que le juge ne peut pas relever d'office un moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public de protection : « en d'autres termes, l'intérêt social en jeu n'autorise pas aujourd'hui le juge à pallier la carence de la partie faible »³. C'est dire que la philosophie de la Cour de cassation a tendance à limiter le recours aux intérêts sociaux en matière contractuelle et à renvoyer aux intérêts particuliers.

b - Les intérêts particuliers

71. Solidarisme et rupture des pourparlers⁴. La considération respective des intérêts particuliers constitue « le nœud du solidarisme dans la formation du contrat »⁵. Puisqu'il ne peut s'agir ici de collaboration, dans la mesure où le contrat n'a toujours pas été conclu, « tout ce que

¹ E. Savaux op. cit. p. 48.

² Civ. 1re, 10 juill. 2002 : Bull. civ. I, n° 195 ; D. 2003. 549, note Gout. - Déjà en ce sens : Civ. 1re, 15 févr. 2000 : Bull. civ. I, n° 49 ; D. 2000. AJ. 275, obs. Rondey ; JCP 2001. II. 10477, note Gout ; Contrats Conc. Consom. 2000, n° 116, obs. Raymond - et Com 3 mai 1995 : Bull. civ. IV, n° 128 ; R., p. 276 ; D. 1997. 124, note Eudier.

³ J. Cédras op. cit., § 2 A.

⁴ V. notamment J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 155 ; « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 157, et « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers » in *Liber amicorum - Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 455.

⁵ Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de M. Nicod et L. Grynbaum, op. cit p.8.

l'on peut attendre [des contractants] est que chacun n'ignore pas abusivement les intérêts de l'autre »¹.

Cette exigence semble constituer une réalité difficilement discutable du droit moderne des contrats. Elle se manifeste notoirement au stade de la rupture des pourparlers. La jurisprudence a ainsi tendance à sanctionner une rupture de pourparlers considérée comme abusive à partir du moment où trois critères sont présents au stade de la rupture unilatérale. En effet, et pour reprendre la position et la présentation d'éminents auteurs², l'on peut affirmer que pour qu'une résiliation soit considérée comme abusive il convient de mettre en perspective la brutalité issue de la rupture, l'état d'avancement des pourparlers et la confiance de l'autre partie, sa croyance raisonnable en la conclusion du contrat définitif. Comme l'observe M. le professeur Savaux à l'égard de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 10 mars 2000³, « tous les ingrédients de l'ignorance des intérêts d'autrui s'y retrouvent : l'invocation de motifs fallacieux, la contradiction de l'auteur de la rupture qui prétend modifier des conditions qu'il a lui-même fixées... Surtout le refus injustifié d'une augmentation de la rémunération que le juge considère fondée au regard de l'extension du projet de l'ignorance de la croyance légitime du négociateur que l'on avait laissé commencer l'exécution et qui pouvait croire à l'existence d'un accord de principe »⁴.

72. Bonne foi et dol. Le développement de la bonne foi dans la formation du contrat constitue l'autre voie évidente de la considération de l'intérêt d'autrui dans la formation du contrat. Ainsi, reprenant une solution déjà adoptée le 16 mai 1995, la première chambre civile a jugé le 18 février 1997 que « manque à son obligation de bonne foi la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise, ou à tout le moins lourdement obérée omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager »⁵. Le 27 février 1996⁶, la chambre commerciale a approuvé l'annulation, pour réticence dolosive, de la

¹ E. Savaux, op. cit. p. 49.

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz 2005, n° 185 et s., p. 185 et s.

³ CA Paris, 25^e ch. B., 10 mars 2000, JCP, 2001, II, 22736, note F. Violet.

⁴ E. Savaux, op. cit. p. 49.

⁵ Civ 1^{ère} 18 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 61 ; Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 446, obs. S. Piedelièvre ; Contrats Conc. Consom. 1997, no 74, obs. Leveneur ; D. Affaires 1997. 378.

⁶ Com. 27 févr. 1996 : Bull. civ. IV, n°65 ; R., p. 312 ; JCP 1996. II. 22665, note Ghestin ; D. 1996. 518, note Malaurie (précision Ghestin : ibid. 591) ; D. 1996. Somm. 342, obs. Hallouin ; Defrénois 1996. 1205, note Dagorne-Labbe ; RTD civ. 1997. 114, obs. Mestre ; LPA 17 févr. 1997, note D. R. Martin.

V. aussi Com. 12 mai 2004, où dans les mêmes circonstances ou presque, le dol n'est pas constitué si le cessionnaire n'est pas le gérant : Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 2004. AJ. 1599, obs. A. Lienhard ; ibid. Somm. 2923, obs. Lamazerolles ; JCP 2004. II. 10153, note Damy ; ibid. I. 173, n°1 s., obs. Constantin ; JCP E 2004. 1393, note Trébulle ; Gaz. Pal. 2005. Somm. 645, obs. Guével ; Dr. et patr., nov. 2004, p. 83, obs. Chauvel, et p. 90, obs. Poracchia ; LPA 16 juill. 2004, note Reifegerste ; RTD civ. 2004. 500, obs. Mestre et Fages ; RDC 2004. 923, obs. D. Mazeaud ; Rev. sociétés

cession d'actions consentie, pour un prix inférieur à celui auquel il les a revendues, par un dirigeant qui avait bénéficié d'informations privilégiées et qui avait dissimulé volontairement des négociations en cours sur le rachat des titres. Il apparaît « que, dans les deux cas, l'intérêt égoïste de l'un des contractants ne lui a pas permis d'ignorer celui de l'autre »¹.

Ces diverses décisions tendent à confirmer que l'obligation de renseignement, la bonne foi et la réticence dolosive sont des moyens de lutter contre l'égoïsme des négociateurs. Toutefois, il convient ici de s'interroger sur la bonne foi afin de déterminer si celle-ci peut connaître des limites : « la question fondamentale est celle-ci : jusqu'à quel point la bonne foi oblige à l'informer l'autre ? La considération de l'intérêt d'autrui peut-elle aboutir avec le jeu de son propre intérêt ? »².

La tension doctrinale et jurisprudentielle se manifeste principalement au regard de la conception de la réticence dolosive. Il est possible de mettre en perspective certains arrêts récents rendus par la Cour de cassation en la matière. Le plus connu est sans doute l'arrêt « *Baldus* » rendu par la première chambre civile le 3 mai 2000³. Dans le cadre de cette décision, la haute juridiction casse un arrêt de cour d'appel qui avait annulé pour réticence dolosive la cession de clichés d'un photographe ancien, Edouard Baldus, à un acquéreur qui les avait revendus avec un substantiel bénéfice après en avoir dissimulé la valeur réelle aux vendeurs. Selon la Cour, les juges du fond ont violé l'article 1116 car aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur.

73. Réticence dolosive et solidarisme. S'il est vrai que la réticence dolosive n'est pas en soi visée par le code civil⁴, puisque l'article 1116 du code civil ne parle que de manœuvres, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation se prononce depuis le début des années 1970⁵ en faveur du possible caractère dolosif du silence gardé par une des parties au contrat lors de sa formation. S'il semble aisé, au moyen du code civil, de sanctionner un mensonge, acte positif, destiné à tromper l'autre partie, la sanction du silence peut s'avérer, à l'examen, plus délicate dans

2005. 140, note Godon. Com 22 févr. 2005 : RTD civ. 2005. 773, obs. Mestre et Fages. - Rappr. Com. 14 juin 2005 : Bull. civ. IV, n°130 (moyen non publié) ; D. 2005. AJ. 1775, obs. A. Lienhard ; JCP 2005. I. 194, n°12 s., obs. Wintgen ; RTD civ. 2005. 774, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2006. 66, note Mathey.

¹ E. Savaux, op. cit. p. 50.

² Idem.

³ Civ. 1re, 3 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond (1re esp.) ; JCP 2000. I. 272, n° 1 s., obs. Loiseau ; JCP 2001. II. 10510, note Jamin ; JCP E 2001. 1578, note Chauvel (1re esp.) ; Defrénois 2000. 1110, obs. D. Mazeaud ; ibid. 1114, obs. Delebecque ; Contrats Conc. Consom. 2000, n° 140, note Leveneur ; LPA 5 déc. 2000, note Fromion-Hébrard ; RTD civ. 2000. 566, obs. Mestre et Fages.

⁴ Art. 1116 code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé ».

⁵ Civ. 3e, 15 janv. 1971 : Bull. civ. III, n° 38 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Loussouarn.

la mesure où il convient au préalable d'affirmer que la partie sanctionnée était tenue à un devoir de parler, à une obligation d'information de l'autre partie.

L'autre décision de la Cour de cassation qui est souvent mise en balance avec l'arrêt « *Baldus* » est l'arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour de cassation le 15 novembre 2000¹. Elle approuve les juges du fond d'avoir annulé pour dol la vente d'un terrain destiné à être exploité comme une carrière alors que l'acheteur, qui s'était dissimulé derrière un prête-nom, avait connaissance de la richesse du sol et avait maintenu les vendeurs dans l'ignorance de cette qualité.

Une autre importante décision a été rendue par la même formation le 21 février 2001². Il s'agissait de la vente d'un immeuble à usage d'hôtel et du fonds de commerce qui y était exploité. L'acquéreur, ayant découvert que l'exploitation avait eu lieu sans autorisation d'ouverture et en non-conformité avec les règles de sécurité, invoqua la nullité pour dol. Son action fut rejetée par les juges du fond, motif pris que son ignorance n'était pas admissible puisqu'il avait une obligation particulière de se renseigner s'agissant d'une convention conclue à des fins professionnelles. Or cet arrêt est cassé car cette motivation ne permet pas d'exclure l'existence d'une réticence dolosive et celle-ci, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée.

Le dernier arrêt a été rendu par la Cour de cassation le 17 janvier 2007³. En l'espèce, une promesse de vente avait été consentie au profit d'un marchand de biens. Celui-ci leva l'option et, devant la résistance du vendeur, l'assigna en réalisation de la vente. Les juges du fond prononcèrent la nullité de la promesse, retenant que le fait, pour le marchand de biens, de ne pas avoir révélé l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il détenait en sa qualité d'agent immobilier et de marchand de biens tandis que le promettant, agriculteur devenu manœuvre, marié à une épouse en incapacité totale de travail, ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon, constituait un manquement au devoir de loyauté qui s'impose à tout contractant et

¹ Civ. 3e, 15 nov. 2000 : Bull. civ. III, n° 171 ; D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond (2e esp.) ; JCP 2002. II.10054, note Lièvremont ; JCP 2001. I. 301, n° 1 s., obs. Sérinet ; JCP E 2001. 1578, note Chauvel (2e esp.) ; ibid. 2002. 640, n° 6, obs. Mainguy ; Defrénois 2001. 242, obs. Savaux ; Contrats Conc. Consom. 2001, n° 23, note Leveneur ; RTD civ. 2001. 355, obs. Mestre et Fages.

² Civ. 3e, 21 févr. 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001. 2702, note D. Mazeaud ; ibid. Somm. 3236, obs. Aynès ; D. 2002. Somm. 927, obs. Caron et Tournafond ; JCP 2002. II. 10027, note Jamin ; ibid. 2001. I. 330, n° 10 s., obs. Constantin ; JCP E 2002. 764, note Chauvel ; Defrénois 2001. 703, obs. Libchaber ; LPA 30 oct. 2001, note Gentili ; AJDI 2002. 70, obs. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2001. 353, obs. Mestre et Fages.

³ Cass. 3è Civ 17 janvier 2007, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2007. 1051, note D. Mazeaud, et note Stoffel-Munck ; ibid. Pan. 2969, obs. Amrani Mekki ; JCP 2007. II. 10042, note Jamin ; JCP N 2007. 1157, n°4, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2007. 443, obs. Savaux, et 959, note Dagorne-Labbe ; CCC 2007, n°117, note Leveneur ; AJDI 2007. 416, note Bigot de la Touanne ; RLDC 2008/45, n°2838, étude Ben Hadj Yahia ; Dr. et patr., janv. 2008, p. 24, note Chauvel ; ibid. mars 2008, p. 91, obs. Mallet-Bricout ; RDC 2007. 703, obs. Laithier ; RTD civ. 2007. 335, obs. Mestre et Fages.

caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement. Or, l'arrêt rendu par la cour d'appel est censuré car, en statuant ainsi, « alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé l'article 1116 du code civil ».

Il convient tout de suite de remarquer que la principale difficulté ne vient pas de la conciliation des arrêts 3 mai 2000 et du 15 novembre 2000. Même si plusieurs auteurs ont cru voir dans le second de ces arrêts une remise en cause de la première décision, il semble opportun d'observer que dans le second arrêt, au-delà même d'une simple réticence qui n'aurait sans doute pas été à elle seule dolosive, l'acheteur a réellement commis des manœuvres positives tendant à tromper l'autre partie. En effet, dans cet arrêt la Cour de cassation ne manque pas de rappeler, au-delà même du prête-nom employé, que l'acheteur avait menti sur sa qualité et l'objectif de la vente.

74. La régression de la bonne foi. Au demeurant ce qui semble patent désormais dans la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est le net recul de la conception de bonne foi, ou loyauté à l'égard d'autrui, au stade précontractuel. L'on sait en effet que malgré la formulation de l'alinéa trois de l'article 1134 du code civil, la jurisprudence tend à étendre au stade de la formation l'exigence de loyauté¹. Cela a notamment permis, comme nous l'avons vu, à la Cour de cassation de sanctionner, sur le fondement du dol, diverses cessions d'action effectuées par le dirigeant au profit d'associés de l'entreprise. Ces jurisprudences permettent d'affirmer que lorsque des relations de confiance sont tissées préalablement, à la négociation, les parties se voient imposer un respect accru de l'exigence de bonne foi. Il résultait avant l'arrêt de janvier 2007, qu'en dehors des relations de confiance (cautionnement², cession d'actions au sein de l'entreprise³) à défaut d'obligation d'information pesant sur l'acheteur, la réticence, par ce dernier commise, ne pouvait être constitutive d'un dol. Il s'ensuivait, néanmoins, que le dol pouvait être constitué s'il était possible d'imputer à l'acheteur des manœuvres positives comme le fait la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 novembre 2000. Restait une interrogation, celle de savoir si une telle obligation

¹ Cass. 1^{ère} Civ. 14 juin 2000, RJDA 2000, n° 949.

² Civ. 1^{re}, 16 mai 1995 : JCP 1996. II. 22736, note X. Lucas - 18 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 61; Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 446, obs. S. Piedelièvre ; Contrats Conc. Consom. 1997, n° 74, obs. Leveneur ; D. Affaires 1997. 378 (décision déduisant de ce manquement l'existence d'un dol par réticence) ; 13 mai 2003 : Bull. civ. I, n° 114; D. 2004. 262, note Mazuyer ; D. 2003. AJ. 2308, obs. Avena-Robardet (2^e esp.); JCP 2003. II. 10144, note Desgorges ; ibid. I. 170, n° 1 s., obs. Loiseau ; Defrénois 2003. 1568, obs. Libchaber ; Dr. et patr., févr. 2004, p. 125, obs. Chauvel ; LPA 24 nov. 2003, note Houtcieff ; RTD civ. 2003. 700, obs. Mestre et Fages (inopposabilité de la clause énonçant que la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement). Dernièrement, voir Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2006, n° 05-12699 ; Cass. Com. 20 juin 2006, 04-14114 et Cass. 1^{ère} civ. 21 fév. 2006, n° 02-19066.

³ Voir supra n° 72.

d'information pesait sur l'acheteur professionnel. On sait en effet qu'aux termes de l'article L. 111-1 du code de la consommation existe une obligation d'information à l'égard de tout vendeur professionnel. Si l'on a pu légitimement penser en matière de réticence dolosive que l'obligation d'information pesant sur le vendeur professionnel pouvait être étendue à l'acheteur professionnel, la décision du 17 janvier 2007 vient infirmer une telle extension. En effet dans cet arrêt, la Cour de cassation ne se prive pas de rappeler le caractère professionnel de l'acheteur. En affirmant qu'il ne pesait sur ce dernier aucune obligation d'information, la Cour de cassation tend, une fois de plus, à affaiblir le rôle de la bonne foi au stade de la formation au profit du concept d'obligation d'information.

Ainsi, comme elle l'avait fait dans l'arrêt « *Baldus* », la Cour de cassation affirme qu'une réticence dolosive ne peut être fondée que sur la violation de cette obligation préalable et non sur la violation de l'exigence de bonne foi, pesant sur les deux parties au contrat, donc sur l'acheteur. Cette jurisprudence, rendue par la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, constitue à n'en pas douter un arrêt de principe dans la lignée de l'arrêt « *Baldus* ». Ceci dit, cette jurisprudence tend à marquer un net recul de la loyauté due à autrui¹. Les tenants du solidarisme ne peuvent qu'y voir un affaiblissement de leur position. S'il est vrai que le solidarisme est historiquement davantage marqué par une conceptualisation poussée des intérêts sociaux dans l'appréhension du contrat, il n'en demeure pas moins que la doctrine récente tend à voir dans les intérêts particuliers et notamment le respect de l'autre partie, une manifestation du solidarisme contractuel moderne. Or, les derniers arrêts rendus par la Cour de cassation, malgré l'arrêt du 21 février 2001², tendent à nier cette perception en droit des contrats.

L'éventualité d'un dol est en effet admise dans la décision de 2001, ce qui semble suggérer sur le fondement de l'arrêt du 3 mai 2000, qu'une obligation d'information pèse sur le cocontractant, ici un vendeur. La Cour semble donc sous-entendre que pèse sur le vendeur une obligation d'information même à l'égard d'un professionnel, alors qu'une telle obligation n'est pas mise à la charge d'un acheteur professionnel. Ici, l'argument de texte n'est pas imparable : l'article L. 111-1 du code de la consommation vise le consommateur comme destinataire de l'obligation d'information or, dans l'arrêt de 2001, le cocontractant est également un professionnel. Il est vrai que si l'on essaie de concilier cet arrêt avec celui rendu par la Cour de cassation le 17 janvier 2007 une certaine incohérence semble affecter la matière. Le

¹ Surtout si l'on y ajoute le fait que la chambre commerciale affirme que le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur provoquée par celui-ci : Com. 28 juin 2005 : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005. Pan. 2838, obs. Amrani Mekki ; Comm. com. élec. 2005, n° 158, note Stoffel-Munck ; RTD civ. 2005. 591, obs. Mestre et Fages.

² Précit.

professionnel vendeur a une obligation d'information à l'égard du consommateur (article L. 111-1 du code de la consommation) et de l'acheteur professionnel (arrêt du 21 février 2001), mais l'acheteur professionnel ne se voit pas imposer une telle obligation à l'égard d'un vendeur non-professionnel (arrêt du 17 janvier 2007). Dès lors, de deux choses l'une : soit la Cour considère que le seul fondement de l'obligation d'information est textuel, et dans ce cas le vendeur professionnel n'est pas tenu d'une telle obligation à l'égard d'un acheteur professionnel¹ ; soit le fondement de l'obligation d'information réside dans l'exigence de bonne foi et de loyauté à l'égard d'autrui, posée à l'article 1134 alinéa 3, et dans ce cas on ne voit pas pourquoi, un acheteur pourrait cacher à son cocontractant des informations privilégiées auxquelles le vendeur peut ne pas avoir accès².

Peut-être est-il permis d'avancer l'idée suivante : à savoir que la cassation intervient davantage le 21 février 2001 sur le fait de savoir si l'erreur provoquée par le dol devait être excusable ou pas. En effet la censure semble plus relever de ce point que de celui de savoir s'il y avait réellement réticence dolosive. La Cour pourrait simplement avoir rappelé que l'erreur provoquée par le dol, en dehors de tout contrôle de qualification en l'espèce, est par nature excusable ; ce qui revient pour les juges du fond, par la suite saisis, soit à caractériser une obligation d'information imputable au vendeur, et dans ce cas à obligatoirement excuser l'erreur commise par l'acheteur ; soit à ne pas retenir la qualification de dol en raison de l'absence d'obligation préalable d'information, ce qui en l'espèce semble acquis, puisque aucun argument textuel ne l'affirme. Si l'on ne peut que concéder qu'il convient, pour appréhender le dol, de recourir au « critère de confiance réciproque, qui se mesure au degré d'altérité existant entre les parties »³, il convient d'en induire une meilleure protection du vendeur non-professionnel.

Au demeurant, ce qui est certain, c'est que le « solidarisme de l'information se réduit alors comme une peau de chagrin, pris entre la loyauté qui permet de saisir les comportements nuisibles aux intérêts légitimes du cocontractant et la fraternité que l'arrêt du 3 mai 2000 refoule »⁴ : autrui comme vendeur ne serait donc pas porteur d'une créance de loyauté.

¹ Et dans ce cas, l'arrêt du 21 février 2001 est *a priori* difficilement justifiable.

² Ici, ce seraient les arrêts du 3 mai 2000 et du 17 janvier 2007 qui seraient difficiles à justifier. Voir la note de Denis Mazeaud, D. 2001. 2702. Au demeurant, l'idée selon laquelle l'obligation d'information relève de la loyauté contractuelle se retrouve sous la plume de Ripert : « Dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit, par conséquent, se renseigner lui-même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer elle-même. Mais la solution change et la réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre. Les tribunaux ont annulé pour dol par réticence des contrats dans lesquels l'un des contractants était seul en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre et devait, par devoir d'honnêteté, révéler ce fait », G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, LGDJ, 1949, p. 89.

³ Ph. Stoffel-Munck, note sous 3^eème civ. 17 janv. 2007, précit, note n° 9.

⁴ E Savaux, op. cit. p. 52.

75. Un repli relatif. Il semble que la régression soit à nuancer. S'il est constant que la Cour de cassation manifeste une tendance nette à séparer le dol de la bonne foi afin de le rapprocher de l'obligation d'information, une décision récente de la Cour de cassation semble consacrer l'autonomie de la bonne foi au stade de la formation et en dehors de toute qualification de dol¹. En l'espèce, une société avait été cédée sans que le cessionnaire ne soit mis au courant des conséquences probables d'un accident du travail intervenu avant la cession. Le cessionnaire, poursuivi par la Caisse primaire d'assurance maladie pour couvrir les indemnités versées au salarié, appela en garantie les cédants. Il fut débouté en appel, notamment en raison d'une clause dans le contrat de cession prévoyant expressément que toute dette contractée avant la cession serait mise à la charge du cessionnaire. Or, la décision des juges d'appel est cassée sur le fondement de l'article 1382 du code civil, car en décidant qu'un des cédants, condamné pénalement pour l'accident, « n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d'informer la société Infimex (*le cessionnaire*) des conséquences probables d'un accident du travail intervenu avant la cession litigieuse, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Ce que la bonne foi perd au stade du dol, semble être récupéré par le biais de son autonomisation assurée par le présent arrêt, puisque le fondement même de cette cassation est l'article 1382 du code civil. Ceci permet ainsi de faire de la bonne foi, un devoir moral, une exigence civique due à autrui et non une simple obligation contractuelle² : comme le rappelle M. le professeur Stoffel-Munck, la bonne foi « manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel »³.

Il convient alors de se pencher sur le solidarisme de l'exécution pour voir si celui-ci n'a pas une influence plus décisive sur la formation du contrat dans son appréhension de l'altérité inhérente à la convention.

¹ Civ. 1re, 15 mars 2005 : Bull. civ. I, n° 136 ; D. 2005. 1462, note Cathiard ; RTD civ. 2005. 381, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2005. 587, note Mathey.

² Cependant un arrêt postérieur refusant d'appliquer la notion au stade post-contractuel semble être un coup de boutoir à une telle théorie : « L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels, et ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli ». Civ. 3e, 14 sept. 2005 : Bull. civ. III, n° 166 ; D. 2006. 761, note D. Mazeaud ; JCP 2005. II. 10173, note Loiseau ; JCP E 2005. 1867, note Binctin ; Defrénois 2005. 1912, note Dagorne-Labbe ; ibid. 2006. 248, note Tchendjou ; Contrats Conc. Consom. 2006, n° 1, note Leveneur ; LPA 1^{er} déc. 2005, note Messai-Bahri ; RTD civ. 2005. 776, obs. Mestre et Fages.

³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 126. Voir infra n° 145.

2 - La formation du contrat et le solidarisme de l'exécution

76. Confusion. La problématique, ainsi formulée, tend à remettre en cause, de manière formelle, la distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Comme l'observe M. le professeur Savaux, « la séparation ne passe plus exactement là où elle passait hier »¹. Selon lui plusieurs facteurs permettent de comprendre ce déplacement de frontières : le rééquilibrage manifeste du contrat vers l'exécution que le code civil a ignoré excessivement, la circulation des modèles juridiques et l'esquisse d'un droit européen, une moindre réserve à l'égard de l'intervention du juge.

Il n'empêche que l'idée de réalisation d'un but commun contribue grandement à remodeler la distinction dans deux sens diamétralement opposés : ceci a été rendu possible par la déformation de la notion de cause effectuée par la Cour de cassation (a) et par le basculement de la problématique relative à la fixation du prix dans les contrats-cadres au stade de l'exécution du contrat (b).

a - L'amplification de la formation du contrat

77. Rééquilibrage et cause. L'enrichissement de la formation du contrat par l'influence de l'exécution est issu d'une construction prétorienne bien connue, la jurisprudence Chronopost dont le premier épisode fut l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 22 octobre 1996². Par cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que doit être réputée non écrite la clause limitative du contrat d'acheminement rapide de courrier qui contredit la portée de l'engagement pris. Au-delà de toutes les observations qui ont pu être formulées concernant la déformation de la théorie de la cause, il est possible en suivant M. le professeur Savaux de porter davantage l'analyse sur le concept de portée de l'engagement contractuel. Ce concept n'est pas creux dans la mesure où il permet de « fusionner la formation et l'exécution du contrat dans l'appréciation de la réalité de l'engagement contractuel »³ ; en permettant au juge de se situer au stade de l'exécution pour déterminer si un élément essentiel à sa formation existe réellement, l'on procède à une fusion des deux stades classiques du contrat afin d'en permettre une analyse plus conforme aux intérêts des contractants tels qu'ils se sont initialement manifestés. Comme le

¹ E. Savaux, op. cit. p. 53.

² Com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, 11e éd., n° 156 ; D. 1997. 121, note Sériaux ; Defrénois 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; D. 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; Contrats Conc. Consom. 1997. n° 24, obs. Leveneur ; JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen ; ibid. I. 4025, n° 17, obs. Viney ; ibid. I. 4002, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997. 2. 519, note R. Martin ; RTD civ. 1997. 418, obs. Mestre.

³ E. Savaux op. cit. p. 54.

rappelle M. Denis Mazeaud, la raison pour laquelle la Cour de cassation répute la clause limitative de responsabilité non écrite, réside dans le fait que son application aurait « privé le contrat conclu de tout intérêt pour l'expéditeur, en supprimant l'objet de l'obligation essentielle du transporteur »¹ : l'on ne peut s'engager envers autrui et, simultanément, se délier en cas de défaillance.

Ainsi, au-delà de l'objet de l'obligation (ce à quoi le débiteur s'engage formellement), il faut tenir compte de ce qui, au temps de l'exécution, pourrait en vider la substance : c'est notamment le cas des différentes stipulations contractuelles qui pourraient réduire à néant, ou presque, les obligations du débiteur pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation ; c'est l'exemple type des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il est facile d'observer que l'exécution du contrat, dans la mise en œuvre d'une telle clause, pénètre la formation de la convention. Par ce célèbre arrêt, la Cour de cassation nous enseigne donc que l'équilibre synthétique du contrat synallagmatique peut s'apprécier également au stade de son exécution.

Malgré bien des péripéties² liées à la disparition de cette clause et le recours possible au contrat-type établi par décret en dehors d'une faute lourde, la Cour de cassation vient d'ailleurs de procéder à une confirmation de cette solution dans un autre arrêt « Chronopost » en date du 30

¹ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 61.

² Le deuxième arrêt de la saga vint tempérer les incidences de l'arrêt rendu le 22 octobre 1996. Il jugea, dans la même affaire, que la clause limitative de responsabilité du contrat pour retard à la livraison était certes réputée non écrite, mais en déduisit l'application du contrat-type établi par décret et de son plafond d'indemnisation (en l'occurrence l'article 8, paragraphe II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 et les articles 1er et 15 du contrat type messagerie, établi par décret du 4 mai 1988), sauf faute lourde (Cass. com., 9 juill. 2002, D. 2002, Somm. p. 2836, obs. P. Delebecque ; ibid. 2003, Somm. p. 457 obs. D. Mazeaud ; JCP E 2002, n° 48, p. 1923, note Loiseau et Billiau ; Contrats, conc., consom. 2003, n° 2, obs. Leveneur).

Puis les contours de la faute lourde furent définis par deux arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 22 avril 2005 (Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326 et n° 03-14.112, D. 2005, Jur. p. 1864, note J.-P. Tosi ; JCP 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; Contrats, conc., consom. 2005, Comm. n° 150, obs. L. Leveneur ; RDC 2005, p. 681, obs. D. Mazeaud, et p. 753, obs. P. Delebecque). Le premier arrêt (pourvoi n°02-18.326) affirmait que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat-type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard. La seconde décision (pourvoi n° 03-14.112) décidait quant à elle « que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ». Le manquement à l'obligation essentielle anéantissant la clause limitative de responsabilité était ainsi distingué de la faute lourde écartant la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi et annexé au décret précité.

Un autre arrêt fut rendu le 21 février 2006 par la chambre commerciale. La Cour y poursuit l'effort de distinction de la faute lourde et du manquement à l'obligation essentielle. Selon cette décision, la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur (Com. 21 févr. 2006 : D. 2006. AJ. 717, obs. Chevrier ; analyse subjective confirmée par l'arrêt Chronopost n° 6 : Com. 13 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 143 ; R., p. 391 ; BICC 1^{er} oct. 2006, n° 1887, et la note ; D. 2006. AJ. 1680, obs. Delpech ; ibid. 2007. Pan. 114, obs. Kenfack ; JCP 2006. II. 10123, note Loiseau ; JCP E 2006. 2591, note Paulin ; Gaz. Pal. 2006. 2589, note Dagorne-Labbe ; RLDC 2006/31, n° 2220, note Train ; RTD civ. 2006. 773, obs. Jourdain).

mai 2006¹. La Cour considère que dans le cadre d'un contrat d'acheminement par avion², une cour d'appel ne pouvait faire droit à l'invocation d'une clause limitative de responsabilité « sans rechercher si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, qui n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat ». Il est ici intéressant de mettre en perspective cette décision avec l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui en son article 1125 alinéa 2 du code civil répute non-écrite « toute clause inconciliable avec la réalité de la cause »³. Comme le remarque M. le professeur Mazeaud « manifestement, ce texte vise à consolider la règle énoncée par la chambre commerciale en 1996, et accrédite l'idée qu'une clause, qui ruine la cohérence interne du contrat de transport rapide parce qu'elle contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le transporteur, doit être supprimée du contrat parce qu'elle prive de cause l'obligation de l'expéditeur »⁴.

Après avoir validé à deux reprises dans les arrêts « Faurecia » et « Extand »⁵ l'idée selon laquelle le manquement à une obligation essentielle est de nature à tenir en échec une clause limitative de responsabilité, la chambre commerciale semble être revenue à sa position initiale dans une décision du 18 décembre 2007⁶ : « ayant relevé que la clause litigieuse limitait l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur, la cour d'appel a pu retenir que cette stipulation n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit ». Si les arrêts « Faurecia » et « Extand » enjoignaient d'écarter automatiquement la clause si le fait générateur de responsabilité

¹ Com. 30 mai 2006 : D. 2006. AJ. 1599, obs. Delpech, Mazeaud D. ibid p. 2288.

² Contrat non réglementé par un contrat-type établi par décret.

³ Quant au projet ministériel de réforme du droit des contrats, il prévoit l'abandon de la cause au profit... d'un contenu certain et de la licéité du contrat (art. 49). L'intérêt (art. 85 et s.) semble ainsi prendre le relais de la cause puisque « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite » (art. 87). V. C. Larroumet, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats), D. 2008, Point de vue p. 2441.

⁴ Note sous Com. 30 mai 2006 : D. 2006. p. 2288.

⁵ Com. 30 mai 2006 « Faurecia » : Bull. civ. IV, n° 132 ; BICC 1^{er} oct. 2006, n° 1887, et la note ; D. 2006. 2288, note Mazeaud ; ibid. AJ. 1599, obs. Delpech ; ibid. Pan. 2646, obs. Fauvarque-Cosson ; ibid. 2007. Pan. 115, obs. Kenfack ; Gaz. Pal. 2006. 2589, note Dagorne-Labbe ; CCC 2006, n° 183, note Leveneur ; RLDC 2006/31, n°2220, note Train ; RDC 2006. 1075, obs. Laithier, et 1224, obs. Carval ; RTD civ. 2006. 773, obs. Jourdain.

Com. 5 juin 2007 « Extand » : R., p. 434 ; Bull. civ. IV, n° 157 ; BICC 15 oct. 2007, n° 2107, et la note ; D. 2007. AJ. 1720, obs. Delpech ; ibid. Pan. 2975, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2007. II. 10145, note Houtcieff ; JCP E 2007. 2234, note Paulin ; ibid. 2204, n° 16 s., obs. Letacq ; RCA 2007, no 283, note Groutriel ; Dr. et patr., sept. 2007, p. 95, obs. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 1121, obs. D. Mazeaud, et 1144, obs. Carval ; RTD civ. 2007. 567, obs. Fages.

⁶ Com. 18 déc. 2007 : Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 2008. AJ. 154, obs. Delpech ; JCP 2008. I. 125, n° 13 s., obs. Stoffel-Munck – Com. 4 mars 2008, pourvoi n° 06-18.893, D. 2008, p. 1129, éd. de F. Rome.V. D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008, chron. p. 1176.

invoqué était un manquement à une obligation essentielle, cette décision révèle que la suppression n'est justifiée que si elle contrarie la portée de l'engagement. Par là-même, « on en revient à la ligne initiale de l'arrêt Chronopost et à la logique de l'article 1131 »¹ : il revient au juge de déterminer si le débiteur s'est engagé envers son autre tout en se déliant par une clause limitative².

78. Cause, économie du contrat et ensemble contractuel. C'est également la cause qui permit à la première chambre civile de la Cour de cassation de se porter au secours d'exploitants de vidéo-club voyant leur espoir d'une exploitation rentable ruiné : « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause »³. La Cour ajoute qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix des cassettes fournies par le cocontractant. L'effort déployé par la Cour pour rattacher la solution à la théorie classique de la cause objective est « louable mais vain »⁴. La contrepartie existait sous la forme de la mise à disposition des cassettes et c'est bien parce que l'objectif commun poursuivi par les parties ne pourrait pas être atteint que le contrat est annulé. L'avocat général Cédras partage cette interprétation : « la solution autonomiste eut probablement été inverse, consistant à dire que les exploitants s'étaient engagés en pleine connaissance de cause de la situation et que le contrat de prestations d'image qui en constituait la contre-partie (la mise à disposition des cassettes) était bien vérifié »⁵.

C'est toujours au nom de la cause que la Cour de cassation impose désormais de vérifier qu'une clause de non-concurrence est bien proportionnée à l'objet du contrat ou aux intérêts légitimes à protéger⁶. C'est encore la cause qui a récemment permis de tenir en échec la clause d'un crédit-bail qui impose aux locataires de payer les loyers jusqu'à son terme, même dans le cas où le contrat d'exploitation des matériels conclu avec une société de publicité serait anéanti. Pour

¹ Ph. Stoffel-Munck, note précit.

² Comme l'observe M. le professeur Stoffel-Munck, « dans la mesure du raisonnable, la pratique des affaires redevient alors libre d'organiser une certaine répartition de la charge monétaire des risques d'inexécution, notamment quand les dommages potentiels sont disproportionnés à l'intérêt du contrat » : note précit.

Sur le comportement des parties en présence d'une clause contractuelle illicite, v. C. Atias, « L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle - Inexécution du contrat ou respect de la loi ? », *D.* 2008, p. 1013

³ Civ. 1re, 3 juill. 1996 : *Bull. civ. I*, n° 286 ; *D.* 1997. 500, note Beignier ; *JCP* 1997. I. 4015, n° 4, obs. Labarthe ; *Defrénois* 1996. 1015, obs. Delebecque.

V. également *Com* 27 mars 2007, où la preuve de l'impossibilité n'est pas rapportée : *D.* 2007. Pan. 2970, obs. Mekki ; *JCP* 2007. II. 10119, note Serinet ; *CCC* 2007, n° 196, obs. Leveneur.

⁴ E. Savaux op. cit. p. 54.

⁵ J. Cédras op. cit. II, A, 2°.

⁶ *Com.* 4 janvier 1994, *D.* 1995.205, note Y. Serra. *Civ. 1^{ère}* 11 mai 1999, *Bull. civ. n°1*, *Def.* 1999, 37041, obs. D. Mazeaud.

la chambre commerciale¹, la cause du contrat de crédit-bail étant le contrat de prestations d'image, et l'exploitation du matériel devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, le crédit-bail devait être résilié : « son exécution, qu'une conception abstraite de la cause impliquait, devait être écartée et sa résiliation prononcée, parce que ce contrat ne présentait plus aucune utilité, plus aucun intérêt pour le débiteur, en raison de la résiliation du contrat de prestations d'image qui en constituait la cause concrète, la raison d'être »². Ceci a notamment pu faire dire à un auteur que « dans les groupes de contrats, le solidarisme pourrait bien être du solidarisme à trois... »³.

79. Une refonte de la théorie de la cause. L'analyse de ces différentes jurisprudences permet d'affirmer que, de manière manifeste, la notion de cause a été sensiblement transformée : sa *subjectivisation* relative a été mise en exergue tout comme le renforcement de son rôle d'instrument de justice contractuelle⁴.

Il est évident que s'expriment dans ces jurisprudences non seulement la nécessité de respecter les intérêts du cocontractant, qui ne doit pas être privé, par des voies détournées, de l'utilité qu'il avait en vue, mais également la perception du contrat comme œuvre commune. Ce sont donc des déséquilibres contractuels subjectifs qui entrent ici « dans le collimateur du solidarisme contractuel, dans le sens où le contrôle de l'intérêt d'un contractant peut aboutir à remettre, partiellement ou intégralement en cause des contrats qui, quoique objectivement équilibrés, sont subjectivement déséquilibrés parce que l'intérêt, en vue duquel le contrat avait été conclu, a disparu pour des raisons internes ou externes au contrat »⁵. Face à un tel déséquilibre, il n'est dès lors pas étonnant que la mise en œuvre du solidarisme contractuel se solde par la disparition d'une clause, dont l'application priverait le contrat de tout intérêt pour le contractant, voire par la disparition du contrat qui ne présente absolument plus aucun intérêt concret pour le contractant à qui l'exécution est réclamée : c'est à l'aune d'autrui que doit être analysée la portée de l'engagement pris quand la clause limitative est mise en œuvre.

¹ Com. 15 févr. 2000 : Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000. Somm. 364, obs. Delebecque ; JCP 2000. I. 272, n° 9 s., obs. Constantin ; JCP E 2001. 320, obs. Seube ; Defrénois 2000. 1118, obs. D. Mazeaud ; LPA 29 déc. 2000, note Meilhac-Redon et Marmoz ; RTD civ. 2000. 325, obs. Mestre et Fages.

² Mazeaud D., « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 61.

³ Savaux E. op. cit. p. 54

⁴ Voir notamment J.-M. Gueguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle » *D.* 1999, Chr. 352 ; J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP*, 1998, I, 152 et J. Cédras op. cit., II, A, 2°.

⁵ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 60.

Ceci explique que la jurisprudence intègre désormais aux jugements portés sur la validité du contrat des considérations empruntées à son exécution. Cela permet également de justifier que la sanction ne soit plus toujours la brutale nullité du contrat mais parfois la nullité partielle, ou le fait de réputer une clause non écrite, ce qui constitue un ostensible rééquilibrage du contrat. Ainsi, « en grossissant à peine le trait, on peut dire que la formation du contrat s'enrichit désormais de la fixation du contenu de la convention grâce à une théorie partiellement renouvelée de la cause qui intègre l'exécution d'un intérêt commun des parties »¹.

b – Le glissement vers le stade de l'exécution

80. Abus dans la fixation unilatérale du prix. L'on sait, depuis les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1^{er} décembre 1995, que la détermination du prix des contrats-cadre n'affecte pas la validité de ceux-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation².

Il est ainsi facile de constater le glissement de la question de la formation du contrat à son exécution : un problème relatif à la détermination de l'objet devient une problématique liée à l'abus dans la fixation du prix au stade de l'exécution du contrat. Néanmoins, reste à savoir s'il s'agit d'un effet du solidarisme contractuel. La manière dont la jurisprudence définira l'abus indiquera dans quelle mesure les juges tiennent à faire du solidarisme une doctrine positive. De la sorte, le solidarisme ne sera concerné que si les juges sanctionnent le détournement du droit de fixer unilatéralement le prix conformément à sa fonction sociale, laquelle pourrait être de permettre au cocontractant d'affronter efficacement la concurrence. Ainsi, « le sort du contractant dont l'objet de l'obligation est désormais unilatéralement fixé n'est pas abandonné au bon vouloir du maître du prix »³. Le pouvoir unilatéral accordé à ce dernier est canalisé par ce que M. le professeur Revet appelle une « réserve d'abus »⁴ qui consiste en « l'obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant »⁵, une « prise en compte de

¹ E. Savaux op. cit. p. 55.

² Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, Bull. civ. n° 7 (deux arrêts) ; R., p. 290 ; GAJC, 11^e éd., n° 151-154 ; BICC 15 janv. 1996, p. 10, concl. Jéol, note Fossereau ; D. 1996. 13, concl. Jéol, note Aynès ; JCP 1996. II. 22565, concl. Jéol, note Ghestin ; Gaz. Pal. 1995. I. 626, concl. Jéol, note de Fontbressin ; Defrénois 1996. 747, obs. Delebecque ; RTD civ. 1996. 153, obs. Mestre ; JCP E 1996. II. 776, note Leveneur ; JCP E 1996. I. 523, n° 7, obs. Mousseron ; Banque 1996. 82, note Guillot ; LPA 27 déc. 1995, note Bureau et Molfessis ; D. 1997. Somm. 59, obs. Ferrier ; Dr. et patr. 1996. 458, note Couret.

³ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 63.

⁴ T. Revet, « Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz 1997, p. 37.

⁵ Ibidem n°6.

l'intérêt d'autrui qui ne contraint pas à nier ses propres intérêts »¹, mais qui l'oblige à fixer le prix à un montant qui permet à son contractant « un fonctionnement normal de son activité »² et, pour le moins, « la poursuite de son activité »³.

La problématique peut ainsi être posée à l'égard de cette jurisprudence : « l'abus est-il, classiquement, l'intention de nuire (ou son équivalent) ? Ou bien est-ce, dans l'acception solidariste, l'exercice d'un droit non conformément à sa destination sociale, celui de fixer arbitrairement et unilatéralement le prix, égoïstement, sans prendre en compte l'intérêt légitime du cocontractant ? »⁴.

Dans un arrêt du 21 janvier 1997 rendu par la chambre commerciale, la cour relève « que la clause d'approvisionnement exclusif litigieuse concerne une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats ainsi qu'un catalogue de produits et un tarif de vente indicatif et retient que le franchiseur a laissé aux franchisés la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que le franchiseur n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif »⁵, la cour d'appel a donc pu « rejeter la demande d'annulation du contrat de franchisage ».

En outre, dans une conjoncture difficile, où un fournisseur avait imposé des conditions de vente drastiques à son partenaire, alors qu'il continuait à faire des bénéfices et que ces conditions de vente avaient conduit le concessionnaire à la liquidation judiciaire, la chambre commerciale a jugé le 15 janvier 2002 qu'une cour d'appel a pu légitimement « estimer que le franchiseur avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'il devait réparation aux franchisés »⁶. Ainsi, le juge du fond, au regard de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, a caractérisé l'abus source de responsabilité contractuelle. Cette décision constitue pour certains thuriféraires du solidarisme contractuel la « manifestation la plus éclatante du solidarisme contractuel »⁷. Sur le fondement d'un véritable altruisme juridique, le

¹ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 63.

² T. Revet, « Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz 1997, n° 16.

³ Idem.

⁴ J. Cédras op. cit., II, B, 1°.

⁵ Com 21 janvier 1997 D. 1997. 414, note Jamin ; D. Affaires 1997. 312; R., p. 408.

⁶ Com. 15 janv. 2002 : D. 2002. 1974, note Stoffel-Munck ; ibid. Somm. 2841, obs. D. Mazeaud ; JCP 2002. II. 10157, note Jamin ; CCC 2002, n° 94, note Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002. 294, obs. Mestre et Fages ; RDC 2003. 154, obs. Behar-Touchais.

⁷ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 64. « « même les plus fervents adorateurs du solidarisme contractuel n'avaient pas imaginé un tel ralliement de la Cour de cassation. Car que nous dit la chambre commerciale, sinon que l'exigence d'altruisme contractuelle interdit au maître du contrat de mépriser les intérêts de son partenaire au point de fragiliser sa situation économique, alors que l'activité contractuelle du réseau, au succès duquel celui-ci a contribué, lui permet de dégager des profits importants dont bénéficient ses actionnaires ? » (idem).

juge est ainsi autorisé à contrôler la fixation unilatérale du contenu contractuel et surtout la gestion économique du réseau par le concédant au moyen du respect de l'intérêt de son concessionnaire¹.

Aussi, par un arrêt du 26 février 2002², la première chambre civile a-t-elle jugé que le caractère abusif d'une clause prévoyant un délai de franchise dans un contrat d'assurance maladie-accident-chômage assortissant une ouverture de crédits ne peut être exclu au motif que cette dernière avait fonctionné quatre ans et que la durée de la franchise, qui n'était pas excessive, ne dénaturait pas la garantie. Pour la Cour de cassation, la reconduction de l'ouverture étant, à la date de la formation du contrat d'assurance, éventuelle, il fallait se référer uniquement à la durée convenue de remboursement du crédit. D'où il résulte clairement que pour apprécier le caractère abusif d'une clause, les stipulations du contrat prévalent sur ses modalités d'exécution.

Finalement, bien qu'il semblât à première vue que la formation du contrat n'était pas directement touchée par le solidarisme contractuel, c'est la notion même de formation du contrat qui sort transformée d'une évolution dans laquelle certains voient une manifestation du solidarisme contractuel.

81. La remise en cause de la vision solidariste de la fixation du prix. Une telle représentation de l'abus dans la fixation du prix a, toutefois, nettement été remis en compte par l'arrêt rendu par la Cour de cassation en sa première chambre civile le 30 juin 2004³. En l'espèce, un particulier avait loué, pour une durée indéterminée, des chambres fortes à un établissement bancaire. Dans le contrat conclu à cet effet, une clause stipulait que le loyer serait périodiquement et unilatéralement révisé par la banque. Après presque dix ans d'exécution paisible, un litige survint entre les contractants en raison d'une révision unilatérale par la banque se traduisant par une augmentation de 150% du montant des loyers. Après négociation, le nouveau prix fut revu à la baisse et la relation contractuelle prolongée, mais le client émit des réserves sur la légitimité de la convention ainsi renégociée et exerça une action en responsabilité fondée sur l'abus commis par la banque dans l'exercice de son pouvoir unilatéral de révision du

¹ « On est tenté de dire, au travers de la reconnaissance de la primauté de la force de travail du concessionnaire sur le profit financier du concédant, que le droit des contrats de distribution, sous les coups de boutoir du solidarisme contractuel, se socialise. De façon moins ambiguë, on ne peut que constater l'emprise exercée par le droit du travail sur la motivation de cet arrêt » : D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 64-65.

² Civ. 1re, 26 févr. 2002 : Bull. civ. I, n° 71 ; Defrénois 2002. 771, obs. Savaux ; RTD civ. 2003. 90, obs. Mestre et Fages.

³ Civ. 1ère, 30 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 190 ; D. 2005. 1828, note D. Mazeaud ; D. 2004. AJ. 2150, obs. Avena-Robardet ; Contrats Conc. Consom. 2004, n° 151, note Leveneur ; Dr. et patr., nov. 2004, p. 81, obs. Chauvel ; RDC 2005. 275, obs. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2004. 749, obs. Gautier ; ibid. 2005. 126, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2004. 800, obs. D. Legeais.

prix. La cour d'appel de Paris, le 24 octobre 2000, accueille favorablement cette demande en affirmant « que l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire »¹. Elle ajoutait que « l'augmentation pratiquée est une anomalie manifeste apparente que la banque ne justifie ni au regard de l'évolution des charges qui sont restées les mêmes, ni au regard de la prise en compte des surfaces respectives des chambres qualifiées d'équivalentes ». Cette « petite leçon de solidarisme contractuel »² fut ainsi traduite par M. le professeur Mazeaud : « le solidarisme contractuel implique que le contrat, également conçu et unilatéralement façonné par le contractant dominant, ne soit pas confisqué dans l'intérêt exclusif de celui-ci, au mépris des intérêts légitimes de son partenaire »³.

Toutefois, cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation le 30 juin 2004. La première chambre civile affirme en effet aux vises des articles 1134 et 1135 « qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que la banque était libre de fixer les prix qu'elle entendait pratiquer, alors d'autre part que Mme B., qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la BNP en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé le comportement fautif de la banque, a violé les textes susvisés »⁴.

Si cet arrêt fut clairement interprété comme un « nouveau revers »⁵ pour le solidarisme contractuel, l'on néanmoins se penche sur l'étude de la réalisation du contrat afin de déterminer les domaines où le solidarisme obtient des résultats plus probants.

B – Le solidarisme au stade de la réalisation du contrat

82. Empruntée à M. Denis Mazeaud, l'expression « réalisation du contrat » est ici retenue pour embrasser, non seulement la phase d'exécution, mais également celle d'expiration du contrat⁶. Le stade de la réalisation du contrat est, à n'en pas douter, l'étape de prédilection du

¹ CA Paris, 24 oct. 2000 : D. 2001. AJ. 302, obs. Delpech ; ibid. Somm. 3236, obs. D. Mazeaud.

² D. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} Civ. 30 juin 2004, D. 2005, p. 1829 et . « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 64.

³ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 64.

⁴ Précit.

⁵ D. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} Civ. 30 juin 2004, D. 2005, p. 1830.

⁶ D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 57, note 1.

solidarisme contractuel puisqu'il devrait permettre de mettre en perspective les obligations de renégociation, de rupture unilatérale mais loyale du contrat, l'obligation de motivation et l'obligation de minimiser le dommage. Néanmoins il apparaît assez rapidement que ces perspectives relèvent pour certaines du droit positif (1), et pour d'autres d'un solidarisme *de lege ferenda* (2).

1 – Le positivisme solidariste au stade de la réalisation

83. Obligation de renégociation. Le solidarisme contractuel permet, ici, de corriger les déséquilibres contractuels objectifs qui procèdent d'un changement de circonstances intervenu pendant l'exécution du contrat et indépendamment de la volonté des parties. Dans ce cas de figure, il conduit alors indirectement à imposer au contractant dominant la renégociation d'un contrat, initialement équilibré, mais dont l'exécution est devenue excessivement rigoureuse et injuste pour le contractant dépendant, lié à son partenaire par une clause d'exclusivité.

De parfaites illustrations de ce courant résident notamment dans deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation, décisions qui constituent sans doute les plus beaux fleurons du solidarisme contractuel en droit positif. On pense d'abord à l'arrêt rendu le 3 novembre 1992¹, dans lequel la chambre commerciale a retenu la responsabilité d'une compagnie pétrolière qui n'avait pas recherché avec son distributeur, dont la situation avait été fragilisée à la suite d'une modification de la fixation des prix de vente des produits pétroliers décidés par les pouvoirs publics, les moyens d'affronter la concurrence et de son maintien sur le marché. Parce qu'elle avait refusé de renégocier le contrat et, par conséquent privé son contractant de pratiquer des prix concurrentiels, la compagnie pétrolière s'est vu reprocher par la Cour de cassation ne pas avoir exécuté le contrat de bonne foi.

C'est un reproche identique de déloyauté dans l'exécution du contrat que, dans un autre arrêt du 24 novembre 1998², la chambre commerciale de la Cour de cassation a adressé à un mandant qui, informé des difficultés rencontrées par son agent commercial en proie à la concurrence de distributeurs parallèles, n'avait pas pris de mesures concrètes pour lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels. L'on a ainsi pu écrire que « ces deux importantes décisions s'inscrivent parfaitement dans la perspective du solidarisme contractuel. L'obligation de renégocier s'impose à un contractant lorsque l'intérêt légitime de son partenaire, son maintien sur

¹ Com. 3 nov. 1992 : JCP 1993. II. 22164, note Virassamy ; Defrénois 1993. 1377, obs. Aubert ; Contrats Conc. Consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993. 124, obs. Mestre.

² Com. 24 nov. 1998 : Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999. IR. 9 ; JCP 1999. II. 10210, note Picod ; ibid. I. 143, n° 6 s., obs. Jamin ; Defrénois 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 98, obs. Mestre ; ibid. 646, obs. Gautier.

le marché, sont menacés par l'intangibilité du contrat devenu inadapté à la suite de la survenance de circonstances économiques nouvelles et imprévues lors de sa conclusion »¹. Ainsi selon la Cour de cassation, le principe de la force obligatoire doit, dans une certaine mesure s'incliner devant l'impératif de solidarité. Lorsque son application abstraite conduirait un des contractants au désastre économique, sur le fondement de la bonne foi, « vecteur du solidarisme contractuel »², l'intérêt de l'autre contractant dépendant doit être pris en considération et le contrat doit alors être renégocié. Aussi est-il important de remarquer que le principe de la force obligatoire ne fait ici que ployer sans pour autant rompre : il n'est pas question de révision judiciaire du contrat, le contractant dominant est simplement condamné pour ne pas avoir tenté de renégocier le contrat dans un sens moins défavorable à son cocontractant.

Il est en outre intéressant de noter que les Principes du droit européen du contrat³ reprennent une telle acception de l'obligation de renégociation. En effet, en vertu de l'article 6-111, « les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat si son exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances ». Cette disposition s'inscrit dans le droit fil des devoirs généraux s'imposant au contractant ; ainsi « chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi »⁴, et surtout « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permet au contrat de produire son plein effet »⁵. On ne peut que constater que cette codification privée et virtuelle, qui élève au rang de principes directeurs la loyauté et la coopération contractuelle, n'est pas insensible au solidarisme contractuel⁶.

Il n'empêche que ces deux décisions ne consacrent pas une obligation générale de renégocier. Selon M. l'avocat général Cédas, « elle concerne dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse pour l'autre »⁷. Il se demande même quant au second arrêt : « la solution retenue ne se justifie-t-elle pas surtout par l'obligation légale de loyauté inhérente au contrat d'agence ? »⁸.

Ainsi, lorsque le déséquilibre objectif du contrat n'est pas dû au comportement d'une des parties mais à des circonstances présentes lors de la conclusion du contrat, la solution est

¹ D. Mazeaud op. cit. p.62.

² Idem.

³ Principes de droit européen des contrats de la Commission du droit européen des contrats (*Commission Lando*).

⁴ Art 1-201.

⁵ Art 1-202.

⁶ Dans les principes directeurs qu'il définit au chapitre II, le projet ministériel de réforme du droit des contrats prévoit à l'article 18 que « chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi ».

⁷ J. Cédas op. cit, II, B, 2°, b.

⁸ Idem.

logiquement tout autre. La Cour de cassation considère en effet que, ne pouvant relever d'un manquement à la bonne foi imputable au contractant dominant, la force obligatoire, entendue comme acte légitime de prévision, ne saurait fléchir devant « l'imprudence ou la négligence »¹ du contractant invoquant des difficultés dues à un déséquilibre financier initial de la convention, et non à une modification ultérieure des circonstances économiques. C'est dire si la Cour de cassation limite l'obligation de renégociation à des situations bien définies, à savoir, une modification des circonstances d'exécution du contrat postérieure à sa formation, que le contractant aggrave par son refus de ré-entrer en négociation, poussant ainsi son cocontractant à ne pouvoir faire front².

Une jurisprudence tout aussi restrictive se dégage en matière d'interprétation des clauses expresses de renégociation prenant la forme de clauses de rencontre et de transfert. La Cour de cassation, en sa chambre commerciale, a affirmé, le 3 octobre 2006³, que c'est dans le cadre d'une appréciation souveraine de la portée des stipulations liant les parties qu'une cour d'appel retient que l'article intitulé « clause de rencontre » obligeant les parties à se rencontrer « en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives », n'impose en aucune façon au cocontractant d'accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie. En outre, l'article du contrat intitulé « adaptation et transfert du contrat », selon lequel les parties ont convenu d'examiner ensemble « les moyens d'adapter le contrat aux évolutions économiques, techniques ou de réglementation », n'oblige nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité. Pour finir, la Cour ajoute que la responsabilité de l'échec de la

¹ Idem.

² Telle est la position rappelée par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004. 1754, note D. Mazeaud ; JCP E 2004. 737, note Renard-Payen ; Comm. com. élec. 2004, n° 119, note Stoffel-Munck ; RLDC 2004/6, n° 222, note Houtcieff ; LPA 28 juin 2004, note Gavoty et Edwards ; RTD civ. 2004. 290, obs. Mestre et Fages – J. Ghestin, D. 2004. Chron. 2239 et JCP 2004. I. 173, n° 22 s.

Ainsi, dans un cas où une société, liée à une commune et à une association par un contrat de droit privé lui confiant l'exploitation d'un restaurant, avait unilatéralement rompu ce contrat cinq ans plus tard estimant qu'elle se trouvait dans l'impossibilité économique de continuer l'exploitation. La société, poursuivie en paiement d'une indemnité de résiliation par la commune et l'association, avait mis en cause la responsabilité de celles-ci en soutenant que, compte tenu de leur rôle dans la détermination des conditions d'exploitation de la concession, notamment dans la fixation du prix des repas, elles avaient manqué à leur obligation d'exécuter le contrat de bonne foi en refusant d'en réviser les conditions. La Cour de cassation considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision qui, pour écarter cette action en responsabilité et condamner la société à payer l'indemnité de résiliation, a relevé que la société mettait en cause le déséquilibre financier existant lors de la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi et qu'elle ne pouvait pas fonder la rupture unilatérale du contrat sur le déséquilibre structurel de celui-ci que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier.

Une recherche du bien commun doit pareillement amener les parties à renégocier leur contrat : ainsi en est-il d'une modification de la réglementation environnementale exigeant une diminution des gaz à effet de serre : CA Nancy, 2^{ème} ch. 26 sept. 2007, « SAS Novacarb c/. SNC Socoma », Jurisdata n° 2007-350306, JCP G, 2008, II, 100091, note M. Lamoureux ; D. 2008, p. 1120, note M. Boutonnet.

³ Cass. Com. 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-13214.

procédure de rencontre et d'adaptation ne peut être imputée à une partie en l'absence de comportement abusif de sa part et, le seul fait qu'elle ait refusé d'accepter la révision substantielle du prix du contrat, avant même sa mise en exécution, ne saurait caractériser une telle faute de sa part. Comme a pu le remarquer, avec force regrets, un auteur : « renégocier ne rime pas avec réviser ! »¹.

Aussi est-il pertinent de s'atteler à l'étude de la rupture unilatérale afin de déterminer si une manifestation plus sûre du solidarisme n'y est pas plus aisément constatable.

84. L'exigence de loyauté dans la rupture unilatérale. Selon M. Denis Mazeaud, « le principe du pouvoir unilatéral du concédant de résilier le contrat à durée indéterminée ou de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée est assorti de tempéraments dans lesquels on retrouve [...] aussi l'empreinte du solidarisme contractuel »². Il convient, à cet effet, de souligner que le concédant doit respecter un délai de préavis, et que son refus, pendant la durée du préavis, de mettre un terme à l'obligation d'exclusivité imposée au concessionnaire est constitutive d'un abus source de responsabilité³.

La création d'une illusion de maintien ou de renouvellement du contrat dans l'esprit du concessionnaire peut être constitutive d'un abus du droit du concédant de résilier unilatéralement le contrat ou de ne pas le renouveler⁴. Il en va ainsi lorsque le concédant a fortement incité son concessionnaire à effectuer de lourds investissements et a, ainsi, fait naître chez lui une croyance légitime dans le maintien ou le renouvellement de son contrat⁵.

Enfin, en se basant sur des arrêts rendus par la cour d'appel de Paris à la fin du siècle dernier⁶, certains observateurs avaient cru penser que dans ce domaine spécifique, « la jurisprudence s'était convertie au solidarisme contractuel »⁷. Ces arrêts obligèrent, en effet, le concédant souhaitant mettre un terme au contrat à prendre en considération les intérêts de son

¹ D. Mazeaud, note sous Cass. Com. 3 octobre 2006, D. 2007, p. 765 et s.

² D. Mazeaud, op. cit. p. 65.

³ CA Paris, 26 mars 1999, JCP 2000. II. 10244, note Chazal.

⁴ Com. 23 mai 2000 : RTD civ. 2001. 137, obs. Mestre et Fages.

⁵ Com. 5 avr. 1994 : D. 1995. Somm. 90, obs. D. Mazeaud ; JCP 1994. I. 3803, obs. Jamin ; Contrats Conc. Consom. 1994, n° 159, obs. Leveneur ; RTD civ. 1994. 603, obs. Mestre ; 20 janv. 1998 : Bull. civ. IV, n° 40 ; D. 1998. 413, note Jamin (2e esp.) ; ibid. Somm. 333, obs. Ferrier (4e esp.) ; D. 1999. Somm. 114, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999. II. 10018, note Chazal (1re esp.) ; Contrats Conc. Consom. 1998, n° 56, note Leveneur ; RTD civ. 1998. 675, obs. Mestre.

En contrepartie, et fort logiquement, le concédant est en droit de rompre le contrat à tout moment dès lors qu'il n'a pas fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements : Com. 5 oct. 2004 : Bull. civ. IV, n° 181 ; D. 2005. Pan. 2843 et 2847, obs. Fauvarque-Cosson ; D. 2006. Pan. 516, obs. Ferrier ; JCP 2005. I. 114, n° 11 s., obs. Chagny ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 1, note Leveneur ; RLDC 2005/12, n° 478, note Mainguy et Respaud ; Dr. et patr., mars 2005, p. 83, obs. Chauvel ; RDC 2005. 288, obs. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2005. 127, obs. Mestre et Fages.

⁶ CA Paris, 11 février et 26 mars 1999, JCP 2000. II. 10244, note Chazal.

⁷ D. Mazeaud, op. cit. p. 66.

concessionnaire. Ainsi, il devait faire en sorte, qu'en dépit de la rupture du lien contractuel, le concessionnaire puisse continuer à exercer une activité économique. La cour affirme à cet effet que le concédant « doit veiller loyalement à ce que ses concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l'effort commun, contrepartie de leur engagement au sein du réseau ». Cela revient pour le concédant à s'abstenir de tout comportement pouvant conduire le concessionnaire à perdre une chance de reclassement, voire à lui apporter son aide pour assurer sa reconversion, en lui adressant, par exemple, une offre de remplacement : l'altérité est une exigence. Ici, on l'a compris, le solidarisme contractuel impose au concédant qui souhaite rompre le contrat de ne pas faire preuve d'indifférence à l'égard du partenaire qui a dans le passé activement contribué au développement économique de son réseau dans la mesure où le concédant va ainsi désormais « tirer seul profit de la réalisation d'un projet commun »¹. La dimension relationnelle du contrat commande à un contractant de ne pas sacrifier les intérêts de l'autre.

Toutefois, cette jurisprudence, une fois de plus, a été censurée par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 mai 2002². Pour casser l'un de ces arrêts, la Cour relève, en premier lieu, que dans la mesure où les juges du fond avaient constaté « que le concédant avait respecté le préavis contractuel, propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion », ils n'avaient pas, en retenant sa responsabilité pour résiliation abusive, tiré les conséquences légales de leurs constatations. En second lieu, la chambre commerciale reproche aux juges du fond d'avoir violé les articles 1134 1147 du code civil, puisque « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion ». Il est ainsi impossible de nier que, « manifestement, la Cour de cassation ne succombe donc pas au charme du solidarisme contractuel, du moins au stade de l'anéantissement unilatéral du contrat »³.

85. Droit social et solidarisme de l'exécution. Toutefois, le droit social présente une fenêtre sur ce que les solidaristes aimeraient voir appliquer en droit commun. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé le 10 juillet 2002⁴, dans trois arrêts, que la clause

¹ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges offerts à J. Ghestin*, Dalloz, 2001, p. 466.

² Com. 6 mai 2002 : Bull. civ. IV, n° 81 ; D. 2002. AJ. 1754, obs. Chevrier ; *ibid.* Somm. 2842, obs. D. Mazeaud, et 3008, obs. Ferrier ; JCP 2002. II. 10146, note Stoffel-Munck ; JCP E 2002, Cah. dr. entr. n° 5, p. 19, not Respaud ; *ibid.* 2003. 66, note Sonet ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 134, note Leveneur ; *ibid.*, n° 158, note Malaurie-Vignal ; LPA 7 mars 2003, note Diloy ; RTD civ. 2002. 810, obs. Mestre et Fages ; RDC 2003. 34, obs. Chazal ; *ibid.* 154, obs. Behar-Touchais.

³ D. Mazeaud, *op. cit.* p. 66.

⁴ Cass. Soc. 10 juill. 2002 : Bull. civ. V, n° 239 (arrêts n° 1 et 3) ; R., p. 349 ; BICC 15 sept. 2002, concl. Kehrig ; D. 2002. 2491, note Serra (deux arrêts) ; *ibid.* Somm. 3111, obs. Péliissier ; D. 2003. Somm. 1222, obs. Thullier ; JCP 2002. II. 10162, note F. Petit ; *ibid.* 2003. I. 130, n° 1, obs. Morvan ; JCP E 2002. 1511, note Corrigan-Carsin ; *ibid.* 2003. 585, n° 11, obs. Masquefa ; Gaz. Pal. 2002. 1769, concl. Kehrig ; Defrénois 2002. 1619, obs. Libchaber ;

de non-concurrence s'imposant aux salariés quittant l'entreprise, doit être compensée par une contrepartie financière, « laquelle devient une condition de validité »¹. La cassation est intervenue sur le moyen relevé d'office pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et l'article L. 120-2 du code du travail. Ainsi, une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives. Il est aisé de constater, qu'en la matière, la Cour de cassation exige, en contrepartie de la clause, un nombre élevé de conditions tendant à favoriser la réinsertion économique du travailleur². Or, la chambre sociale est allée encore plus loin en affirmant le 11 janvier 2006, que le salarié qui a respecté une clause de non-concurrence illicite, car dépourvue de contrepartie financière, subit nécessairement un préjudice³. Dans le prolongement de ces jurisprudences, elle considère qu'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie⁴.

Dans une perspective solidariste, on ne peut qu'espérer que les autres chambres civiles de la Cour de cassation s'inspirent d'une telle jurisprudence afin de garantir au concessionnaire une survie économique, une fois son contrat rompu unilatéralement par le concédant.

86. Clause résolutoire et bonne foi. Ainsi, tout ne semble pas perdu en matière de résolution du contrat. La position de la Cour de cassation concernant la mise en jeu des clauses résolutoires autorise même un certain optimisme. On sait, en effet, que la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt remarqué, affirmé qu'une « clause résolutoire n'est

LPA 31 janv. 2003, note Damas ; RTD civ. 2003. 58, obs. Hauser ; RDC 2003. 17, obs. Rochfeld ; *ibid.* 142 et 148, obs. Radé ; 18 sept. 2002 : Bull. civ. V, n° 273 ; 23 janv. 2003 : *ibid.* V, n° 27 ; D. 2003. IR. 531 ; 24 juin 2003 : D. 2004. Somm. 1161, obs. Gomy.

¹ J. Cédras, *op. cit.*, II, C, 1°, b.

² Il convient toutefois de remarquer que la pratique a su trouver un palliatif à cette jurisprudence afin de contourner ces exigences : il s'agit de la clause de non-sollicitation qu'une entreprise impose à un cocontractant afin d'éviter que ce dernier ne débauche les employés de la première. On répercute ainsi la clause de non-concurrence sur celui qui pourrait être amené à concurrencer sur le plan salarial la première entreprise. Cette « solution de contournement » (Ph. Stoffel-Munck, *obs.* : Comm. Com. Electr. 2006, comm. 26 ss CA Lyon 12 juillet 2005) a pu être limitée par un arrêt de la chambre commerciale en date du 10 mai 2006 dans lequel la Cour affirme que le salarié « peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contre-partie financière » tout en refusant un tel droit à la société l'ayant débauché : Cass. com. 10 mai 2006, n° 04-10.149, D. chron. p. 1841 sous la dir. de J. Ghestin, note P. Grosser.

³ Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46.933, Dr. Soc. 2006 p. 465, note J. Mouly, et Cass. soc. 22 mars 2006, n° 04-45.546, JCP G. 2006, I. 166, p. 1641, chronique de Ph. Stoffel-Munck qui considère, à juste titre, que cette « instrumentalisation » de la responsabilité civile a tendance à « faire perdre au droit toute rationalité » tant l'exigence d'un préjudice prouvé constitue le socle de toute responsabilité civile.

⁴ Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 04-46721, JCP G, 10039, note D. Corrigan-Carsin.

pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier »¹. Il en résulte, concrètement, que « les juges du fond peuvent refuser de constater la résolution du contrat invoquée par le créancier lorsque celui-ci est de mauvaise foi, c’est-à-dire lorsqu’il a été animé par une intention malveillante »².

On sait, en outre, que la jurisprudence interprète de manière restrictive les clauses résolutoires. Sans que cela puisse être rattaché à l’exigence de loyauté, il n’en demeure pas moins que le fait d’exiger que la clause soit univoque, qu’elle sanctionne un manquement à une stipulation expresse et qu’elle soit précédée d’une mise en demeure, participent d’une volonté prétorienne de protéger, malgré la clause, les intérêts de l’autre partie. Ainsi une décision de la Cour de Cassation du 13 décembre 2006³ nous rappelle que la clause résolutoire d’un bail est d’interprétation stricte et qu’elle ne peut être appliquée dans le cas de défaut de paiement des intérêts sur le loyer si elle n’a pas prévu cette hypothèse. La clause résolutoire prévue dans un contrat en raison du défaut de paiement du prix, ne saurait être mise en œuvre motif pris que les intérêts de la somme due, mais désormais acquittée, n’ont pas été réglés.

Si une telle présentation permet de mettre en exergue une certaine tendance prétorienne à consacrer des idées que le solidarisme contractuel défend, il est également vrai que certaines notions solidaristes restent encore lettres-mortes en jurisprudence. Pour autant, il convient d’envisager ce solidarisme *de lege ferenda* pour voir en quoi il permettrait de modifier le droit positif des contrats dans un sens favorable à l’anticipation raisonnable d’autrui.

2 – Le solidarisme de lege ferenda au stade de la réalisation

87. Même si elles n’ont pas encore été formellement consacrées par des arrêts de la Cour de cassation, on peut légitimement penser que de nouvelles obligations promues par la doctrine solidariste, pourraient être consacrées dans un avenir plus ou moins proche : il s’agit des obligations de motivation, de minimiser le dommage, voire de l’obligation du créancier d’exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution.

¹ Civ. 1re, 31 janv. 1995 : D. 1995. 389, note Jamin ; D. 1995. Somm. 230, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 1995. 749, obs. Delebecque ; RTD civ. 1995. 623, obs. Mestre. Voir déjà : Civ. 3e, 6 juin 1984 : Bull. civ. III, n° 111 17 juill. 1992 : Bull. civ. III, n° 254 ; D. 1992. Somm. 399, obs. Aubert.

² F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2005, n° 664, p. 654.

³ Cass. 3^{ème} civ. 13 décembre 2006, n° pourvoi 06-12323.

88. L'obligation de motivation : un refus franc. Comme le rappelle M. l'avocat général Cédas, « traditionnellement, ni le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ni la résiliation d'un contrat à durée indéterminée n'ont à être motivés, exceptions faites du contrat de travail et du mandat d'intérêt commun »¹.

Dans la mesure où les contrats, qui organisent de plus en plus souvent une relation à long terme², admettent désormais l'exercice de certaines prérogatives de manière unilatérale³, l'obligation de motivation pourrait à l'évidence constituer une contrepartie légitime et appropriée afin d'éviter que ce pouvoir unilatéral, que détient ostensiblement le contractant dominant dans les contrats de distribution, ne s'altère en pouvoir arbitraire.

D'une part, cette obligation de motivation pourrait constituer un critère de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. M. Thierry Revet avait ainsi avancé l'idée que, dans sa recherche de l'abus, le juge exercerait « avant tout un contrôle de motivation »⁴ et que « la jurisprudence finirait par imposer à l'auteur du prix une obligation de motivation »⁵. Selon cet auteur, il était légitime que le contrôle de cette motivation devienne « un instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie »⁶. L'arrêt précité⁷ de la cour d'appel de Paris en date du 24 octobre 2000 consacre cette analyse puisque, pour retenir l'abus, les juges du fond ont affirmé que l'augmentation sensible du montant du loyer est une anomalie apparente et qu'il appartenait dès lors à la banque de la justifier, puis ont décidé que les explications fournies par celle-ci ne justifiaient pas l'importance du nouveau prix fixé unilatéralement. Or, l'on sait que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 juin 2004⁸ a apporté un démenti à une telle vision, la fixation du prix étant libre, et la principale intéressée ayant été prévenue plusieurs mois à l'avance. Il en ressort, pour M. le professeur Denis Mazeaud, que c'est la vision « d'une liberté unilatérale canalisée par une exigence de solidarité *minimum*, via l'obligation de motivation, qui est balayée d'un revers de la main par la Cour de cassation qui a opté manifestement pour une vision désincarnée de la liberté contractuelle et en faveur d'un libéralisme à peine tempéré »⁹.

¹ Cédas J. op. cit, II, C, 2°.

² Les contrats de distribution ne sont pas des mandats d'intérêt commun : Com. 7 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 252 ; D. 1998. 413, note Jamin (1^{re} esp.) ; D. 1998. Somm. 333, obs. Ferrier (1^{re} esp.) ; D. Affaires 1997. 1284 ; JCP 1998. II. 10085, note Chazal ; Contrats Conc. Consom. 1998, n° 20, note Leveneur ; RTD civ. 1998. 130, obs. Gautier ; *ibid.* 370, obs. Mestre.

³ Et donc une certaine forme de pouvoir d'un contractant sur l'autre.

⁴ Th. Revet, « Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz 1997, n° 24.

⁵ *Ibidem* n° 17.

⁶ Th. Revet, « Débats sur l'obligation de motivation en droit des contrats », *RDC* 2004 p.579.

⁷ *Supra* n° 81.

⁸ Cass. 1^{ère} civ. 30 juin 2004, voir *supra* n° 81.

⁹ D. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} civ. 30 juin 2004, voir *supra* n° 81.

L'obligation de motivation, érigée au titre d'instrument de contrôle du pouvoir unilatéral, transparaît aussi dans le régime de la rupture unilatérale des contrats de distribution. Néanmoins, la Cour de cassation a récemment réaffirmé que le concédant n'a pas à donner de motif au non-renouvellement ou à la résiliation du contrat : ceci ne peut constituer un abus même si le motif est fallacieux ou non sérieux¹. Autrui peut donc être intentionnellement induit en erreur lors de la résiliation du contrat.

89. L'obligation de motivation : un avenir incertain. La jurisprudence n'est pas toujours restée insensible à cette manifestation du solidarisme contractuel s'exprimant par la « considération des intérêts de celui qui subit la rupture »², à travers un « contrôle de la motivation de celle-ci »³. Et, même s'ils n'étaient pas d'une extrême netteté, quelques arrêts rendus par la chambre commerciale⁴ ces dernières années, dans des hypothèses où le concédant avait exprimé les motifs qui justifiaient à ses yeux la rupture du contrat, semblaient, au moins de manière indirecte, révéler que la Cour de cassation « en faisant porter son regard sur la pertinence du seul motif invoqué »⁵ tend « à exprimer une exigence de motivation, et d'une exacte motivation »⁶.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé dans le cadre d'un contrat de concession exclusive conclu pour une durée indéterminée, malgré le respect du préavis contractuel, que « ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations la cour d'appel qui décide que le concédant qui résilie le contrat deux ans après sa conclusion ne commet pas d'abus de droit alors qu'elle a relevé que compte tenu des investissements exigés du concessionnaire, celui-ci devait bénéficier d'une période d'exploitation relativement longue »⁷. L'on a ainsi pu écrire que « la Chambre commerciale, dans cette décision longuement motivée, s'est appuyée sur les prévisions raisonnables du concessionnaire lors de la conclusion ("*des relations contractuelles de longue durée*") »⁸ : l'attente raisonnable d'autrui semble être à l'origine de cette décision.

Aussi la chambre commerciale avait-elle retenu la responsabilité d'un concédant pour rupture abusive, alors que celui-ci soutenait qu'il n'avait résilié qu'un seul des contrats de concession, qui formait avec d'autres un ensemble indivisible, dans l'espoir de voir son concessionnaire se redresser, parce que les juges du fond avaient relevé suffisamment d'éléments

¹ Cass. com. 3 avril 2001, 25 avr. 2001 : D. 2001. Somm. 3237, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002. 99, obs. Mestre et Fages.

² J. Rochfeld, obs. sous Cass. 1ère civ. 3 avril 2001, JCP G, 2001.I.354.

³ Idem.

⁴ Com. 6 janvier 1998, 20 janvier 1998 et 27 octobre 1998, D. 2000, p. 362, obs. D. Mazeaud.

⁵ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Dalloz, *Mélanges offerts à J. Ghestin*, 2001, p. 441.

⁶ Idem.

⁷ Com 20 janvier 1998, précit.

⁸ J. Cédras op. cit, II, C, 2°.

démontrant qu'il avait en réalité « programmé la mort lente »¹ de son cocontractant. On le sait, ces timides essais jurisprudentiels ont été réduits à néant par cette même chambre dans ses arrêts des 3 et 25 avril 2001².

Toutefois, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 juillet 2002³ pourrait redonner le sourire aux panégyristes du solidarisme. En l'espèce, un contrat de concession avait été conclu *intuitu personae* et prévoyait que son transfert à un tiers serait subordonné à l'agrément du concédant, ce dernier s'étant engagé à « examiner équitablement et avec tout le soin requis » le changement proposé. La cour d'appel jugea que le refus d'agrément était abusif car non motivé lors de la présentation du repreneur. Or, la chambre commerciale casse cet arrêt, non car le contrôle du motif n'aurait dû être effectué, mais parce que les juges du fond n'ont pas vérifié si les motifs avancés en cours d'instance n'étaient pas de nature à justifier le refus d'agrément. S'il est « permis toutefois de se demander si en l'espèce, ce n'est pas de l'existence d'une clause d'agrément qu'est déduite l'obligation de motiver »⁴, l'arrêt laisse une porte entrouverte en vue d'une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cessation d'un contrat cadre.

Tel n'est pas le cas en matière d'obligation de minimiser le dommage, appelée de leurs vœux par les apologistes solidaristes et face auxquels, la Cour de cassation semble demeurer insensible.

90. L'obligation de minimiser le dommage contractuel. Il convient ici d'entendre par obligation de minimiser le dommage, l'exigence juridique en vertu de laquelle « le créancier doit prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat »⁵ : un créancier devrait ainsi limiter son préjudice conformément aux intérêts de l'autre partie. Présente en droits anglais, américain, allemand, suisse, belge, cette obligation n'est pas inconnue en droit français bien que le code civil l'ignore. En effet, l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises l'édicte expressément et sanctionne même son inexécution par une diminution des dommages et

¹ Com 27 octobre 1998, D. 2000, p. 362, obs. D. Mazeaud.

² Précit.

³ Com 2 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 113 ; D. 2003. 93, note D. Mazeaud ; *ibid.* Somm. 2426, obs. Ferrier ; JCP 2003. II. 10023, note Mainguy ; JCP E 2003. 543, n° 5, obs. Respaud ; Contrats Conc. Consom. 2003, n° 10, note Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002. 810, obs. Mestre et Fages ; RDC 2003. 50, obs. Stoffel-Munck ; *ibid.* 152, obs. Behar-Touchais.

⁴ J. Cédras, *op. cit.*, II, C, 2°.

⁵ B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 566.

intérêts dus au créancier. *A priori*, la jurisprudence y est restée, pour le moment, insensible en matière contractuelle, l'ayant même expressément rejetée en matière délictuelle¹.

Néanmoins, l'article 1373 de l'avant projet Catala sur la réforme du droit des obligations et de la prescription² dispose : « Il sera tenu compte de l'abstention de la victime par une réduction de son indemnisation lorsque cette victime avait la possibilité par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation ». Le juge peut pareillement réduire l'indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s'aggraver sans réagir ou n'a rien fait pour le réduire ; cette disposition est complétée par l'article 1344 aux termes duquel « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées »³.

De la même manière les *Principes du droit européen du contrat* reconnaissent un tel principe puisque l'article 9-504 dispose que « le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier a contribué à l'inexécution ou aux conséquences de celle-ci ».

Les auteurs favorables à une telle réception⁴ avaient ainsi cru voir, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, un mouvement en ce sens dans la mesure où la Cour avait affirmé que le débiteur devait avertir son créancier de l'erreur qu'il commettait en oubliant de lui facturer ses prestations⁵.

Toutefois, ce sont deux arrêts rendus le 1er mars 2006 par la 3ème Chambre de la Cour de cassation⁶ qui tendent, réellement, à jeter le doute sur le refus prétorien de consacrer cette obligation. En l'espèce, des assureurs de responsabilité civile garants de la réparation intégrale de désordres, avaient agi contre les assureurs dommage-ouvrage leur reprochant d'avoir commis une faute ayant aggravé les désordres en ne prenant pas en charge les travaux de réparation idoines.

¹ Civ. 2e, 19 juin 2003 : Bull. civ. II, n° 203 (arrêt n° 1) ; R., p. 460 ; D. 2003. 2326, note Chazal ; D. 2004. Somm. 1346, obs. D. Mazeaud ; JCP 2003. II. 10170, note Castets-Renard ; ibid. 2004. I. 101, n° 9 s., obs. Viney ; Gaz. Pal. 2003. 3101, note Rosenfeld et Bouchez ; Defrénois 2003. 1574, obs. Aubert ; RCA 2004. Chron. 2, par Agard ; RGDA 2003. 504, note Landel (2e esp.) ; LPA 31 déc. 2003, note Dagorne-Labbé ; Dr. et patr., nov. 2003, p. 82, obs. Chabas ; RTD civ. 2003. 716, obs. Jourdain.

² P. Catala (dir.), *Avant-projet de la réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.

³ Rien n'est prévu à ce titre dans le projet ministériel.

⁴ Voir notamment, R. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, thèse Paris I, 1999 ; A. Mettetal, « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », in *RRJ droit prospectif*, 2005, n°4 p. 1889. Voir également, J.-L. Aubert, « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? » *RJDA*, avril 2004, p.355.

⁵ Civ. 1re, 23 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 36 ; D. 1997. 571, note Soustelle ; Defrénois 1996. 744, obs. Delebecque ; Contrats Conc. Consom. 1996, n° 76, obs. Leveneur ; RTD civ. 1996. 898, obs. Mestre.

⁶ Civ. 3e, 1er mars 2006, n°263 et 264, Resp. civ. et assur. 2006. comm.171, obs. G.Coutiet.

Or, la Cour affirme qu'il appartient à l'assureur de responsabilité décennale « de prendre toute mesure utile pour éviter cette aggravation » et « qu'il était à même de faire cesser le préjudice en finançant lui-même les travaux de réparation nécessaires à la remise en état de l'ouvrage ». Il est ici évident que « même si la Cour n'a pas qualifié l'obligation en cause d'obligation de minimisation du dommage, elle a retenu la responsabilité de la victime en lui opposant l'obligation de ne pas laisser aggraver les dommages »¹.

Si la bonne interprétation de cette décision est celle venant d'être exposée², il en résulte une nette évolution du droit de la responsabilité contractuelle, marquée, à n'en pas douter, du sceau du solidarisme contractuel tant ses défenseurs ont mis en exergue une telle exigence au nom de cette doctrine³. Il est en effet évident que le microcosme contractuel désiré par ces derniers exige, à tout le moins, que chaque contractant évite que le préjudice à lui causé ne prenne des proportions supérieures en raison de son inertie. Cette jurisprudence semble alors consacrer une telle position favorable à une « communautarisation » des intérêts.

91. L'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution. Une décision très proche fut rendue par la 1^{ère} chambre civile le 3 avril 2007⁴ en matière de cautionnement relatif à la vente d'un bien immobilier. En l'espèce, deux époux s'étaient portés cautions auprès d'une banque afin de garantir un prêt consenti à une personne physique. Le créancier assigna les cautions en exécution de leur engagement suite à la défaillance du débiteur. Les juges du fond estimèrent qu'elles devaient être déchargées en raison de la faute du créancier : ce dernier n'avait pas inscrit son privilège de prêteur de deniers bien que l'emprunt fût destiné à l'acquisition d'un bien immobilier. L'article 2374, 2^o, du code civil dispose en effet que les créanciers « qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés ». La Cour rejette le pourvoi formé par l'organisme de crédit au motif que « le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège ». Comme l'observe M. le professeur Dimitri Houtcieff, « la solution atteste de l'émergence d'une obligation essentiellement variable à la charge du créancier, qui le contraint à exercer les facultés dont il dispose conformément aux intérêts de la

¹ P. Matet, « Minimisation du dommage et temporalité », 1.4, in Séminaire de la Cour de cassation « Risque, assurance, responsabilité » 2007, Groupe de travail « Le temps dans la réparation du préjudice ».

² Et c'est l'avis de M. le professeur Jourdain : RTD civ. juillet-septembre 2006, p.559 et s.

³ Voir notamment, D. Mazeaud, op. cit. p. 68-69.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 3 avril 2007, D. 2007 p. 1572, note Houtcieff.

caution »¹. En permettant aux cautions de disposer d'un privilège, si le prêteur de deniers inscrit sa créance, l'article 2374 du code civil participe en effet d'une « application particulière de l'obligation de bonne foi de l'article 1134 du code civil »², une manifestation de la loyauté envers autrui.

92. Leçon solidariste ? Les décisions rendues par la Cour de cassation démontrent ostensiblement que la doctrine solidariste, dans sa dimension socialisante, n'a pas pénétré la philosophie de ses juges. L'idée d'une communautarisation des intérêts au sein du contrat exigeant que chaque contractant mesure son intérêt à l'aune de ceux d'autrui n'est, pas loin s'en faut, la thèse à laquelle aurait souscrit la Cour. Dès lors, à en croire M. le professeur Leveneur, il ne resterait rien du solidarisme contractuel, celui-ci étant un mythe³.

Or, il semble possible d'en tirer une leçon en faveur d'un droit contractuel plus équilibré où la raison du plus fort ne l'emporterait pas, nécessairement, sur la partie fragilisée en raison d'une prévalence, certaine et affirmée, de la force obligatoire et de l'intangibilité des contrats. Il est vrai, à cet égard, que la pensée solidariste présente des vertus bénéfiques tendant vers la justice contractuelle. En déplaçant le curseur de la théorie contractuelle du moi autonome vers un autrui hétéronome, en tâchant de découvrir quelles peuvent être ses attentes raisonnables, le solidarisme esquisse une méthode originale. Mais, il n'est pas moins vrai que le solidarisme représente, dans une certaine mesure, un risque pour la liberté contractuelle.

Aussi est-il possible, voire souhaitable, de s'interroger sur l'existence d'une troisième voie qui, sans constituer obligatoirement un consensus mou, permettrait aux différentes théories en présence de coexister et non, nécessairement, de s'opposer, voire de se contredire. Si en autrui réside le principe du lien contractuel, l'on ne saurait évincer le rôle certain de la volonté, notamment à travers la perception qu'en a l'« autre », la volition. Il convient d'ailleurs, à cet effet, et contrairement au solidarisme, d'en présenter une conceptualisation suffisamment élaborée pour permettre à chaque partie au contrat de déterminer ce que l'autre peut légitimement anticiper. L'altérité contractuelle serait alors à-même de présenter un double visage : en amarrant la force obligatoire à l'expectative légitime de l'autre, le créancier, l'on jette les bases d'un droit

¹ D. Houtcieff, note précit.

² Idem.

³ L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004 p. 173 et s. Selon lui, le solidarisme est tout d'abord une chimère jurisprudentielle car l'on serait bien en peine de retrouver, en jurisprudence, une décision consacrant cette doctrine et faisant autorité. En outre, cette doctrine serait dangereuse dans la mesure où elle saperait la sécurité juridique en ne faisant plus du contrat un instrument de prévision et en affaiblissant, paradoxalement, le destinataire de la protection solidariste comme le montrent les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 consacrant l'indétermination du prix dans les contrats-cadres, laissant ainsi la partie « inférieure » à la disposition de la partie « dominante », sauf abus.

contractuel prévisible, donc véhiculant la sécurité juridique. C'est dire l'intérêt de faire d'autrui le principe convergent de la relation contractuelle, synthétisant ses orientations, et non une incidente comme le perçoit le solidarisme, ou une inféconde évidence d'*alter ego* comme le laisse à penser l'autonomie de la volonté.

Chapitre II – Une controverse dépassée par le respect de l'anticipation légitime d'autrui

93. Les limites du solidarisme : une altérité seconde. Il est clair que la théorie générale des obligations et notamment des contrats a besoin d'un renouveau¹. Si l'objectif affirmé par tous doit être la recherche de la justice contractuelle, il n'est pas moins évident que le fil directeur doit être la sécurité juridique² dans la mesure où il est difficile de nier que le contrat est un outil de prévision afin de protéger les attentes raisonnables des parties. Or, le solidarisme a le fâcheux inconvénient de représenter pour certains un interventionnisme désordonné. Peut-être cet écueil est-il issu de la conceptualisation historique du solidarisme puisque ce dernier a été imaginé afin de donner un crédit scientifique au radicalisme d'alors. Ceci explique que les travaux de l'époque se présentent plus comme un *patchwork* des idées alors en vigueur que comme une véritable création intellectuelle originale et visionnaire : entre libéralisme et socialisme (à l'époque très proche du communisme), le choix d'un *ni-ni* se révéla être un mélange cotonneux des deux orientations.

En outre, dans la sphère purement contractuelle, il est aisé de constater la rupture idéologique consacrée par la doctrine solidariste. En effet, celle-ci se manifeste de nos jours comme une critique et une alternative à l'autonomie de la volonté, ce qui tend souvent à une remise en cause du postulat volontariste et de la force obligatoire du contrat. Or, à trop vouloir se couper de la volonté, cette pensée nie un élément qui, sans expliquer tout le droit des contrats, permet d'en justifier une bonne partie. D'où le désir de certains auteurs de développer une théorie ne niant pas le rôle nécessaire de la volonté tout en essayant d'inscrire la sphère contractuelle dans une dimension prenant en compte autrui, sans pour autant être utopique.

Cette pensée s'attache, notamment à travers le concept d'attente légitime ou raisonnable d'autrui, à redéfinir la notion de relation contractuelle en y remplaçant un élément indispensable : l'autre.

Ainsi, en se fondant sur les travaux de Lévy au début du siècle dernier, sur ceux de Gorla en Italie, de Macauley et de MacNeil aux Etats-Unis et sur la savante étude de Xavier Dieux en Belgique, il semble possible de proposer une lecture synthétique du droit des contrats notamment à travers une nouvelle perspective de la force obligatoire combinant autonomisme et solidarisme

¹ Voir Ph. Rémy : « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de M. Nicod et L. Grynbaum, op. cit. p.8.

² Entendue ici comme prévisibilité.

: le contrat ne lie un contractant que dans la mesure où, par cet acte de prévision que la volonté manifeste, l'on a créé chez l'autre une attente légitime, celle de voir le contrat s'exécuter. Or, à travers une définition assez précise de cette notion d'anticipation légitime, il sera possible de déterminer à partir de quand, un contrat est vicié dans sa formation, ou abusif dans son exécution. En reprenant l'étude la plus récente¹, l'on peut parvenir à une telle conceptualisation, et espérons-le consécration, en partant du concept de bonne foi, comme l'a souvent fait le solidarisme mais sans le poids historique de l'idéologie radicale, ni la négation, non moins radicale, de la volonté. La restauration de l'autre dans la relation contractuelle devrait ici permettre de réconcilier les tenants de deux doctrines en apparence contradictoires mais, en réalité, assez proches quant à l'objectif à atteindre : pérenniser la force obligatoire, assurer la sécurité juridique et restaurer une égalité juridique, en définitive, assurer la justice contractuelle.

94. Propos liminaires sur les notions d'attente légitime et de contrat relationnel. A la suite des travaux de Demogue, Emmanuel Lévy, fortement influencé par Durkheim, affirma, dans le cadre d'une vision socialiste du contrat, que le contrat reposait sur une relation de confiance, sur l'expectative du créancier qu'il convenait de satisfaire : « ce qui fait le lien contractuel, c'est la confiance qu'inspire au créancier la promesse du débiteur »². Il en conclut que le but à atteindre doit prévaloir sur le respect littéral des stipulations initiales. Initiateur de la notion d'attente légitime, ses travaux furent poursuivis, pour l'essentiel, à l'étranger. Ainsi Gino Gorla, en Italie, considère que c'est une erreur de voir dans la promesse faite par le débiteur le fondement de la force obligatoire du contrat ; ce fondement se trouve en réalité, non pas du côté du débiteur, mais du côté du créancier, dans la confiance que celui-ci place dans la promesse. Selon lui, l'existence du contrat repose certes sur la présence du consentement mais également et surtout sur la confiance et l'expectative du créancier. Cette confiance pourrait d'ailleurs constituer un des critères que le juge reconnaîtra pour donner force obligatoire à un pacte³.

Aux Etats-Unis, le juriste Macauley⁴, inspiré par les travaux de Ian MacNeil⁵, a alors établi une théorie du contrat relationnel⁶. A partir de la confrontation de l'exigence de sécurité

¹ X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, essai sur la genèse d'un principe général du droit*, Bruylant, LGDJ, 1995.

² E. Lévy, *La vision socialiste du droit*, Ed. M. Giard, 1926, p. 78.

³ G. Gorla, *Il Contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo, comparative e casistico*, Milano, Giuffrè, 2 vol. 1954.

⁴ S. Macaulay, « Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law », *Northwestern University Law review*, 1978, vol 72, p. 854 et s.

⁵ I. Macneil, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, Yale Univ. Press, New Haven, 1980 ; « Values in contract : internal and external », *Northwestern Univ. Law review*, 1983, p. 340 ; « Relational contract theory as sociology », *Journal of institutional and theoretical economics*, 143, 1987, p. 272.

⁶ V. Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

juridique et l'impérieuse nécessité d'adapter les contrats à l'évolution du monde extérieur, il est parvenu à distinguer, au sein de trois types de contrats¹, le contrat relationnel établissant des rapports sur le long terme. Macaulay ne manque pas de souligner que la théorie du contrat relationnel a vocation à englober des notions telles que l'obligation d'exécuter de bonne foi. Il considère que cette exigence permet de prendre en compte toutes les implications de cette conceptualisation : intégrité, réciprocité, équilibre acceptable des pouvoirs, solidarité contractuelle. Cette présentation a, ainsi, le mérite de proposer un « système cohérent car elle permet au juge, ou à l'arbitre, de résoudre les difficultés dans une perspective téléologique de maintien de la relation à long terme, afin que celle-ci, malgré ses vicissitudes, atteigne le but poursuivi »².

Quant à Xavier Dieux³, il expose, en traitant successivement de la force obligatoire des engagements volontaires et de la police des contrats, que la justification profonde de la force obligatoire des contrats ne se trouve pas tant dans la volonté du débiteur de s'obliger, que dans la confiance que la promesse faite par lui à l'autre partie fait naître chez celle-ci. Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui permet ainsi de synthétiser plusieurs solutions du droit positif détachant la force obligatoire des contrats de la volonté effective des parties contractantes au profit de la volonté perçue par autrui : erreur sur la substance, erreur inexcusable, résolution pour inexécution fautive, caducité des contrats par disparition de leur objet ou de leur cause,

¹ La *discrete transaction* correspond ainsi au contrat classique entre deux parties qui ne se connaissent pas et qui, *a priori*, n'auront jamais d'autres relations. Selon lui, ce contrat implique que toute inexécution sera sanctionnée conformément au droit classique des obligations sans possibilité d'adapter la convention. Partant de ce modèle classique, il crée une variante, le contrat néoclassique qui établit des relations à long terme. Ce contrat se caractérise nécessairement par des prévisions insuffisantes à couvrir tous les événements ultérieurs. Macauley souligne d'ailleurs que l'exécution, elle-même, est une sorte d'ajustement des prévisions originelles. C'est la raison pour laquelle le contrat néoclassique se singularise, similairement, par la mise en œuvre d'une série de techniques permettant de créer une certaine flexibilité au stade de l'exécution contractuelle. Le procédé le plus usuel consiste à avoir recours à un tiers, tel qu'un arbitre ou un juge, pour résoudre les éventuels désaccords entre les parties au contrat. Afin de pallier ces inconvénients et résoudre le conflit entre le besoin de sécurité et la nécessaire flexibilité des relations contractuelles, le juriste américain propose d'adopter la notion de contrat relationnel.

Il s'agit pour lui d'un contrat à long terme qui ne tentera pas de planifier l'ensemble des prestations ni de prévoir tous les événements à venir dans la mesure où cela relève de l'impossible. En cas de difficultés, liées notamment à un changement de circonstances, dans une véritable approche relationnelle, le point de référence sera la relation dans sa globalité, à la différence du système néoclassique où seul le contrat originel est réellement pris en considération par le juge ou l'arbitre. Il en résulte, notamment, que la manière dont la relation contractuelle se développait jusqu'au changement, et depuis le changement, sera observée afin de déterminer dans quelle mesure la convention pourra être adaptée. Une autre incidence de ce contrat relationnel est le fait, qu'en cas de litige, ce seront les parties qui en détermineront les termes sans référence à l'acte originel, pour le confier à un tiers. Fort logiquement, la solution du différend ne sera pas tournée vers le passé, mais vers l'avenir, elle sera établie ad hoc sur des critères flexibles. Face à cet arbitre, la sanction résultant de l'inexécution, ou de la mauvaise exécution, ne devra pas être imposée mais négociée. En outre, le tiers saisi en tant qu'arbitre ne mettra pas fin à sa mission au jour où la sentence est rendue, il devra également présider à son exécution.

² L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, ss. la dir. de M. Nicod et L. Grynbaum, Economica 2004, p.35-36.

³ X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, essai sur la genèse d'un principe général du droit*, Bruylant, LGDJ, 1995.

imprévision ; abus de droit en matière contractuelle. C'est le respect de l'altérité, dans ses exigences légitimes, qui semble expliciter la matière : c'est la perception qu'autrui peut légitimement avoir de l'engagement de son cocontractant qui détermine le périmètre contractuel.

Or, si la conceptualisation des attentes légitimes d'autrui semble être le plus à même de décrire le lien contractuel (section 1), encore faudra-t-il s'interroger sur sa validation empirique (section 2). En effet, si dans le passé, et à l'étranger, l'on a pu dresser les contours de l'anticipation légitime d'autrui, il convient d'étudier en quoi l'hétéronomie de la volition permet de synthétiser l'emploi de différents mécanismes contractuels en droit positif français.

Section 1 – Les données de la conceptualisation des attentes légitimes d'autrui

95. Afin de présenter de manière cohérente l'évolution de ces théories, il convient d'envisager, tout d'abord, la première conceptualisation, élaborée par Emmanuel Lévy, de la notion d'attente légitime d'autrui (§1) avant d'appréhender la systématisation effectuée par Xavier Dieux (§2). Le premier fait de l'altérité l'épicentre du lien contractuel, en l'orientant vers une perspective socialisante du contrat. A la différence du solidarisme, l'altérité est première, l'intérêt social second. Quant à l'auteur belge, il épure cette pensée de toute idéologie afin de présenter une pensée tout orientée vers autrui. Se trouve alors rationalisée une appréhension du lien contractuel dans sa nécessaire dimension relationnelle afin de faire ressortir ses caractéristiques essentielles : une force obligatoire fondée sur l'attente raisonnable d'autrui et une police contractuelle que l'altérité justifie dans une dynamique de sécurité juridique puisque la construction repose sur la légitimité de l'expectative lui conférant ainsi une prévisibilité certaine.

§ 1 - La confiance légitime d'autrui dans la pensée d'Emmanuel Lévy

96. Concilier liberté et social. Au début du siècle dernier, Emmanuel Lévy¹ fut l'un des principaux opposants à la perspective volontariste du droit contractuel en vertu de laquelle la contrainte engendrée est considérée comme légitime car acceptée librement par celui qui s'apprête à la subir. Socialiste libéral, il se demandait si « la démonstration du socialisme ne se trouvait pas tout simplement dans les principes juridiques actuels, dans les lois présentant des

¹ Né à Fontainebleau en 1871, Lévy, après des études à la faculté de droit de Paris, soutient en 1896, sa thèse intitulée *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*. Il fut chargé de cours, à la faculté d'Alger, à Toulouse puis Aix, avant de devenir professeur à Lyon en 1901 où il restera jusqu'à la fin de sa carrière.

rapports sociaux »¹. Ainsi, le choix de la voie du droit est peut-être révélateur d'options idéologiques ou philosophiques plus fondamentales. Souvent présenté comme un continuateur de l'œuvre de Durkheim², Lévy se démarque du solidarisme en ce qu'il ne fait pas d'autrui une incidente d'une conception sociale du contrat : de manière inverse la dimension interindividuelle de la convention en fait un lieu de socialisation. Autrui est ainsi le pivot de la construction, non une de ses conséquences. L'apport de Lévy à la théorie contractuelle est dès lors patent en ce qu'il parvient, en assimilant le contrat à un échange interindividuel (A), à faire de la convention une norme sociale véhiculant des valeurs orientées vers autrui (B).

A – Le contrat comme échange interindividuel

97. En partant d'une nouvelle conceptualisation des droits subjectifs (1) qui tend à dénier au droit de propriété son caractère réel, Emmanuel Lévy parvient à démontrer que le socle de tout droit réside dans la croyance légitime que la déclaration de volonté d'un débiteur crée chez un créancier (2).

1 – Une nouvelle conception des droits subjectifs

98. La théorie des droits subjectifs. Le point de départ de la théorie de Lévy réside, aussi paradoxal que cela puisse paraître, dans la thèse qu'il soutint à Paris en 1896 et dont le sujet était : « Preuve par titre du droit de propriété immobilière ». *A priori*, un tel sujet ne peut laisser penser qu'elle a pu apporter une consistance à la théorie du droit des contrats. En réalité, sa conception du contrat est liée à son approche particulière du droit de propriété immobilière. La méthode employée par Lévy pour analyser le droit de propriété immobilière est, en effet, un des premiers éléments ayant permis de forger son acception du contrat. Cette méthode, basée sur l'observation, lui permet d'analyser en détails la question de la propriété en confrontant la pratique et les principes.

Il commence par analyser la circulation des droits et observe, ainsi, que lors d'une contestation en justice sur un droit de propriété immobilière, celui-ci se prouve par un titre. Par conséquent, lors de tels conflits, les litiges opposent souvent une personne ayant un titre à une autre personne qui n'a pas de titre mais qui tente de troubler la jouissance du premier. Il revient

¹ E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, Paris, Société Nouvelle de librairie et d'édition, 1903, note 12, p. 13.

² R. Cotterrell, *Emile Durkheim : law in a moral domain*, Edinburgh University Press, 1999, pp. 188 et suivantes.

alors au juge régulièrement saisi de se décider et de déterminer qui des deux doit l'emporter. Emmanuel Lévy remarque que dès 1864, la jurisprudence donne toute sa force à la production d'un titre. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 22 juin 1864¹, le juge suprême, lors d'un conflit entre un acquéreur de bonne foi d'un terrain et un possesseur ayant une possession postérieure, fait triompher le premier. La motivation avancée par la Cour est exemplaire : « attendu que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ». Selon Lévy, la Cour n'a fait que renouer avec une pratique très ancienne, consacrée dès le droit romain : sans avoir à fournir la preuve formelle de son droit propriété, le détenteur d'un bien pourrait intenter une action, l'action publicitaire accordée par le prêteur afin de faire cesser les troubles causés à sa jouissance. Dès lors, reconnaître qu'un éventuel usurpateur pourrait triompher au possessoire reviendrait à remettre en cause le crédit porté aux conventions et autres actes translatifs de droit, et à terme, nuirait à toute l'activité économique : si le titre succombe devant la possession, « ce ne sera pas seulement la confiance de l'acquéreur qui sera trompée, ce sera celle de tous ayants-cause. Et en même temps que la circulation de la propriété sera ralentie la vie économique entière souffrira »².

Il est évident qu'une telle analyse de la décision ne manque pas de heurter certains principes présentés comme établis par la doctrine de l'époque. Si l'ayant droit d'un usurpateur doit triompher du propriétaire véritable ou du possesseur postérieur au titre, car il dispose d'un titre d'acquisition ou de succession, alors cet ayant droit disposera de plus de droits que n'en avait son auteur ; serait alors violé le principe *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*.

Ainsi sous la plume de Lévy, dans l'arrêt du 22 juin 1864, le juge suprême s'est fait l'écho d'une dimension purement pragmatique ou, pour maintenir l'institution de la propriété dans sa pérennité, il faut bien admettre qu'on ne peut remonter indéfiniment la chaîne des propriétaires successifs du bien. Pour Lévy, cette conception va constituer la première étape d'une critique de la théorie traditionnelle du droit de propriété. Il déduit en effet de cette décision que l'acquéreur disposera, du seul fait du contrat de vente, du droit de propriété à part entière : en triomphant à l'action, il dispose du droit. Si le législateur de 1804 avait pu appréhender le droit de propriété comme un véritable absolu, tel que l'avaient fait les révolutionnaires dans la Déclaration des droits de l'homme du citoyen, Lévy montre dans sa thèse qu'en réalité, « le code n'implique pas

¹ Cass. civ., 22 juin 1864, DP 1864, I, 412.

² E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse Paris, 1896, Pedone, n° 2, p. 11.

une telle conception, ce qui amène la jurisprudence à l'écarter pour des raisons de pure opportunité »¹. Il considère que la propriété n'a rien d'absolu dans la mesure où elle est soumise à une reconnaissance judiciaire pour pouvoir être mise en œuvre.

Ceci permet à Lévy d'introduire sa propre conception de la propriété. Il se démarque ici de la pensée marxiste puisque sa critique de la propriété privée n'est pas radicale mais « subtile »². Celle-ci porte, en fait, sur la nature du droit de propriété car, selon lui, ce droit n'est pas une chose mais bien un rapport entre individus. Or, un tel droit ne saurait être absolu dans la mesure où il serait possible de le contrôler. Selon Claude Didry, pour Lévy, « dans la propriété c'est la jouissance qui est absolue, et le système juridique vise à sélectionner, dans l'ensemble des prétendants à cette jouissance, celui dont le droit est préférable au droit des autres prétendants déclarés »³.

Il ne s'agit donc pas ici d'abolir la propriété privée mais plutôt de la soumettre aux nécessités de l'ordre social. Emmanuel Lévy va essayer de concilier la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, et la reconnaissance de la nécessité de l'action individuelle, préliminaire indispensable à toute activité sociale. A partir de cette remise en cause, l'auteur va pouvoir fonder une théorie nouvelle des droits subjectifs.

99. La critique de l'absoluité des droits subjectifs. La perspective de Lévy est la suivante : démontrer que la conception classique des droits subjectifs, compris comme absolus, n'est pas valable juridiquement. Ainsi, en analysant le rôle du contrat dans la transmission de droits, il parvient à établir que les droits subjectifs relèvent davantage du droit personnel que du droit réel.

De son analyse du droit de propriété immobilière, il retient, qu'à côté du mode originaire d'acquisition de la propriété issu de l'occupation, existe un mode secondaire, la transmission du bien. Selon l'auteur il faut, à ce stade de l'analyse, reconnaître que le contrat ou les dispositions testamentaires, n'ont pas pour effet de transmettre le droit de propriété : ce qui est réellement transmis, c'est la chose, objet du droit, mais pas le droit en lui-même. Il remarque qu'au niveau

¹ J. Billefont, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel Lévy*, Mémoire DEA, Université Lille 2, Centre René Demogue, 2003, p. 19.

² Idem.

³ C. Didry, « Emmanuel Lévy et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations », Documents de travail, Série Règles, Institutions, Conventions, n° 03-02, janvier 2003, en ligne sur le site du laboratoire Institutions et dynamiques historiques de l'économie Cachan, www.idhe.ens-cachan.fr, p. 4.

économique le droit représente une valeur, « un élément de fortune dans notre patrimoine. C'est là ce qu'on transmet »¹.

Selon lui, c'est en cela que réside l'erreur de la doctrine classique, ayant pris le sens commun pour la réalité : « il s'agit d'une confusion entre la chose et le droit qui est relatif »². Lévy l'explique ainsi : « Si on peut donner un objet, on ne peut pas donner un droit. [...] Et pourtant on achète, on vend ! Sans doute, mais on achète et on vend la valeur [...], on n'achète point, on ne vend point de droits. Si je veux acquérir un bien de quelqu'un, c'est parce que je veux jouir d'une façon quelconque de ce bien, et que la présence sur lui d'un tiers m'en empêche. Si le fonds n'appartenait à personne [...], je pourrais certainement en prendre possession, en jouir par ma seule volonté. [...] Ce qui me gêne, c'est la possession légitime d'autrui. Le contrat me permet de lever cet obstacle. Que le possesseur me cède sa chose, c'est-à-dire qu'il y renonce – *cedere* – et je pourrai librement agir sur elle. [...] Le contrat n'est que l'acte qui permet à mon droit de se manifester. [...] Ce n'est pas un droit transmis, c'est un droit acquis »³.

Il en résulte que les droits ne sont pas de nature à être transmis, mais à être créés : le contrat est alors un instrument de création et d'extinction de droits.

100. La notion de créance. Dans le cadre de son analyse pragmatique des droits, la propriété ne se manifeste, juridiquement, qu'à l'occasion d'un litige, ou d'une procédure contractuelle. Il est aisé de remarquer que le lien entre le propriétaire et sa chose ne se révèle qu'au moment où une autre personne a des prétentions sur cette même chose. Or, si tout droit de l'un sur la chose implique, pour autrui, l'obligation de respecter ce droit, il est possible d'affirmer que seules les personnes, et non les choses, peuvent faire l'objet d'une obligation : « on dira difficilement que la terre sur laquelle porte le droit réel du propriétaire a l'obligation de subir la violence du socle de la charrue »⁴.

Il est ainsi logiquement amené à s'interroger sur la pertinence de la catégorie des droits réels : « Le droit sur la chose n'est-il pas plutôt un droit contre la personne revendiquant un lien avec la même chose ? »⁵. Lévy remarque ainsi que la frontière entre droit réel d'un côté, et droit personnel (ou droit de créance) de l'autre, n'est pas aussi étanche que semble le présenter la doctrine. Il est en effet possible de noter que le droit de suite et de droit de préférence, attributs spécifiques des droits réels (hypothèque, privilèges, droit de rétention pour le créancier détenteur

¹ E. Lévy, *Preuve par titre...*, n° 55, p. 99

² J. Billemont, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel Lévy*, Mémoire DEA, Centre René Demogue, p. 21-22.

³ E. Lévy, *Preuve par titre...*, op. cit., n° 56, pp. 101-102.

⁴ E. Lévy, *Preuve par titre...*, op. cit., p. 108.

⁵ J. Billemont, *op. cit.* p. 23.

de la chose...), peuvent également accompagner les droits de créance. A l'inverse, le droit réel se trouve parfois dépourvu de ses attributs, ainsi en est-il en raison de l'application de l'article 2279 du code civil¹. Il n'est dès lors pas étonnant que Lévy ne cesse d'affirmer avec force « que les droits consistent uniquement en des créances des individus les uns sur les autres »², rejetant la distinction traditionnelle.

Cette volonté chez l'auteur lyonnais d'appréhender le droit réel comme une relation avec l'autre va se retrouver, de manière cohérente, dans sa relativisation des droits subjectifs.

101. La relativisation des droits subjectifs. L'étude de la responsabilité civile va pareillement le conduire au constat selon lequel les droits, ne sont pas des choses, mais avant tout, et surtout, des rapports entre individus, se manifestant lors d'un contact social, notamment à travers la conclusion d'un contrat. Dans cette perspective, la problématique traditionnelle de la responsabilité délictuelle pose un problème qualifié d'insoluble. En effet, quand un individu cause un dommage à autrui lors de l'exercice, non de sa liberté mais d'un droit juridiquement défini, il ne peut être tenu responsable : « ainsi, plus nous aurions de droits, et moins nous serions responsables, et moins ainsi nous aurions de devoirs »³. La théorie doctrinale de l'abus de droit, qui permettrait de pallier cet écueil, n'est pas pour lui une explication satisfaisante : on est ici sanctionné non parce qu'on a abusé d'un droit, mais parce que l'on porte atteinte à un droit juridiquement protégé. Or, il est patent, que ce droit ne se présente qu'à l'occasion d'un conflit, lors d'une action en justice. Lévy est alors amené à tirer cette conclusion : il y a responsabilité quand « il y a atteinte à un droit existant par rapport à nous, quand il y a, en d'autres termes, d'autre part, obligation »⁴.

Ceci conduit naturellement à ne pas concevoir les droits subjectifs de manière ontologique, autonome, mais comme l'émanation de rapports s'exprimant lors d'un conflit d'intérêts : c'est dans l'altérité que naît le droit. C'est lors de l'analyse des conflits d'intérêts engageant parfois la responsabilité civile d'une personne, que le propos d'Emmanuel Lévy va fortement se teinter de sociologie : « le propriétaire a particulièrement le sentiment de son droit quand la chose sur laquelle porte ce droit est détruit : alors il réclame des dommages-intérêts, de l'argent. Le sentiment du droit, le droit naît de sa violation ; il est une survie par rapport au fait,

¹ Transféré à l'article 2276 du code civil par l'article 2 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008 p. 9856.

² E. Lévy, *Preuve par titre...*, n° 71, pp. 122 et s.

³ E. Lévy, « Responsabilité et contrat », *Rev. crit.*, 1899, p. 364.

⁴ Ibidem p. 365.

par rapport à la possession »¹. Il faut alors admettre que le conflit d'intérêts, et donc le préjudice qui peut être causé, entraînent un désir de réparation dans la conscience individuelle, un sentiment. Ce sont alors les progrès de la civilisation qui vont permettre à ce sentiment de prendre un visage policé, dans le cadre d'une abstraction portée par des règles procédurales². Il s'opère ainsi un glissement d'un désir individuel de vengeance, que l'on retrouve dans le sentiment de la conscience individuelle, à une conscience sociale. Il revient à la société de se préoccuper du règlement pacifique de ce trouble, par l'administration d'une série de procédures.

Au final, il apparaît que les droits ne sont pas des choses mais des rapports, et que dans le cadre de ses rapports, le contact social, par essence conflictuel, engendre une série de rites et procédures. Or Emmanuel Lévy va s'astreindre à démontrer que ces croyances correspondent, dans la réalité, à des rites, le rite contractuel se traduisant par le concept de confiance légitime.

2 – La conceptualisation de l'attente légitime d'autrui

102. Le recours à la confiance légitime. Le concept de confiance légitime apparaît pour la première fois sous la plume d'Emmanuel Lévy dans ses travaux relatifs à la responsabilité civile, délictuelle comme contractuelle. L'époque où Emmanuel Lévy écrit est bien connue dans la mesure où c'est celle qui a permis l'apparition de la théorie de la responsabilité sans faute en raison des choses fondée sur l'article 1384 alinéa premier du code civil ; il s'agit de la seconde révolution industrielle où le développement du machinisme entraîna de nombreux accidents laissant le plus souvent l'ouvrier victime sans indemnisation en raison de l'impossibilité de prouver, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, une quelconque faute imputable à son employeur. Puisque l'idée d'assurance sociale n'a pas encore vu le jour, l'ouvrier blessé est laissé sans indemnisation ni revenu. L'impossibilité de prouver une faute relevait alors de l'impossibilité d'affirmer que l'exercice d'un droit pouvait être fautif. Néanmoins, l'observation montrait bien que des dommages pouvaient être causés lorsqu'un droit est mis en œuvre : droit de résiliation unilatérale, droit de propriété ou encore droit d'agir en justice. La doctrine contemporaine avait alors remis en cause le caractère absolu des droits subjectifs au moyen notamment de la théorie de l'abus de droit. Or Emmanuel Lévy la considère comme « artificielle et théoriquement contradictoire »³. La démarche va alors être la suivante : établir les actions qui

¹ E. Lévy, *Preuve par titre...*, précité, n° 71, p. 108.

² V. J. Billemont, *op. cit.* p. 25.

³ « Responsabilité et contrat », précité, p. 364.

sortent du droit et déterminer quand il y a obligation « par rapport à nous »¹. Cette méthode va permettre à Emmanuel Lévy de découvrir un fondement commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle : elles sont mises en jeu quand est trompé le rapport de confiance légitime. Or, « la confiance qu'a la victime du dommage résulte d'une situation dans le cas de la responsabilité délictuelle, tandis que c'est la promesse faite par le débiteur qui entraîne la confiance chez le créancier dans le cas du contrat »².

Puisque le contrat est primitivement un rapport, « la confiance légitime est avant tout un besoin ressenti par les individus afin de pouvoir agir librement »³. Emmanuel Lévy en arrive alors à cette conclusion : « la responsabilité est proportionnelle à la confiance nécessaire »⁴. C'est une fois de plus, dans l'observation des solutions dégagées par la jurisprudence, que Lévy va pouvoir préciser la teneur de cette notion de confiance légitime. Pour ce faire, il a souvent recours à l'exemple suivant⁵ : j'achète un livre dans une boutique alors que le libraire n'en était pas propriétaire mais seulement dépositaire. Par négligence, ou intention de nuire, il me l'a vendu. Afin de pouvoir récupérer son bien, le véritable propriétaire devra m'indemniser. De ce fait, alors même que les conditions n'étaient pas réunies, il y a eu pour moi contrat de vente, car je pouvais croire légitimement que le livre appartenait au libraire, ce qui est assez naturel dans une librairie : « l'esprit du lieu me protège »⁶.

Dans tous ces cas, l'obligation oblige parce que la confiance créée en autrui l'exige. Dès lors, la confiance légitime de l'autre peut être comprise comme le véritable fondement de la force obligatoire du contrat.

103. La notion de confiance légitime. Si l'on accepte avec Huvelin que « la représentation est une idée ou croyance qui se forme autour de rites »⁷, on en arrive à la conclusion que la confiance légitime est un phénomène de cet ordre : il s'agit d'une croyance qui se forme autour du rite de la procédure contractuelle. L'on entend alors par croyance, l'action, le

¹ Ibidem p. 365.

² J. Billemont, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel Lévy*, op. cit. p. 29.

³ Idem.

⁴ E. Lévy, *Preuve par titre...*, précité, n° 71, p. 367.

⁵ E. Lévy, « La confiance légitime », *RTD civ.*, 1910, p. 720.

⁶ Idem. Il est en effet possible de remarquer que les conditions habituelles de formation des contrats peuvent ne pas être réunies alors même que le contrat produira ses effets obligatoires. De la sorte, il peut arriver qu'une personne n'ayant pas la capacité pour contracter (mineurs, adultes protégés) puisse être obligée si elle a pu faire croire à l'autre partie quelle était apte. Dans l'exemple ci-dessus, une vente ayant pour objet la chose d'autrui, en principe nulle pour défaut d'objet, pourra conférer à l'acquéreur la propriété au terme de la prescription, et en tout état de cause pourra suffire à triompher du possesseur n'ayant qu'une possession postérieure au contrat : on retrouve ici l'hypothèse de Lévy selon laquelle les droits ne sont pas transmis par contrat mais bien créés.

⁷ P. Huvelin, « Magie et droit individuel », *L'année sociologique*, 1905-1906, p. 2, cité par Billemont J., op. cit., p. 25.

fait de croire une chose vraie, vraisemblable ou possible, il convient d'accepter qu'un tel concept ne renvoie nullement à celui de vérité. La confiance, serait donc le fait de croire à quelque chose de déterminé, entretenant un rapport avec celui qui a confiance. Cette idée de rapport permet à Emmanuel Lévy de définir la faute comme « une violation d'un rapport de confiance née d'une promesse »¹. Dès lors, en étudiant profondément le rapport entretenu par les croyances liées aux contrats, Emmanuel Lévy aboutit à une affirmation récurrente : la volonté est un écho, « une étiquette de nos croyances, de nos représentations »² ; elle « n'apparaît aux autres que sous forme de représentation, de croyance »³. Ainsi la volonté contractuelle que la théorie classique place à l'origine de l'obligation, se trouve réduite à une croyance : une idée qui, *a priori*, n'entretient pas de rapport avec le vrai ou le faux. La volonté, entendue comme détermination psychologique et intérieure, ne peut être observée directement : « les actions, les écrits font présumer cette volonté ou son défaut »⁴. Selon l'auteur lyonnais, « il s'agit d'une façon de parler. Car une croyance ne se prouve pas, une croyance ne se constate pas, nous n'avons pas les appareils d'optique mentale, les instruments de psychologie sociale, qui permettent de lire dans la tête des gens leurs croyances »⁵ ; « nous ne lisons pas plus dans la cervelle les intentions que les croyances »⁶. La volition comme manifestation de la volonté se substitue à la volonté pure.

Toutefois, afin de donner à l'ensemble une rigueur nécessaire permettant notamment de mettre en jeu une contrainte, il faut ici avoir recours aux rites. Ainsi, dans la droite lignée des travaux de Durkheim⁷ où il convient d'analyser les faits externes permettant de symboliser la morale des individus, dans une dimension juridique, « on situe le génie du contrat dans une volonté qui n'ajoute, ni n'enlève rien à l'activité, qui n'en est que l'expression intellectuelle »⁸, « le contrat est le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée »⁹. Il semble, *a priori*, que cette activité soit la promesse faite par le débiteur, suscitant la confiance légitime d'autrui, du créancier, fondant ainsi l'obligation. Cependant, on ne peut faire résulter la confiance uniquement de la promesse, il faut également prendre en compte la situation dans laquelle les parties se trouvent, situation qui permet d'ajouter au contrat un élément objectif. Cette idée d'activité, qui permet de créer chez autrui une attente, est rattachée par Lévy,

¹ E. Lévy, « Responsabilité et contrat », p. 389.

² E. Lévy, « La transition du droit à la valeur », *Rev. de métaph. et de morale*, 1911, p. 414.

³ « La confiance légitime », précité, p. 720.

⁴ J. Billemont, *op. cit.*, p. 30.

⁵ L'affirmation du droit collectif, précité, p. 19.

⁶ Ibidem p. 21.

⁷ E. Durkheim, *De la division du travail social*, Thèse Lettres 1893, Paris, PUF 1930, 5ème éd. « Quadrige » 1998, spéc. première préface pp. XXXVII à XLIV et p. 28.

⁸ E. Lévy, « La confiance légitime », p. 720.

⁹ Idem.

lui-même, à la théorie allemande de la déclaration de volonté¹ : « le contrat, lorsqu'il sert de base à une créance, est une déclaration qui oblige »².

C'est ainsi cette activité unilatérale de déclaration qui se substitue à l'idée, selon l'auteur erronée, de rencontre de volontés. Il semble, ici, que l'obligation est fondée sur la confiance qu'a le créancier dans la promesse de l'activité du débiteur, manifestée de manière unilatérale. Autrement dit, par le truchement de sa déclaration unilatérale, le contractant manifeste sa croyance ; cette croyance, ainsi extériorisée, crée chez son cocontractant une attente légitime, en ce qu'elle s'appuie sur cette manifestation, fondement de l'obligation.

S'il est évident que le concept de confiance légitime d'autrui est le fondement de la force obligatoire, reste à déterminer, au-delà, la fonction d'un tel concept. Il s'agit ici d'expliquer en quoi la notion de confiance légitime offre une nouvelle vision du droit des contrats.

104. La dimension collective de la confiance légitime. L'appréhension du contrat relève chez Emmanuel Lévy d'une « théorie psychologique du droit »³. Or, il ne s'agit pas d'une psychologie individuelle. En effet, les états de conscience individuelle sont insondables. Dès lors, quand on cherche à connaître les intentions des parties à un contrat, l'on risque nécessairement d'aboutir à leur prêter des intentions qu'elles n'ont peut-être pas eues. Il est en effet nécessaire de dégager un référent, un critère afin de déterminer ce qui relève, ou non, de la confiance légitime. Or, un tel critère se doit d'être trouvé en dehors des intentions réelles des parties. Selon Emmanuel Lévy cela dépend « non de la confiance que nous avons, mais de celle qu'aurait, à notre place, tout autre personne ; en d'autres termes, elle dépend, non d'une situation déterminée ni d'une confiance déterminée, mais des croyances générales qui s'élaborent sur certaines situations »⁴, une conscience collective⁵.

Il est possible de démontrer la prévalence de la conscience collective sur celle des individus à travers le concept d'ordre public en matière contractuelle. Au moyen de l'article 6 du code civil le juge peut annuler des contrats qui ne seraient pas en adéquation avec la conscience commune. De la même manière, selon Lévy, les hypothèses de nullité pour dol, erreur, proviennent de la soumission des croyances individuelles à la croyance collective. Le raisonnement est alors le suivant : le juge est saisi d'un litige relatif à un contrat et, selon les

¹ Voir R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901.

² E. Lévy, « Le droit repose sur des croyances », *Quest. prat.*, 1909, p. 261.

³ E. Lévy, « Une théorie psychologique du droit dans la doctrine française », *RTD civ.*, 1911, p. 743.

⁴ E. Lévy, « Responsabilité et contrat », p. 394.

⁵ C'est ainsi dans une conscience collective, ce que l'on appellerait aujourd'hui une appréciation objective, voire *in abstracto*, que l'on peut définir ce que recouvre le concept de confiance légitime. Il semble résulter de tout ceci que les intérêts doivent être hiérarchisés en faveur d'une conscience collective.

principes, chargé de retrouver l'intention des parties. Or cette intention ne peut se percevoir, elle n'est que présumée et « ainsi c'est la conscience collective qui se reflète dans celle des cocontractants, [qui] est donc la véritable base de l'obligation »¹.

Il est alors possible d'estimer, « que cette conscience collective inspire la croyance individuelle, telle la confiance légitime née de la promesse. Nous avons vu précédemment qu'il y avait confiance chez le créancier à la suite de la promesse du débiteur. Pourtant, cette confiance ne formera l'obligation contractuelle que si elle correspond à la croyance collective : c'est en cela que la confiance peut être dite légitime »².

105. La difficulté relative à la légitimité. Dans un sens, le terme légitimité renvoie à la conformité au droit, à la règle. Néanmoins, dans un second sens, plus récent certes, il s'oppose à la légalité, en supposant l'existence, au-delà de la règle, d'une valeur : la justice, par exemple.

Nous savons que dans la pensée d'Emmanuel Lévy, le droit n'apparaît qu'à l'occasion d'un contact conflictuel : « le droit naît de sa violation »³. Il en résulte, fort logiquement, que le garant du droit, est l'Etat, qui assure la justice par l'usage de la force. En cela Lévy se rapproche de Max Weber qui considère l'Etat comme l'entité ayant le monopole de la violence légitime. Emmanuel Lévy affirme d'ailleurs : « là où existe, comme sanction légitime, la violence, il y a Etat »⁴. Toutefois, ce constat, qui tend à assimiler la légitimité à la légalité, peut être dépassé par une analyse de l'obligation à l'aune du juge.

Lévy observe en effet que « le contrat est une obligation qui oblige quand le juge décide qu'elle oblige »⁵. Il est vrai que ce sont effectivement les tribunaux et les cours qui disposent du pouvoir de rendre des décisions individuelles exécutoires auxquelles la force publique se doit de prêter main-forte. Cela amène Emmanuel Lévy à confier au juge le rôle d'interprète des croyances collectives : « on recherche l'intention des parties. Qu'est-ce à dire ? On recherche les intentions qu'elles ont dû avoir, qu'on ne voit pas, qu'on leur attribue ; la conscience collective se reflète dans celles des cocontractants »⁶. Toutefois Emmanuel Lévy voit ici l'écueil que peut représenter un tel pouvoir. Il redoute en effet la volonté du juge de revenir à la situation initiale par « protestation conservatrice »⁷. Ainsi, bien loin de remplacer les croyances des parties par sa

¹ E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », *RTD civ.*, 1903, p. 102.

² J. Billemont, *op. cit.*, p. 37.

³ E. Lévy, « Le droit repose sur des croyances », *Quest. prat.*, 1909, p. 103.

⁴ *Ibidem* p. 177.

⁵ *Ibidem* p. 260.

⁶ E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », *art. préc.*, p. 102.

⁷ E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, *op. cit.* p. 23.

propre croyance¹, le juge, dans une conception, cette fois-ci démocratique du droit, doit emprunter ses principes au milieu social. Plus encore, c'est le juge qui détient, pour ainsi dire, les clés de la légitimité, en se faisant la bouche, non plus de la loi comme dans la théorie classique, mais de la conscience collective : « il faut qu'ils (*les juges*) soient choisis de manière à être la conscience de tous les milieux sociaux »².

106. La critique de la légitimité. Ripert a été le premier à s'interroger sur les critères de légitimité dégagée par Emmanuel Lévy. Ripert reconnaît que la croyance, pour pouvoir produire du droit, doit être légitime car « la croyance peut créer un monde d'illusion »³. Mais il remarque aussitôt que pour Emmanuel Lévy, « la croyance légitime à la régularité d'un droit est la croyance à la normalité d'une activité [...]. Cette distinction du normal et de l'anormal, pure constatation de la fréquence des phénomènes, ne peut fournir aucun critérium de la valeur des actes »⁴. Dans la philosophie d'Emmanuel Lévy la croyance légitime ne trouve un terrain d'application que par la médiation du juge et de l'Etat or, pour Ripert cela conduit, « au positivisme le plus clair, à l'étatisme le plus simple »⁵.

Cependant, contrairement à ce que Ripert semble avancer, la légitimité chez Emmanuel Lévy, et donc la morale, ne se réduisent pas à la référence à des règles supérieures, comme le juste. Emmanuel Lévy affirme en effet « si, malgré ma croyance légitime en la régularité de mon droit, en la normalité de mon activité, j'étais responsable, si je courais des risques, il n'y aurait pas plus liberté sociale qu'il n'y aurait de liberté morale si j'étais trompé par la conscience que j'ai du bien et du mal »⁶. Il est évident que pour Emmanuel Lévy, c'est dans la liberté d'action que réside la morale. L'on sait que pour lui, la légitimité est la confiance nécessaire dont nous avons besoin pour agir librement. Par référence à une norme connue, l'individu doit avoir la liberté d'agir conformément ou non à cette norme, il doit pouvoir qualifier son activité. Ainsi Emmanuel Lévy cherche à faire reposer le contrat sur la liberté individuelle. Cette vision sociale de la liberté, tendant à placer autrui au centre d'une liberté contractuelle, a ainsi été résumée par Mme Monique Canto-Sperber : « la liberté de ne pas être frustré dans ses attentes légitimes »⁷.

¹ Ce qui, selon Lévy, se passe dans la théorie de la libre recherche scientifique de François Gény, qui aboutit à une conception aristocratique de la méthode juridique,

² E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », précité, p. 106.

³ G. Ripert, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Rev. crit.*, 1928, p. 26.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem p. 27.

⁶ E. Lévy, « Responsabilité et contrat, p. 378.

⁷ M. Canto-Sperber, *Les règles de la liberté*, Paris, Plon, 2003, p. 20.

De la sorte, la notion de confiance légitime semble relever d'un contenu variable permettant, à n'en pas douter, aux individus d'agir librement. C'est pourquoi on peut dire avec Lévy que le droit n'est que ce que l'on en fait : il est semblable à « ces auberges où l'on trouve ce que l'homme porte »¹. Cette confiance légitime ne relève pas d'une appréhension systémique mais se fonde avant tout sur l'observation de la pratique. Néanmoins, cette appréhension laisse dans le sombre le contenu réel de la notion en ne déterminant pas sa source.

B - Le contrat comme norme sociale

107. Le contrat comme échange social de valeurs. Le postulat d'Emmanuel Lévy est le suivant : au-delà du contenu *obligationnel* des conventions, il faut admettre que le rayonnement du contrat dépasse les parties. Pour justifier une telle analyse, il suffit d'affirmer, que le contrat n'est pas un simple producteur d'obligations pour les parties mais également une norme qui, en tant que telle, a sa place dans la hiérarchie des sources juridiques. Cette analyse tend à faire du contrat bien plus qu'un acte individuel isolé. L'analyse de la confiance légitime nous l'a parfaitement bien fait comprendre : l'hétéronomie à laquelle fait appel le juge afin de définir l'attente légitime, tend ainsi à remettre en cause la vision autonomiste du contrat.

Or, dans la pensée d'Emmanuel Lévy, l'hétéronomie contractuelle n'est que la première étape du raisonnement. La seconde étape « a pour but de montrer que le collectif est certes dans le contrat, mais également par le contrat »².

108. Le contrat, source de la confiance légitime. Le concept de confiance légitime relève encore d'une définition incertaine. Reste donc à se poser la question du critère de la légitimité. S'il est apparu nécessaire qu'elle demeure, dans une certaine mesure, indéterminée afin de laisser une place à la liberté de l'action humaine, il convient ici d'apporter des précisions sur le mécanisme de création de la légitimité à travers le concept de valeur tel que le développe Emmanuel Lévy.

Dans sa thèse, il note que la maxime *res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*, que l'on retrouve à l'article 1165 du code civil est, en fait, dépassée en pratique. Selon lui, la structure du capitalisme implique qu'une influence puisse se faire sentir au-delà du cercle contractuel.

¹ E. Lévy, « Le droit au service de l'action », *Archives de philosophie du droit*, 1935, p. 79.

² J. Billefont, *op. cit.*, p. 44.

Ainsi, le contrat d'assurance, confère des droits à des personnes n'ayant pas contracté, ce que l'on explique communément par l'effet d'une stipulation pour autrui¹.

Emmanuel Lévy va analyser précisément le concept de stipulation dans un article relatif aux marchés boursiers. Ainsi, le marché à terme se présente initialement comme un contrat de cession de parts sociales cotées en Bourse. Le prix de vente, n'est toutefois pas fixé par les parties elles-mêmes, mais par la référence à un cours, reflet de l'offre et de la demande. Pour lui, « le droit de chaque porteur grandit, diminue, disparaît sans qu'il fasse ni ne sache rien »². Il va même plus loin en affirmant que « les contrats passés en bourse créent et suppriment les droits de ceux qui n'ont pas contracté »³. Cette analyse du marché boursier va lui permettre d'analyser la controverse autour des conventions collectives. Il remarque en effet que le débat sur les conventions collectives se nourrit d'arguments qui lui sont particulièrement hostiles. L'un des principaux arguments se fonde sur le principe de l'effet relatif des conventions, ce qui tend à rejeter l'idée d'une convention pouvant obliger d'autres personnes que les parties signataires. Au moyen de son examen du fonctionnement de la bourse, Emmanuel Lévy peut opposer la pratique à une telle objection : « il faut renoncer à tenir pour faux, dans l'usine, des principes qui sont vrais à la bourse »⁴. Selon lui, les constructions théoriques qui permettent d'expliquer de tels faits à partir des concepts de stipulation pour autrui, ou de mandat, ne font qu'exprimer une croyance, formée à partir du fait du pouvoir ou de l'influence. Ainsi pour Lévy, « le mandat n'est qu'une représentation érigée autour de l'activité qu'est le pouvoir ou la fonction »⁵. Au final, l'examen de ces formes contractuelles lui permet de mettre en exergue ce qu'il appelle le milieu ou encore l'influence.

109. Les transformations de l'obligation. Selon Emmanuel Lévy, la notion d'obligation se trouve profondément modifiée par la société anonyme, forme privilégiée du capitalisme moderne⁶. Les actionnaires d'une société profitent des bénéfices, même s'ils sont sans rapport

¹ Article 1121 du code civil.

² E. Lévy, « Le contrat collectif à la Bourse et à l'Usine », *Rev. socialiste*, 1906, p. 37.

³ E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », précité, p. 103.

⁴ E. Lévy, « Le contrat collectif à la Bourse et à l'Usine », *Rev. socialiste*, 1906, p. 40.

⁵ J. Billemont, op. cit. p. 47.

⁶ Il remarque, au début du XX^{ème} siècle, que la transformation de l'économie française, à la base principalement agricole et désormais principalement industrielle, a permis l'évolution du concept de possession. Il est convenu d'affirmer que dans une société principalement rurale où la principale source de référence est la terre, la propriété immobilière est l'institution juridique par excellence. A rebours, le développement de la production industrielle, en raison du besoin d'investissements massifs, engendre une meilleure organisation de la production : les individus se regroupent pour former une entité distincte d'eux-mêmes. Ainsi pour Lévy, la société anonyme est la forme privilégiée du capitalisme moderne : « dans les sociétés anonymes, qui sont une forme plus active de la vie capitaliste, il n'y a pas de propriétaire, il n'y a que des créanciers ; et les associés de la société anonyme ne sont pas obligés sur leur propre patrimoine ; seul le patrimoine social répond des obligations sociales » (Lévy E., «

avec la somme risquée ; si à l'inverse, les pertes sont grandes, seule la société est débitrice et les associés ne seront tenus qu'à l'auteur de leurs investissements. Emmanuel Lévy en dégage l'évolution suivante : l'adoucissement du traitement réservé aux débiteurs : « si ce dernier était d'abord tenu sur son corps, il l'a été ensuite sur ses biens, puis l'organisation du capitalisme a fait que seule une partie du patrimoine a été le gage de créanciers, au moyen de la création de sociétés anonymes, à la responsabilité illimitée aux apports »¹. Lévy en conclut que « l'obligation de moins en moins nous oblige »². Par ricochet, il est logique que la responsabilité contractuelle évolue à ce titre. La sanction du non-respect de l'obligation n'aura plus lieu au moyen de la contrainte étatique et sera remplacée par une sanction sociale : la perte de confiance ou de crédit.

Si l'idée du collectif se manifeste au sein de l'acte individuel par le recours à la notion de confiance légitime, il est également vrai pour Emmanuel Lévy que, de manière plus originale, le contrat est susceptible d'avoir un impact social, au-delà des simples parties à la convention ; cette manifestation, contraire à la théorie classique, s'explique grâce au concept de valeur³.

L'exercice du droit collectif », précité, p. 98.) De la sorte, les associés de la société ne sont plus propriétaires directs des instruments de production mais en sont les simples créanciers : ils n'ont de droits que sur les valeurs représentant des fractions de possession matérielle.

¹ J. Billemont, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel Lévy*, op. cit., p. 48.

² E. Lévy, « L'affirmation du droit collectif », précité, p. 27.

³ Emmanuel Lévy, dans ses écrits, a souvent recours au concept de valeur. Elle est le fruit de la transformation de l'économie, d'une structure agricole à une structure industrielle. Dans le cadre d'une telle mutation, le droit à des valeurs a été substitué à des droits sur les choses : « la vie commerciale et industrielle remplace la notion de possession par la notion de valeur. On n'y considère pas les biens en eux-mêmes et pour la jouissance qu'ils donnent, on les considère au point de vue des bénéfices qu'ils procurent. Les choses ne sont pas ce qu'elles sont, mais ce qu'elles valent » (E. Lévy, « Le droit repose sur des croyances », *Quest. prat.*, 1909, p. 256).

Dès lors, l'on peut se demander s'il est réellement possible d'affirmer qu'il existe un droit sur la valeur. Si le droit aux dividendes, contrairement à toute possession, dépend uniquement de la production, des mauvais résultats peuvent engendrer l'absence de dividendes. Pour Lévy il ne va donc pas s'agir d'un droit acquis : « l'action est une valeur ; elle n'est ni un droit réel ni un droit personnel » (E. Lévy, « La transition du droit à la valeur », *Rev. de métaph. et de morale*, 1911, p. 412). Il ajoute : « dans le régime des valeurs, pas de droit acquis ; une crise et le dividende est nul : la cause de l'activité des hommes qui travaillent, qui mangent, le milieu » (Ibidem p. 413). La valeur n'est alors plus sous le contrôle des individus particuliers, mais repose sur la référence à un cours, qui d'après Emmanuel Lévy « est selon l'opinion » (Ibidem p. 414). Cette influence du cours, peut être comprise comme « l'expression de la présence de la conscience collective au sein des rapports particuliers » (Billemont J., op. cit. p. 50).

Il ressort d'une telle analyse la confrontation de deux régimes : un ordre économique, représenté par la valeur, et le régime de la possession. Dans le premier de ces régimes, les rapports de valeur se sont imposés face aux droits acquis. Selon Lévy, le rôle de l'État ne peut que s'en retrouver bouleversé, ainsi que la notion de droits subjectifs : « le droit devient perpétuellement en rupture, comme il est déjà dans le régime des propriétés lorsqu'il s'affirme, qu'il demande justice ; il est d'une manière constante comme il est né lorsque les procédures ont protégé contre les dépossessions ; mais il n'y a plus possibilité de réparation, de restitution ; l'Etat va en avant, comme est vers l'avenir la créance, croyance, espoir, assurance que le temps fait, défait » (Lévy E., « Le lien juridique », *Rev. de métaph. et de morale*, 1910, p. 826).

Le rôle de l'Etat était en effet classique dans le système de possession : il consistait à garantir cette dernière contre tout risque d'usurpation par des tiers, garantir l'éviction. Dans un système où les valeurs priment, l'Etat semble passer à un plan secondaire. Il devient un arbitre qui devra trancher les conflits, non par égard à un droit acquis, stable, « mais en s'inspirant de l'état des forces en présence et de la solution la plus souhaitable à donner aux litiges » (Billemont J., op. cit. p. 50.). Le bouleversement est alors le suivant : l'Etat n'a plus, en principe, à intervenir dans la transformation de la croyance en droit, cette conversion étant assurée par la valeur.

110. Etalon de la valeur. Fort logiquement, Emmanuel Lévy considère que l'argent est la traduction pratique de la valeur : « ainsi la valeur se manifeste sous forme de monnaie métallique, et, même, de papiers, billets de banque, lettres de change, actions, obligations de sociétés, etc., monnaie qui n'est pour ainsi dire rien comme objet d'usage, papier qui n'est que du papier, mais argent, les papiers, qui ont une valeur, qui sont des valeurs »¹.

Ainsi, la notion de valeur est l'expression juridique de la conscience collective. En effet, « puisque l'on a pu définir le droit comme l'expression des croyances communes, et que l'on remarque le lien indissociable entre l'argent et le droit, on peut compléter le raisonnement en émettant la conclusion suivante : la valeur, l'argent, sont la traduction juridique des croyances »². Il n'est d'ailleurs pas étonnant qu'Emmanuel Lévy qualifie l'argent « d'idole de la foi économique »³. Reste alors à déterminer avec précision le rôle du contrat dans la circulation de la valeur.

111. Le contrat comme producteur de valeur. Pour Emmanuel Lévy, « le contrat est la procédure de la confiance devenant la procédure des échanges »⁴. Une telle acception tend principalement à faire du contrat un instrument économique permettant la circulation des richesses. Le lien entre valeur et contrat va ainsi être facilement défini : la capacité d'échanges de biens va directement influencer sur sa valeur. Dans la pratique, la valeur va se traduire par un prix, exprimé dans une monnaie. Selon Lévy, ce prix est l'élément juridique du contrat, entièrement destiné à la circulation. Si l'on accepte avec lui que le contrat est l'expression d'un contact social et qu'il crée des droits qui sont des rapports, il convient d'affirmer que ce qui se transmet dans le cadre d'un contrat, n'est pas le droit, mais la valeur : « c'est le marché qui fait le prix. Ce marché qui fait le prix, ce sont les droits qui circulent »⁵. En tant que référent stable, le prix devient une croyance : il faut ici réduire le réel à des dénominateurs communs afin qu'il soit compris⁶. Une telle vision ne demeure pas fondamentalement abstraite dans la mesure où l'individu va trouver sa place dans ce rapport de valeur. D'après Lévy, le patrimoine « constitue la personnalité juridique en tant qu'elle est obligée »⁷. Il est donc l'ensemble des biens objets des mêmes rapports juridiques, qui sont des rapports de confiance légitime puisque « le patrimoine dépend donc de la personne et de la confiance qui se rattache à elle »⁸. Il en dérivera, logiquement, que la personne

¹ E. Lévy, « Le droit repose sur des croyances », *Quest. prat.*, 1909, p. 256.

² J. Billemont, op. cit. p. 51.

³ E. Lévy, « La personne et le patrimoine », *Rev. socialiste*, 1911, p. 548.

⁴ E. Lévy, « Définition du contrat », *RTD civ.*, 1930, p. 273

⁵ E. Lévy, *La paix par la justice*, 1929, repris in *Les fondements du droit*, Paris, Giard, 1939, p. 134.

⁶ Le prix est un de ces dénominateurs car il permet de faire équivaloir des choses n'ayant rien de semblable, mais qui sont comparables dans la mesure où elles correspondent à une quantité de monnaie identique.

⁷ E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », précité, p. 98.

⁸ J. Billemont, op. cit. p. 56.

est la confiance légitime : « c'est le point central d'où provient et où va la confiance »¹. Ainsi, la confiance légitime est plus que le fondement de la force obligatoire des contrats, entendue comme expression de règles contraignantes, remettant en cause le pouvoir de la volonté. Roger Cotterel affirme en effet qu'Emmanuel Lévy « insiste moins sur l'idée de représentation collective ou d'une conscience collective qui pèserait sur les individus, les contrôlant ainsi. Il suggère au contraire que les individus, se rejoignant et partageant leurs idées et leurs sentiments, créent eux-mêmes les croyances collectives qui ensuite orienteront leur existence particulière »² : l'altérité est interindividuelle plus que sociale.

Par conséquent, si l'on se place du point de vue collectif, le concept de confiance légitime, enrichi par la notion de valeur, se présente comme un appareil de contrainte autonome. Dès lors l'Etat n'a plus ce rôle d'indispensable relais des croyances sociales pour produire le droit. La production apparaît directe au moyen du rayonnement contractuel ; la vision sociale libérale d'Emmanuel Lévy peut ainsi se résumer dans l'une de ses réflexions : « plus nous sommes regardés comme plus dépendants moralement de notre prochain, et plus nous sommes protégés, et plus notre personne est juridiquement respectée : tout ce qui augmente la responsabilité augmente ainsi notre liberté »³. Lévy formule ce que la pensée existentialiste a mis en exergue tout au long du XXème siècle : plus l'on a conscience de notre dépendance à l'autre, plus on est libre.

Emmanuel Lévy en vient donc fort logiquement à appréhender le contrat non comme un haut lieu d'antagonismes mais telle une opportunité de socialisation.

112. La socialisation de la valeur contractuelle : le rayonnement contractuel. D'âme socialiste, Lévy tend à faire du contrat un lieu de pacification des relations sociales. La dualité de cet acte juridique se retrouve particulièrement dans les contrats synallagmatiques où chaque contractant est à la fois créancier et débiteur, l'altérité est, abstraitement, réciproque. De manière plus générale, si l'on est débiteur dans une convention, on peut être créancier en vertu d'une autre : ceci devrait amener chaque citoyen à voir en autrui un homme égal : « le contrat est contradiction, contradiction. Il est créance à quoi on aspire et créance qu'on inspire, la personne active et passive »⁴. Puisque les créances s'expriment par une valeur devant être le fruit d'une croyance collective, il devient possible de quantifier tous les biens et donc de les rapprocher : l'attente légitime dans l'altérité devrait, ainsi, être une source de rapprochement entre les hommes

¹ Idem.

² R. Cotterell, *Emile Durkheim : law in a moral domain*, Edinburgh University Press, 1999, p. 189.

³ E. Lévy, « Responsabilité et contrat, p. 397.

⁴ E. Lévy, *Introduction au droit naturel*, 1922, repris in *Les fondements du droit*, p. 97.

puisque « la valeur, par son uniformité, permet le contact »¹. Il ressort, en outre, de la confiance légitime, par le truchement de la notion de valeur, une détermination du rôle du droit dans l'activité sociale : « au moyen de la quantification de faits moraux, le droit autorise la saisie du réel discontinu au moyen d'instruments continus »².

Si, de l'aveu même de Lévy, les contrats individuels sont amenés à disparaître devant le contrat collectif, et ce dans le but de ne plus mettre en œuvre de responsabilité individuelle, il est possible de partager avec M. Didry la déception de voir disparaître les contrats individuels synonymes de « garantie sociale »³.

Au-delà de cette perspective, à n'en pas douter, surannée, il convient de reconnaître la pertinence de l'analyse du contrat effectuée par Lévy quand celui-ci le présente comme une représentation des croyances sociales. En mettant au centre de l'analyse du contrat interindividuel, le concept d'attente légitime, Emmanuel Lévy déplace l'épicentre de la force obligatoire du sujet vers son autre : c'est ainsi dans la légitime attente, que le promettant crée chez son créancier, que se manifeste la véritable force obligatoire du contrat.

Par conséquent, ce n'est plus parce que je veux m'engager que je suis engagé, mais car en m'engageant, j'ai créé chez autrui une légitime expectative que je ne dois pas tromper. Tel est, au demeurant, l'analyse que va conserver Xavier Dieux dans son étude sur le respect des anticipations légitimes d'autrui.

¹ J. Billemont, op. cit. p. 58.

² Idem. La pleine expression du caractère social du contrat semble correspondre dans la pensée de Lévy à la formalisation d'un véritable contrat collectif qui doit être, selon lui, mis en œuvre, principalement en matière de relations de travail.

Jusqu'au XX^{ème} siècle, le travail n'est régi que par un unique article du code civil, l'article 1781, réglementant le contrat de louage d'ouvrage d'industrie, forme particulière du contrat de louage. Dans la logique du code, cela revient à considérer que le contrat de travail est soumis au droit commun des contrats d'une part, et au droit du contrat de louage de choses, d'autre part. Dès lors, les principes relatifs à la liberté contractuelle, dégagés par l'autonomie de la volonté, vont s'appliquer : l'employeur et l'ouvrier sont ainsi considérés comme des individus contractants librement. Par conséquent, cloisonné dans des relations interindividuelles, le travail ne peut se présenter comme une véritable valeur puisqu'il ne permet à l'ouvrier que de bénéficier d'une rémunération minimale. Aussi faudra-t-il attendre la reconnaissance légale du droit de grève et des syndicats professionnels, pour que le travail entre réellement dans l'époque du contrat collectif. Selon Lévy, « la grève crée une situation nouvelle » (E. Lévy, « La grève et le contrat », *Rev. socialiste*, 1911, p. 126) ayant pour effet d'annuler les contrats individuels et de les remplacer par un contrat collectif qui a pour fonction de définir la valeur du travail offert par la collectivité des salariés. Si le juge se fait dans un premier temps arbitre, il disparaît dans un second temps pour laisser place à une réglementation professionnelle des différents litiges afférents au travail.

Or, pour que le contrat collectif puisse libérer les ouvriers de l'emprise physique qui pesait sur eux, il doit concerner tous les ouvriers d'une profession, à savoir les personnes physiques signataires, ou les membres de la personne morale partie au contrat. Dans le cas contraire, il serait toujours possible à l'employeur de recourir à des ouvriers qui ne sont pas concernés par l'accord, ce qui lui permettrait de contourner l'application du contrat collectif. Ainsi, « le travail change de statut : de marchandises, il devient une valeur » (J. Billemont, op. cit. p. 58).

³ C. Didry, « Emmanuel Lévy et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations », art. précit. p. 9.

§ 2 - L’anticipation légitime d’autrui dans la pensée de Xavier Dieux

113. Prolongeant l’œuvre d’Emmanuel Lévy en la libérant du carcan idéologique, le professeur belge Xavier Dieux conceptualise dans sa thèse¹ publiée en 1995 l’anticipation légitime d’autrui comme fondement de la force obligatoire des contrats. Pour y parvenir, celui-ci prend appui sur la problématique générale de la responsabilité (A) afin de mettre en perspective l’évidence de sa conceptualisation au regard de la police des contrats (B).

A – L’altérité dans la responsabilité, point de départ de la problématique

114. A partir d’une lecture du rôle moderne exercé par la bonne foi, il semble possible de dériver une perception du concept de responsabilité directement liée aux intérêts en présence (2). La bonne foi, comme loyauté envers autrui, semble ainsi livrer la clef de la responsabilité (1) : tout se passe comme s’il s’agissait de déterminer si autrui pouvait légitimement s’attendre à ce que l’auteur d’un fait dommageable agît autrement.

1 – La bonne foi orientée vers autrui

115. Faute civile et bonne foi. M. Xavier Dieux observe tout d’abord, que dans l’histoire du droit des obligations, il n’est de concept ayant connu une histoire aussi glorieuse que la bonne foi. En effet, pendant longtemps, en raison de sa dispersion dans le code, elle ne fut promise à aucune destinée d’importance. Ses fonctions, marginales au demeurant, se résumaient ainsi : dans une démarche subjective, elle qualifie l’état d’esprit d’un individu, parfois pour excuser son ignorance², pour justifier un profit obtenu au détriment d’autrui³, ou encore pour étalonner les sanctions qui lui seront applicables⁴. L’autre dimension de la bonne foi, se manifestait essentiellement dans une dimension interprétative de la volonté des parties en matière contractuelle comme l’indique classiquement l’alinéa 3 de l’article 1134.

¹ X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d’autrui – Essai sur la genèse d’un principe général de droit*, Collection de la Faculté de Droit de l’Université libre de Bruxelles, Bruylant et LGDJ, 1995.

² Art 1240 C. civ. concernant la validité d’un paiement fait à un créancier apparent.

³ Art 550 du code civil concernant le droit d’accession du possesseur de bonne foi, et les articles 2272, 2274 et 2275 du code civil (respectivement anciens articles 2265 [modifié], 2268 et 2269) quant au principe de la prescription acquisitive en matière immobilière (modifications issues de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008 p. 9856).

⁴ Articles 1150 et s. en matière contractuelle ; art 1244-1 (implicitement) concernant le terme de grâce, l’article 1378 à propos de la répétition de l’indu...

La bonne foi a cependant changé de visage et de très nombreux auteurs lui reconnaissent désormais la valeur d'une « véritable norme objective de comportement »¹. En vertu de celle-ci, chacun serait tenu de se comporter raisonnablement, loyalement, honnêtement ou équitablement envers les autres. Ainsi, aux yeux des promoteurs de cette nouvelle conception, le juge pourrait en son nom aménager les droits et obligations des parties en les complétant ou en les limitant. M. le professeur Dieux remarque alors qu'il s'agit ici, à n'en pas douter, d'un « écho amplifié au principe de solidarité autrefois professé par Demogue à l'encontre des postulats individualistes du code civil »². Cette nouvelle maxime imposerait ainsi « à chaque partie à une relation juridique de se laisser guider aussi par les intérêts légitimes de l'autre partie »³. Certains auteurs français en sont venus à constater, sans pour autant que tous l'appellent de leurs vœux, l'apparition d'un « *affectio contractus* » dont l'« *affectio societatis* » ne serait en droit des sociétés qu'une plus intense illustration⁴.

Selon l'auteur belge, un tel essor peut néanmoins être comparé à celui qu'a connu la faute civile extracontractuelle⁵. La plasticité de la faute aquilienne a permis à la doctrine et à la jurisprudence « de compléter par un devoir général de prudence, de vigilance et d'attention moyenne aux intérêts légitimes d'autrui, l'obligation de se conformer aux lois et règlements énonçant des règles de conduite déterminées »⁶. L'on sait que cet « envahissement » du droit positif par la responsabilité civile fut décrié par certains auteurs au nom des prémisses libérales sur lequel est censé avoir été construit notre système juridique⁷. Or, la bonne foi est naturellement encline à s'exposer aux mêmes critiques. En raison de ses contours pour le moins

¹ X. Dieux, op. cit., p.18.

² Ibidem p. 19.

³ M-E Storme, « La bonne foi dans la formation des contrats » – Rapport néerlandais aux *Journées louisianaises de l'Association Capitant*, 1992 t. XLIII p. 163.

⁴ R. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » *Mélanges Marty*, 1978, p. 235.

⁵ Faute que les civilistes belges appellent communément faute aquilienne en référence à la loi Aquilia.

La loi Aquilia, déjà connue de Junius Brutus (D., 9, 2, fr., 27, 22), est, en réalité, un plébiscite, voté sur la proposition d'Aquilus, qui fut tribun du peuple en l'année 572 de la fondation de Rome, et ensuite préteur de Sicile en 577. Ainsi, la loi Aquilia, adoptée entre -289 et -286 ans avant J-C, substitua, d'une part, aux amendes fixes, une peine proportionnelle au dommage causé, et, d'autre part, punit sévèrement la contestation mensongère de faits d'autant plus difficiles à prouver qu'ils se passaient fréquemment à la campagne, en dehors de la présence du propriétaire.

La loi Aquilia, malgré son domaine d'application relativement large, ne pouvait servir à réprimer tous les dommages causés à autrui en raison de son interprétation stricte ; toutefois, le préteur et les jurisconsultes, à l'aide d'actions utiles, ont sanctionné un grand nombre d'autres faits dommageables. Le droit romain n'a néanmoins jamais connu un principe aussi général que celui posé par l'art. 1382 de notre code civil. Voir R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, *Les Obligations*, 3e éd., Domat-Montchrestien, Paris, 1944, n° 41, pp. 67-68.

⁶ X. Dieux, op. cit., p. 20.

⁷ H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe général de responsabilité civile » DH, 1935 chron. p. 5.

incertains et de « sa connotation morale accusée »¹, elle suscite la méfiance de tous ceux redoutant « le gouvernement des juges »².

Dans la même logique, M. Xavier Dieux remarque que la doctrine a souvent mis en exergue le fait que « la révision des contrats sur la base d'une norme objective, comme telle étrangère à l'intention réelle des parties, est difficilement compatible avec le principe de l'autonomie de la volonté »³.

Il est certain, pour cet auteur, que la crise de la responsabilité civile classique, auparavant déduite de l'apparition de responsabilités sans faute et de régimes spéciaux de responsabilité, se double d'une désaffectation de la faute aquilienne au profit de la bonne foi. Deux exemples sont pour lui pathognomoniques de cet affaiblissement.

116. L'exemple de l'abus de droit. Il est en la matière constant que ce sont les principes généraux de la responsabilité extracontractuelle qui ont servi à la longue maturation de cette théorie. Dans une proposition qui rappelle les décisions de la Cour de cassation française, la Haute juridiction belge a ainsi affirmé que « l'abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec l'intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »⁴. De cette assertion, M. Xavier Dieux déduit une synthèse en affirmant que « conformément aux critères de la faute aquilienne [...] le juge peut sanctionner le manque de considération excessif pour les intérêts légitimes d'autrui, dont le titulaire d'un droit se rend coupable en l'exerçant comme il le fait »⁵.

Cette violation, qui rappelle dans une certaine mesure les critères de la faute d'imprévoyance, trouve également un terrain propice à sa mise en œuvre dans le domaine contractuel. Ainsi, lorsque la Cour de cassation belge sanctionne l'abus d'un droit en mettant l'accent sur la disproportion entre l'avantage que le titulaire du droit retire de son exercice et la charge qu'il impose à autrui, « le standard de comportement [...] est fondamentalement le même »⁶. L'abus de droit, qu'il soit contractuel ou non, est sanctionné lorsque son titulaire manifeste son désintérêt pour les inconvénients qu'il est amené à causer à autrui. Il n'est dès lors

¹ Dieux X. op. cit p. 20.

² Ph. Malaurie et L. Aynès, déjà in *Droit civil Les obligations*, Cujas, 1993-94, n° 662. Plus nuancés in *Les obligations*, avec M. Stoffel-Munck, Def., 2007, 3^{ème} éd., n° 764.

³ X. Dieux, op. cit p. 21.

⁴ Cour de cassation belge 10 septembre 1971, Pasirisie 1972, I, 28, note WG.

⁵ X. Dieux, op. cit p. 23.

⁶ Ibidem p. 24-25.

pas étonnant que l’intention de nuire ou le détournement du droit de sa finalité se rencontrent tout à la fois en matières contractuelle et délictuelle¹.

Il est une autre démonstration de l’inclination actuelle à privilégier la bonne foi à la faute extracontractuelle : la responsabilité précontractuelle.

117. Le parangon de la responsabilité précontractuelle. Si traditionnellement la « *culpa in contrahendo* » au stade des pourparlers était sanctionnée en droit belge sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, cette dernière devrait, selon le professeur Dieux, être également rattachée à la bonne foi. Il est ici aisé de mettre en avant le fait que la faute au stade des négociations n’entraîne que l’allocation de dommages et intérêts là où la responsabilité civile classique consacre le principe de la réparation en nature. Toutefois, il est tout aussi aisé de noter que ce n’est pas la rupture qui est fautive mais ses circonstances.

La doctrine ajoute « que la loyauté que chaque partie aux pourparlers est en droit d’attendre de l’autre tient, autant dans son principe que dans son intensité – variable selon les espèces – à la relation particulière de confiance que l’engagement de négociations comporte »². Une fois de plus, l’on avance ici que les critères de la faute aquilienne seraient trop abstraits (modèle du *bonus pater familias*) pour prendre en considération la spécificité de cette situation. Si ces arguments n’emportent pas la conviction du juriste belge, ils exposent clairement la tendance de la doctrine belge à privilégier la bonne foi là où auparavant la responsabilité aquilienne constituait un terrain fertile. Ce mouvement doctrinal et jurisprudentiel va néanmoins être l’occasion de repenser cette responsabilité à la lumière d’un nouveau concept.

2 - La responsabilité comme déséquilibre illégitime

118. La limite des droits. Selon M. le professeur Dieux, l’essor de la bonne foi, qu’il soit souhaité ou critiqué, a permis de remettre au goût du jour la nécessaire réflexion sur la responsabilité au sens général. Pour déterminer ce que recoupe cette notion de responsabilité au sens le plus large, il prend appui sur M. le professeur Van Ryn : « Ce problème se ramène à celui de la limite des droits³. L’auteur d’un dommage s’est-il conduit comme il devait le faire ? La victime avait-elle, dans les circonstances où s’est produit le dommage, le droit de compter que

¹ Toutefois, depuis le 16 décembre 1982, la Cour de cassation belge considère que c’est dans l’article 1134 alinéa 3 du code civil et dans l’impératif de bonne foi que l’abus d’un droit contractuel trouve son fondement juridique (Pasicrisie, 1983, I, 472).

² X. Dieux, op. cit p. 27.

³ Qui ressemble d’avantage à une limitation de la liberté de l’un au regard de la liberté d’autrui sur le terrain purement juridique.

l'auteur de ce dernier se serait comporté de manière à l'éviter ? Tout se ramène, en somme, à savoir si l'auteur de l'acte dommageable avait le droit d'agir comme il l'a fait, ou si, au contraire, la victime avait le droit de compter que son adversaire aurait agi autrement »¹. Si la situation précédant la réalisation d'un dommage est considérée comme un équilibre, la question qu'il convient de résoudre est la suivante : le déséquilibre occasionné par l'auteur du dommage est-il de nature à engager sa responsabilité ? Pour y répondre, il est, notamment, proposé d'analyser le déséquilibre au regard de l'intérêt d'autrui à ce que l'équilibre demeure : il faut se demander si l'autre de la relation pouvait légitimement anticiper que la stabilité antérieure soit conservée.

La responsabilité aquilienne propose, à n'en pas douter, une réponse à cette interrogation en affirmant que celui qui a commis une faute causant un dommage doit le réparer. A partir du moment où il est possible d'imputer à un individu un comportement illicite, celui-ci doit en répondre. L'idée qui fonde ce droit à réparation, alors que l'auteur n'a pas voulu s'engager, réside dans le fait que s'il l'avait voulu, le responsable pouvait éviter le préjudice par un comportement autre : l'auteur est donc « coupable de ne pas l'avoir fait »². Dès lors, il est logique d'affirmer que la responsabilité délictuelle, comme la responsabilité contractuelle, est une responsabilité subjective.

Au demeurant, la théorie de la bonne foi ne semble pas rompre avec cette conception lorsqu'elle ajoute aux articles 1382 et 1383 de nouvelles exigences telles qu'une conduite équitable, raisonnable, loyale ou pondérée : « la limite des droits qui résulte de cette addition demeure conçue comme une contrainte imposant à chacun de réfréner sa liberté d'action pour éviter de porter atteinte aux intérêts d'autrui, dès lors qu'ils sont jugés dignes de protection, et c'est parce qu'il sera coupable d'avoir enfreint ce devoir, que, celui dont le comportement aura été, dans ce sens objectif, jugé contraire à la bonne foi, sera sanctionné »³.

119. La limite des droits et la victime. Dans la position de M. le professeur Van Ryn, l'existence de la faute résulte de la transgression d'une limite. Toutefois en énonçant également que la limite des droits doit pareillement être appréhendée à l'aune de la victime, l'auteur ébauche en fait une nouvelle conception de la responsabilité. Si l'on considère qu'il faut apprécier si la victime avait le droit d'attendre de la part de l'auteur du fait générateur de

¹ J. Van Ryn et X. Dieux, « La bonne foi dans le droit des obligations », *Journal des tribunaux* (J.T), 1991, p. 289, sub. II.

² X. Dieux, op. cit p. 30.

³ X. Dieux, op. cit. p. 30-31.

préjudice qu’il se conduise différemment, l’on attribue « un effet créateur de droit à la confiance accordée par quelqu’un à tel élément »¹.

Dans cette vision des choses, c’est « l’état d’esprit d’autrui »² qui a pour effet de créer en lui une attente protégée juridiquement, et ce, indépendamment de toute imputabilité à celui qui devra en répondre³.

Toutefois, cette conception semble antagoniste avec celle développée en matière de responsabilité délictuelle : la problématique de la limite des droits du point de vue de la victime est principalement une problématique objective alors que la responsabilité est classiquement désignée comme une problématique liée à la culpabilité, donc ontologiquement subjective. Cet antagonisme n’existe qu’en raison d’une exagération réductrice du problème de la responsabilité contenue aux articles 1382 et 1383 du code civil : en assimilant responsabilité civile et responsabilité aquilienne l’on court le risque de n’appréhender la responsabilité qu’à l’aune d’une faute.

En se référant à Michel Villey, l’on peut prétendre, de manière générique, que « sont responsables tous ceux qui peuvent être convoqués devant quelque tribunal, parce que pèse sur eux une certaine obligation, que leur dette procède ou non d’un acte de leur volonté libre. Nous qualifierons ce premier sens d’authentiquement juridique. Pour nous juristes, c’est le meilleur bien que le plus ancien »⁴. De cette approche, M. Xavier Dieux déduit que « la fonction primordiale de la responsabilité civile n’est pas plus exclusivement réparatrice que répressive ou préventive des comportements anti-sociaux, et qu’en désignant le titulaire de l’obligation à la dette, le droit objectif tend à assurer l’exécution de celle-ci comme telle, autant sinon davantage que la compensation résultant de son inexécution »⁵. Pour lui, une telle formulation tend à poser le problème de la justice, non dans une dimension morale, mais dans une dimension purement juridique en dépassant la notion de faute de sorte que, parfois, l’instauration d’un système de responsabilité objective peut s’avérer plus approprié. Dans cette mesure, l’on ne peut que remarquer le rapport étroit que la responsabilité entretient avec la bonne foi dans son second aspect, une loyauté envers autrui.

L’opinion de M. Dieux est alors de croire que ce n’est pas tant dans le sujet que l’on doit chercher le fondement d’une obligation mais plutôt dans le chef de celui qui en devient créancier,

¹ X. Dieux, op. cit. p. 31.

² Idem.

³ Il est intéressant de remarquer que c’est une vision maximaliste de cette doctrine que l’on retrouve en droit français, comme en droit belge, dans la théorie de l’apparence : M.-N. Jobard-Bachelier, *L’apparence en droit international privé*, thèse, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1984.

⁴ M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable » *Arch. Phil. Droit* 1977, p. 45.

⁵ X. Dieux, op. cit. p. 34.

autrui. Telle est, au demeurant, la représentation que l'on peut se faire de la force obligatoire des contrats et de la police des contrats qu'elle induit.

B – La force obligatoire et la police des contrats à la lumière de l'anticipation légitime d'autrui

120. L'apport principal de Xavier Dieux est d'appréhender autrui comme le véritable épïcéntré de la force obligatoire des contrats (1). Ainsi, au moyen de la confiance d'autrui, l'on peut parvenir à amorcer une véritable théorie limitative des droits contractuels (2).

1 – Autrui, siège de la force obligatoire

121. La confiance en l'autre comme fondement de la force obligatoire. Il est constant que lorsque l'on se penche sur l'origine de la force obligatoire des contrats, l'alternative se retrouve toujours être la suivante : soit l'on considère que le contrat est le fruit exclusif de la rencontre de deux volontés humaines responsables, autonomes et par-là seules créatrices de droits et obligations, soit l'on opte pour la théorie selon laquelle la volonté humaine ne peut avoir d'effet que parce que la loi lui attribue cette vertu. Selon M. le professeur Dieux, cette vision n'est que relative et l'essor récent de la bonne foi, envisagée comme une contrainte pour ce système, ne fait que renforcer cette idée.

En effet, cette alternative « laisse ouverte la question de savoir pourquoi le respect de la parole donnée est sorti du domaine de la morale, individuelle ou sociale, pour acquérir la dimension juridique que le droit lui confère »¹. Il convient de rechercher la cause de cette transformation ailleurs et plus précisément en l'autre : « ce n'est pas tant la volonté du débiteur de s'obliger qui justifie, au fond, que le droit objectif accorde sa sanction à la promesse faite par lui à l'autre partie contractante, que la confiance que cette dernière est désormais fondée à placer dans les suites qui y seront réservées par le débiteur »². Cette acception est connue en droit suisse à travers la théorie de la confiance³ ; on la retrouve également en droit américain à travers la conceptualisation du *reasonable man*, en Italie dans les travaux de Gorla⁴ et en France où elle possède une antériorité dans les travaux d'Emmanuel Lévy. Au milieu des années 1990

¹ X. Dieux, op. cit. p. 96.

² X. Dieux, op. cit. p. 96.

³ Notamment développée dans une thèse écrite par R. Patry intitulée *Le principe de la confiance et la formation des contrats en droit suisse*, Imprimerie du journal de Genève, Genève, 1953.

⁴ G. Gorla, *Il Contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo, comparative e casistico*, Milano, Giuffrè, 2 vol. 1954.

d'éminents civilistes français semblent y avoir donné crédit. Ainsi M. le professeur Ghestin écrivait que « le contrat est l'instrument indispensable des prévisions individuelles. C'est surtout dans sa fonction principale d'échange par la création d'obligations qu'apparaît cette utilité du contrat. Une telle opération à terme, dont l'utilité est certaine, est inconcevable sans la force obligatoire du contrat qui est nécessaire à la confiance du créancier et au crédit. On rejoint ici la confiance légitime du créancier dont M. Gorla fait le fondement de la force obligatoire des contrats »¹. Pareillement, MM. les professeurs Malaurie et Aynès affirmaient que « plutôt d'attribuer à la volonté abstraite des parties le pouvoir de créer leur loi, certains proposent de fonder la force obligatoire sur la confiance – la *reliance* disent les anglais. La confiance est inséparable de la sécurité juridique. Le droit évolue lentement vers cette conception, qui éclaire le principe et ses sanctions par celui de la bonne foi : l'inexécution serait fautive dans la mesure où elle aurait trompé la confiance du créancier »².

122. Synthèse et généralisation. Au regard de ce qui vient d'être exposé, il semble possible de soutenir que la volonté de la partie contractante qui s'engage « n'est plus qu'un élément initiateur de l'attente que l'autre sera fondé à nourrir à son égard, dans le champ contractuel, une fois le contrat formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation »³. Comme le note M. le professeur Ghestin, l'accord de volonté auquel la doctrine classique accorde tant d'importance, n'est en définitive que « le critère du contrat » en tant que « procédure spécifique de création d'effets de droit »⁴. Si l'article 1134 du code civil donne une assise juridique à la force obligatoire, il n'en explique pas la raison d'être : la force obligatoire est simplement le

¹ J. Ghestin, op. cit. n° 179 et 180. Il ajoute : « Ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et plus spécialement le contractant, ont pu légitimement lui attribuer. Tout comportement, actif ou passif, peut ainsi manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce. Cette solution est imposée par le principe de sécurité juridique ».

² Droit civil, *Les obligations* (1993/94) Cujas n° 610. Dans le manuel *Les obligations* de MM. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Defrénois, 2007, il est observé : « Plus généralement, la volonté déclarée est celle à laquelle peut se fier le cocontractant : le respect de la confiance suscitée chez autrui, la *reliance* diraient les juristes anglais ou américains, explique le développement contemporain du devoir de bonne foi » (n° 749). Ils ajoutent : « L'article 1134 du code civil oblige bien sûr à ne pas tromper la confiance suscitée par la promesse de comportement. L'abus fautif ne consiste pas à utiliser le contrat conformément à son intérêt, mais à trahir la confiance volontairement suscitée chez l'autre » (n° 751, p. 341).

Mme Fabre-Magnan semble adhérer à une telle perspective lorsqu'elle soutient que « la théorie de la *reliance* (concept que l'on peut traduire approximativement par celui d'« attentes légitimes ») est intéressante en ce que, contrairement à la théorie de l'autonomie de la volonté, elle n'ignore pas que le droit est toujours un lien, et que la promesse ne peut donc obliger si elle n'est pas destinée à autrui. Ce n'est au demeurant pas tant la volonté elle-même qui marque la naissance de l'obligation que l'expression de cette volonté, sa communication, laquelle implique nécessairement l'existence d'autrui : il faut pour lier les hommes des paroles, comme le rappelle la célèbre formule de Loysel : "On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles" » : M. Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 1ère éd., 2004 p. 59.

³ X. Dieux, op. cit. p. 98.

⁴ J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990 chron. 27, p. 147.

moyen employé par le droit pour garantir la sécurité des transactions économiques. La raison d'une telle force est ailleurs : en autrui¹. L'auteur belge considère alors que l'article 1134 du code civil n'est « que l'expression d'une norme beaucoup plus générale, puisé dans la valeur axiologique de sécurité, selon laquelle ceux dans le chef desquels une expectative a été créée par une déclaration de volonté sont ne droit d'exiger de l'auteur de celle-ci qu'il y réserve la suite annoncée »².

123. Approche de la police des contrats. Il semble évident que la confiance du créancier se présentera comme légitime dès lors que la promesse émane de la volonté libre du débiteur. De prime abord, la théorie selon laquelle la force obligatoire des conventions réside dans les anticipations légitimes d'autrui, ne semble pas s'éloigner de la théorie classique s'appuyant sur l'autonomie de la volonté. Toutefois cette approche est superficielle : « une observation plus attentive de la réalité conduit à la conclusion que la légitimité des expectatives dont le droit positif assure la protection en matière contractuelle, n'est pas indissolublement liée à la volonté effective des parties contractantes, qu'elle comporte au contraire en permanence une dimension objective, et qu'elle conquiert ainsi son autonomie sur le plan juridique »³. C'est dire que le contrat est avant tout un acte de prévision⁴.

Il est aisé de percevoir une telle réalité dans l'approche que l'auteur belge a développée au sujet des engagements volontaires : si le créancier d'une obligation librement souscrite peut

¹ Ce principe, le respect de l'attente légitime d'autrui, n'est pas propre à l'article 1134, il est généralisable à tous les engagements : voir infra n° 187.

² X. Dieux, op. cit. p. 102.

³ X. Dieux, op. cit. p. 110.

⁴ H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 65. M. le professeur Christian Atias partage une telle perspective lorsqu'il affirme, au sujet de l'analogie entre contrat et loi, que « l'article 1134 alinéa 1, use d'une image particulièrement forte. Le contrat ressemble à la loi et prend sa place. Comme elle, il fait attendre une certaine attitude ; elle se vérifiera si les parties s'y soumettent. Comme la loi, le contrat n'est pas toujours assorti de l'effet attendu. Par conséquent, ni plus, ni moins que la loi, le contrat n'est porteur d'informations sur le comportement probable des parties ; comme elle, il améliore seulement la prévisibilité des attitudes sans jamais les rendre certaines. Il est un acte de prévision » : *Le contentieux contractuel*, PUAM, 4^{ème} éd., 2008, p. 36-37, n° 22-3. Aussi a-t-il soutenu que « comme la promulgation d'une loi, la conclusion d'un contrat améliore l'information sur l'attitude d'autrui ; par là, elle rend possible une communication invraisemblable. Plus précisément, elle rend plus probable l'un des comportements possibles. Une telle information n'est jamais certaine. Elle est de qualité variable. La loi des parties devrait être la loi du législateur et celle du juge, parce qu'il est toujours dommageable que leurs initiatives en rendent les informations moins sûres et contribuent à troubler les attentes légitimes des parties » (« Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137, n° 14). Il ajoute : « L'information fournie par les conventions ne se réduit nullement au contenu des volontés exprimées par les parties. La nature de l'opération de l'affaire conclue exerce une influence déterminante. L'art. 1135 c. civ. le dit en propres termes. Une convention, c'est un marché passé dans des circonstances réelles, avec des enjeux concrets. Le droit ne peut ignorer ni les unes, ni les autres. La qualité de l'information produite par le contrat en dépend trop directement. La force attribuée au contrat varie selon la loyauté des cocontractants. Elle est aussi et corrélativement fonction des intérêts en jeu, des habitudes sociales, du coût de l'inexécution des obligations et de la libération des parties, du régime juridique applicable et appliqué, des dispositions légales et des décisions judiciaires rendues à leur propos ou sous leur prétexte » (ibidem n° 15). C'est dire que le contrat est prévision et hétéronomie : altérité.

légitimement s'attendre à ce que le débiteur se conforme à son engagement, c'est car toute personne raisonnable et destinataire d'une telle promesse aurait la même attente ; « la volonté du débiteur ne produit, en d'autres termes, son effet contraignant qu'à travers le filtre du sens commun »¹. Cependant, il est des situations où la satisfaction des attentes légitimes tend à ne plus concorder qu'avec les expectatives sans trouver de corollaire au niveau de la volonté. Il arrive ainsi au juge, sur la base de ce critère, de déterminer le contenu des droits et obligations revenant à chaque partie. Parfois, c'est l'existence même du contrat qui est déduite des expectatives légitimes sans référence à la commune intention des parties.

124. De l'erreur et de la cause. M. Xavier Dieux va tout d'abord se pencher sur la situation de la fausse cause et de l'erreur commune pour étayer sa théorie selon laquelle le véritable fondement de la force obligatoire des conventions réside dans le respect de l'attente légitime de l'autre contractant, autrui.

Classiquement, l'on attribue à la notion de cause² un double sens. Elle peut être objective et correspondre à la contrepartie attendue par le cocontractant ; elle peut être subjective et concerner, cette fois-ci, tout mobile qui serait entré dans le champ contractuel. Concernant l'erreur, au sens de l'article 1110 du code civil, elle n'est une cause de nullité du contrat qu'à la condition qu'elle porte sur un élément substantiel également intégré au champ contractuel. L'on ajoutait traditionnellement, que pour être mise en œuvre, elle doit être commune. Pour vérifier si cette exigence est satisfaite, la démarche doit être duale. Il faut tout d'abord s'intéresser à la connaissance qu'une partie a effectivement eue des éléments déterminants ayant poussé le cocontractant à s'engager ; il faut également, et surtout, que toute personne en eût eu conscience, et ce « en raison de l'objet du contrat, de sa nature intrinsèque qui n'aurait pas échappé à une partie contractante normalement attentive »³.

Il peut en résulter qu'une partie serait engagée dans une proportion qu'elle n'avait, à vrai dire, pas désirée. Ainsi en est-il lorsque la caractéristique de la chose ou de l'opération est si particulière au regard de la convention, que l'autre ne pouvait légitimement la présumer. Inversement, si la convention réunit tous les éléments qu'une personne raisonnable en aurait attendus dans ces mêmes circonstances, elle ne saurait être soumise à une nullité fondée sur l'erreur alors même qu'un des éléments de la convention ne coïncide pas avec la volonté réelle d'une partie.

¹ X. Dieux, op. cit. p. 110.

² Sur l'abandon de la « cause » dans le projet ministériel de réforme du droit des contrats, v. supra n° 77.

³ X. Dieux, op. cit. p. 112.

Dans la même proportion, la sanction s'attachant à l'erreur inexcusable vient corroborer cette nécessaire référence au sens commun. En effet, la partie qui aurait commis une erreur inexcusable et dont le consentement est alors entaché de vice, demeure tenue des engagements qu'elle a souscrits malgré l'erreur substantielle et commune¹. Une fois de plus, le contrat est maintenu alors qu'il ne correspond pas à la volonté de l'une des parties : « si notre droit l'admet, c'est parce que, dit-on souvent, la victime de l'erreur ne s'est pas comportée comme l'aurait fait, dans les mêmes circonstances, une personne normalement attentive et vigilante »². Certains auteurs se sont même ralliés à l'idée selon laquelle le critère de l'erreur inexcusable serait celui de la faute délictuelle : « en privant de l'action ou de l'exception de nullité, la victime de pareille erreur, notre droit sanctionne sa négligence, conformément aux articles 1382 et 1383 du code civil »³.

Malgré ce, il est possible d'observer que le consentement de celui ayant commis l'erreur, fût-elle inexcusable, demeure entaché de vice : le maintien du contrat sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du code civil paraît alors assez spécieux⁴. Il est évident que dans un système où le volontarisme justifie la force obligatoire, le recours à ces articles semble dépourvu de pertinence. Néanmoins, si l'on accepte de délier, dans une certaine mesure, la volonté commune des parties et la force obligatoire, la critique apparaît alors elle-même désuète. En effet, « on peut alors admettre, sans heurter les principes du système, que le contrat puisse subsister, même à l'encontre de la volonté d'une partie dont le consentement est vicié : il suffit de constater à cette fin qu'en raison de son caractère inexcusable, l'erreur dans laquelle une partie a versée est impuissante à dépouiller de sa légitimité l'attente que l'autre partie pouvait, comme toute personne raisonnable, fonder dans le contrat en question »⁵.

Cette conception permet, en outre, de parfaitement expliquer la sanction cette fois-ci attachée à une erreur inexcusable issue d'un dol. En droit belge, il n'y a pas lieu de déchoir la victime de l'erreur de son droit à demander la nullité de la convention⁶ : au regard de la théorie des anticipations légitimes d'autrui, « le dol rend à l'évidence illégitimes les attentes nourries par son auteur envers l'autre partie, conformément au principe "*fraus omnia corrumpit*" »⁷.

¹ Cass. Soc. 3 juill. 1990 : L'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable » : D. 1991. 507 (2e esp.), note Mouly ; RTD civ. 1991. 316, obs. Mestre.

² X. Dieux, op. cit. p. 114.

³ X. Dieux, op. cit. p. 114. L'on retrouve une telle analyse in : J. Ghestin op. cit. n° 323 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit. n° 223, p. 230.

⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *ibidem*.

⁵ X. Dieux, op. cit. p. 115.

⁶ Cour de cassation belge 29 mai 1980. L'on sait qu'en droit français, par un raccourci, la Cour de cassation considère que le dol rend toute erreur excusable, voir supra n° 73.

⁷ X. Dieux, op. cit. p. 116.

125. Contrat entre absents. L'on voit également une confirmation de l'idée selon laquelle le respect des attentes légitimes d'autrui constitue le fondement de la force obligatoire des conventions, dans le fait que la Cour de cassation belge considère qu'entre absents « est applicable la règle de droit subjectif suivant laquelle le contrat est parfait au moment où le pollicitant a eu connaissance ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation »¹. Le fait que le contrat puisse être réputé parfait le jour où l'on a pu avoir raisonnablement connaissance de l'acceptation signifie ostensiblement qu'un contrat peut-être formé entre deux personnes dont l'une au moins peut ne pas être au courant de l'existence de ce lien. On justifie une telle position en soutenant qu'il est fait référence à une intention probable des parties : c'est une « présomption antéjudiciaire qui repose sur la préconstitution rationnelle d'un standard ou mieux, d'une vérité générale, censée correspondre à ce qu'il est ordinaire de penser dans ce contexte déterminé envisagé dans l'abstrait »². Dans la mesure où le droit français a opté pour une solution encore plus sévère pour le pollicitant, puisque le contrat est réputé, en l'absence de volonté déclarée des parties, conclu au jour de l'émission de la lettre d'acceptation³, l'argument développé par M. Xavier Dieux est, *a fortiori*, encore plus juste dans la mesure où l'on répute le contrat parfait alors qu'il est, matériellement, impossible pour le pollicitant de le savoir.

L'ensemble de ces exemples tend à démontrer que souvent la jurisprudence recourt à l'anticipation raisonnable d'autrui pour justifier que la force obligatoire s'applique à une convention. Fondant la vigueur du lien contractuel, il est logique que cette attente constitue l'exigence directrice de la police des conventions : c'est à l'aune de ce qu'autrui peut légitimement anticiper que le contenu obligationnel d'un contrat doit être dégagé.

126. Détermination objective du contrat. Les principes qui gouvernent l'interprétation des contrats semblent offrir une première illustration du rôle autonome que le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui peut jouer, dans la détermination du contenu des droits et des obligations contractuelles. Il est en effet classiquement affirmé que l'unique office de l'interprète est de rechercher la commune intention des parties, source exclusive de leurs droits et obligations contractuels : l'article 1156 du code civil est ainsi présenté comme le pendant de l'article 1134 du même code. Or, même lorsque le juge se penche sur une question qui n'a pas été explicitement prise en compte par les parties, c'est encore cette recherche de la commune

¹ Cour de cassation belge 16 juin 1960, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1962, p. 301, note Heenen ; et 19 juin 1990, *Pasicrisie*, 1990, I, 1182.

² X. Dieux, *op. cit.* p. 117.

³ Cass. com. 7 janv. 1981 : Bull. civ. IV, n° 14 ; GAJC, 11e éd., n° 144-145 (II) ; RTD civ. 1981. 849, obs. Chabas.

intention qui doit primer sur toute autre technique d'interprétation. Toutefois, le caractère irréaliste de cette théorie a tôt été dénoncé ; ainsi « à l'interprétation uniformément subjective, a succédé une distinction clairement affirmée, entre les cas où la révélation d'une volonté effective des parties contractantes est possible et l'interprétation dite constructive ou objective de leur convention »¹. Il est fréquent qu'un contrat ne prévoie pas toutes les éventualités car les parties n'y ont pas songé ; la situation n'a pas été prévue. Il est évident que dès lors, toute interprétation de la volonté commune des parties semble, pour le moins, illusoire.

Le droit a donc évolué afin de donner à ce type de problématique une réponse plus réaliste. Il n'est désormais plus contesté que le juge puisse compléter les obligations qui trouvent effectivement leur source dans la volonté des parties par des obligations étrangères à celle-ci, eu égard à la nature du contrat et aux éléments objectifs de la situation qui en résultent. L'on pense ici notamment aux obligations accessoires de sécurité, de renseignement ou de conseil qui pèsent désormais sur de nombreux vendeurs et prestataires de services alors que les conventions ne les prévoyaient pas. En dehors de toute intervention du législateur, il serait en principe loisible aux parties de faire échapper leur convention, et donc leur relation, à ces obligations accessoires créées par la jurisprudence. Ce n'est donc que dans le silence des parties que le juge peut se permettre de les dégager. Au demeurant, comme le souligne avec insistance M. Xavier Dieux, « cette exigence – purement négative – n'implique nullement que ces obligations trouvent leur source dans la volonté des parties, laquelle se borne à ne pas empêcher l'interprétation constructive du juge. Ce sont en réalité les attentes de l'homme raisonnable qui, à l'égal de la loi, des usages ou de l'équité auxquels renvoient les articles 1135 et 1160 du code civil, autorisent objectivement le juge à compléter le contrat »². Tel est ainsi le critère retenu par la directive européenne du 25 juillet 1985 concernant la responsabilité du fait des produits défectueux. L'article 1386-4 du code civil français prévoit qu'un « produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »³.

Ce sont ici les attentes du consommateur raisonnable qui déterminent les obligations auxquelles le prestataire de services ou le fournisseur de marchandises est tenu : l'altérité raisonnable guide le juge à la recherche d'une volonté absente mais telle qu'elle pourrait légitimement se présenter.

¹ X. Dieux, op. cit. p. 124.

² X. Dieux, op. cit. p. 126.

³ V. infra n° 211 et s., spéc. n° 212.

127. Comparaison des méthodes objective et subjective. Souvent qualifiée de forçage¹ du contrat, la méthode objective est-elle réellement incompatible avec la méthode subjective prônée par les volontaristes et les exégètes du code civil ? Même si l'on est tenté d'adhérer *a priori* à une telle approche, l'opposition ne paraît pas si tranchée.

Il est effectivement certain que même lorsque l'on se dit à la recherche de la commune intention des parties, et ce en vertu des articles 1134 et 1156 du code civil, celle-ci ne se manifesterait qu'à travers des phénomènes extérieurs à la volonté réelle des contractants : signes extérieurs qui sont, soit verbaux, soit comportementaux². Or, les signes verbaux « sont normalement perçus par le juge dans leur sens commun ou usuel, et les seconds³, qui peuvent le conduire à s'écarter de celui-ci, le cas échéant, ne sont significatifs qu'en termes de présomptions, c'est-à-dire par la voie d'un raisonnement dont la valeur probante en droit postule qu'à telle attitude, il est normal ou raisonnable d'attacher telle intention »⁴. La solution contractuelle à laquelle parvient le juge est ainsi le fruit d'une réflexion et d'une reconstitution *a posteriori* de la volonté présumée des parties à la convention sans qu'il soit possible d'affirmer que l'aboutissement sera absolument incontestable. Il apparaît alors que toute interprétation du contrat par le juge est, au moins partiellement, une création qui se fonde sur des éléments extérieurs à la volonté des parties mais pertinents car fondés « sur la croyance en une rationalité commune aux sujets de droit, permettant d'attribuer à leur extériorisation dans la vie sociale un certain sens »⁵.

Par conséquent, l'interprétation constructive, en ce qu'elle se réfère aux attentes raisonnables du cocontractant⁶, n'est pas fondamentalement différente. La dissimilitude essentielle réside dans le fait que cette dernière n'emprunte pas la voie détournée et artificielle de la commune intention des parties pour interpréter la convention litigieuse. Dans la mesure où, en cas de clause susceptible d'être interprétée en deux sens, le code civil exige que l'on attribue un effet utile à l'interprétation, il semble possible d'affirmer avec M. le professeur Ghestin que « les articles 1157 et 1158 du code civil sont fondés sur l'idée que les contractants sont des personnes raisonnables et sensées »⁷.

¹ L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 69.

² Ce que nous nommons par ailleurs la volition : v. supra n° 24, 92 et s., et infra n° 158.

³ Les signes comportementaux.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 129.

⁵ X. Dieux, op. cit. p. 130.

⁶ Le bon sens commande alors d'adapter l'exigence au regard du degré d'altérité entre cocontractants : v. infra n° 129, 148 et 322.

⁷ J. Ghestin, op. cit. n° 31.

L'appel constant aux anticipations légitimes d'autrui permet, dès lors, que la sphère contractuelle soit tout entière appréhendée au regard de cette nouvelle exigence. Ainsi est amorcée une théorie limitative des droits contractuels sur le fondement de l'altérité.

2 - Théorie limitative des droits contractuels

128. En faisant d'autrui la plaque tournante du contrat, l'on tend à présenter toute problématique contractuelle comme la résultante d'une théorie limitative des droits. Comme l'expose l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le droit de l'un sera limité par le droit de l'autre : ainsi, le contenu ou l'étendue d'un droit issu du contrat trouvera sa limite dans ce qu'autrui pouvait légitimement anticiper. L'on parvient alors, rapidement, à consacrer l'appréciation objective comme règle d'interprétation des contrats notamment au regard de la clause résolutoire, la théorie des risques et de l'exception d'inexécution (a). En outre, cette limitation peut survenir lors des différentes perturbations que peut connaître l'économie contractuelle (b).

a – L'attente d'autrui comme critère de l'appréciation objective

129. Fondement des règles propres aux contrats synallagmatiques. Si l'on se penche sur la raison d'être de la clause résolutoire tacite que l'on présume dans tous les contrats synallagmatiques¹, se conjuguent plus qu'elles ne s'excluent, les raisons suivantes : volonté présumée des parties, interdépendance réciproque des obligations contractées, théorie de la cause, équité, pénalité civile sanctionnant la foi du contrat. Toutefois il importe de souligner que « depuis un certain temps déjà, la doctrine paraît vouloir simplifier les choses, en considérant que tout compte fait, cette règle s'explique par la nature même de tout contrat synallagmatique, c'est-à-dire par les conséquences qu'il est raisonnable et normal de déduire de l'existence d'une interdépendance réciproque entre les obligations des parties »². Un raisonnement analogue pourrait être mené en ce qui concerne l'exception d'inexécution et la théorie des risques. Ainsi, « dans ces trois cas, l'une des parties peut se soustraire à l'exécution du contrat, temporairement ou définitivement suivant l'institution mise en mouvement par elle, non point que cette soustraction corresponde nécessairement à ce qu'elles ont effectivement eu en vue au moment de

¹ Article 1184 code civil.

² X. Dieux, op. cit. p. 132. L'auteur renvoie alors expressément à J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 2001, n° 391.

la conclusion du contrat, mais parce que tout homme raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, se serait attendu à ce qu'il en aille ainsi, en cas de survenance de l'évènement donnant lieu à la prétention à pareille soustraction »¹.

Ce fondement objectif permettrait également d'éclairer l'appréciation faite par les magistrats du comportement permettant de justifier l'application d'une de ces règles à une convention synallagmatique. Pour y parvenir, la Cour de cassation belge affirme de manière constante que le juge doit rechercher « dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, l'étendue et la portée des engagements de celle d'entre elles qui y a manqué »². Au-delà de la dimension objective de l'interprétation à laquelle doit se livrer l'arbitre de la convention, la Cour ajoute que cela devra se faire « d'après les circonstances de fait, si cette inexécution est suffisamment grave pour que la résolution doive être prononcée »³. La Haute juridiction belge a ajouté dans une décision du 16 janvier 1986 « qu'il ne ressort ni des articles 1134 et 1184 du code civil, ni de la notion d'abus de droit que la partie à un contrat synallagmatique, victime de l'inexécution par l'autre de ses obligations, ne puisse abuser de la faculté d'opter entre l'exécution forcée et la résolution de la convention ». Selon M. Xavier Dieux, « cette formule est suffisamment large pour englober toutes les autres, auxquelles elle confère un fondement juridique à la mesure de l'objectif recherché : éviter que le débiteur défaillant puisse être privé de l'avantage qu'il pouvait s'attendre pour sa part à hériter du contrat, en raison d'un manquement sans proportion avec la sanction qu'il devrait supporter »⁴. Il ajoute, en s'inspirant de la Convention de Vienne⁵ sur la vente internationale de marchandises, que « les attentes de l'un ne sont légitimes que dans la mesure où une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, les aurait elle-aussi nourries, de sorte qu'elles n'eussent pu être raisonnablement ignorées par l'autre : la déception du créancier trouve dans sa concordance avec ces standards, son aptitude à provoquer la dissolution du contrat »⁶ : le degré d'altérité entre cocontractants détermine l'appréciation des comportements⁷.

¹ X. Dieux, op. cit. p. 133.

² Cour de cassation belge 28 mai 1965, Pasicrisie, 1965, I, 1051.

³ Idem.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 138.

⁵ Ce traité prévoit en effet en son article 25 : « Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ».

⁶ X. Dieux, op. cit. p. 139.

⁷ V. infra n°s 148 et 322.

130. Appréciation affinée de l'inexécution et des risques. Dans la même mesure, l'exception d'inexécution contestée par un cocontractant amène le juge à apprécier la gravité du manquement « au regard de toutes les circonstances de fait de la cause »¹. La Cour ajoute même qu'il appartient au juge d'apprécier si l'exception est « conforme aux exigences de la bonne foi »². Dans le cadre de la théorie des risques, le juge doit vérifier s'il faut attacher à la force majeure un effet dissolvant ou simplement suspensif des obligations de l'autre. Ainsi, le juge doit déterminer si le maintien du contrat est encore possible, si « le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu »³ ou s'il est possible de disjoindre les obligations ne pouvant plus être exécutées de celles qui peuvent encore l'être. Au final, c'est bien à une analyse objective et affinée⁴ du cas fortuit (et de la réaction à y apporter) que doit se livrer le juge, appréciation qui rappelle l'appréciation de la gravité du manquement pouvant justifier la résolution judiciaire ou l'exception d'inexécution⁵.

Ces apports à la théorie des contrats par le truchement du respect des anticipations légitimes d'autrui, que symbolise le recours constant à l'appréciation objective, mènent à aborder les problématiques relatives au bouleversement de l'économie contractuelle, thématique où affluent la plupart des hyperesthésies doctrinales en matière contractuelle.

b - Les perturbations de l'économie contractuelle

131. Caducité et cause. La première perturbation étudiée par M. Xavier Dieux est celle de la caducité⁶ d'un contrat. Dès lors que l'on entend par caducité, la sanction venant frapper un acte valable le jour de sa conclusion mais dont un élément essentiel vient à disparaître ultérieurement, lors de l'exécution, il semble intéressant de se demander ce qu'il advient du contrat en cas de disparition de la cause subjective postérieurement à sa conclusion. S'il est

¹ Cour de cassation belge 14 mars 1991, *Pas.* 1991 I, 652.

² Cour de cassation belge 18 mai 1971, *Pas.* 1971, I, 669.

Ceci implique « non seulement que vérification soit faite de ce que l'excipiens n'est pas lui-même à l'origine du manquement qu'il dénonce, mais aussi que ce manquement est d'une nature et d'une importance telles qu'il affecte l'expectative de réciprocité que le contrat aurait fait naître dans le chef de toute partie douée de sens commun » (X. Dieux, op. cit. p. 140).

³ Cour de cassation belge 13 janvier 1956, *Pas.* 1956 I, 460.

⁴ Comme le remarquait Dejan de la Bâtie : « l'appréciation *in abstracto* n'a jamais consisté à raisonner dans l'abstrait, sans avoir égard aux circonstances particulières de la cause » (*Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1965, n° 5, p. 4. V. également, H. Aubry, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005-3, p. 638.

⁵ X. Dieux, op. cit. p. 141.

⁶ En droit français, voir notamment, *La caducité des actes juridiques : Etude de droit civil*, par R. Chaaban, LGDJ 2006, thèse, préface Ph. Simler ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Harmattan 2004 ; F. Garron, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Thèse, PUAM, 2000.

possible d’admettre qu’une convention est caduque en raison de la disparition de la cause objective¹, il semble plus délicat de l’admettre en matière de cause subjective en raison, le plus souvent, de sa non-intégration dans le périmètre contractuel. Cependant, l’idée selon laquelle le fondement de la force obligatoire des contrats réside dans l’attente légitime du cocontractant, permet de justifier le recours à la caducité d’un contrat en raison de la disparition de sa cause subjective « dès lors que cette légitimité se déduit de la concordance de ces attentes avec ce qu’il est normal, naturel, rationnel ou raisonnable de penser dans un tel contexte déterminé »².

Il ne serait en effet pas incohérent de penser qu’en cas de disparition du mobile raisonnable et naturel d’un contrat postérieurement à sa conclusion, les anticipations du contractant cessent d’être légitimes, rendant ainsi la convention caduque³. L’on sait d’ailleurs que classiquement, la jurisprudence refuse de faire jouer la théorie de la cause objective au stade de l’exécution⁴. Toutefois, dans les années 1990, la Cour de cassation française, sans recours à la caducité, a permis le jeu de la cause postérieurement à la conclusion du contrat. Ainsi, elle admet sur le fondement de la cause « qu’en raison du manquement à l’obligation essentielle la clause limitative de responsabilité, qui contredisait la portée de l’engagement pris, devait être réputée non écrite »⁵ ; en outre, et de manière plus convaincante, elle a, dans un arrêt de la première Chambre civile du 3 juillet 1996,⁶ annulé un contrat de location de cassettes vidéos pour absence de cause subjective au stade de l’exécution. En effet, le motif déterminant de ce contrat était la création d’un « point club vidéo », c’est à dire que ces cassettes avaient été louées dans le but d’être relouées. Ce motif n’était pas entré dans le champ contractuel, même si, semble-t-il les

¹ Encore faut-il que cette disparition ne puisse être imputée fautivement à une des parties.

² X. Dieux, op. cit. p. 147.

³ Xavier Dieux observe : « La foi placée par le créancier dans la convention cesse alors d’être bonne au regard des contraintes que le droit objectif comporte, au même titre qu’elle ne l’aurait, dès l’origine, pas été, si la cause de l’engagement du débiteur avait fait défaut, dès l’échange des consentements » (op. cit. p. 140-141). Il est vrai que si l’on permet à une partie de demander la nullité d’une convention pour absence de cause sur le fondement de l’article 1131 du code civil, il n’est pas plus choquant de lui permettre d’en exciper la caducité si l’un des éléments essentiels a disparu au stade de l’exécution.

⁴ Com. 8 nov. 1972 : Gaz. Pal. 1973. 1. 144, note D. Martin (cautionnement) ; Civ. 3^{ème} 8 mai 1974 : D. 1975. 305, note Larroumet ; Civ. 3^{ème}, 17 juill. 1996 : Bull. civ. III, n° 193 ; Defrénois 1996. 1357, obs. Delebecque ; Com. 8 févr. 2005 : Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2005. AJ. 639 ; ibid. Pan. 2841, obs. Amrani Mekki ; D. 2006. Pan. 515, obs. Ferrier ; JCP 2006. II. 10011, note Luciani ; JCP E 2005. 1177, n° 4, obs. Mainguy et Respaud ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 104, note Leveneur ; RDC 2005. 684, obs. D. Mazeaud, et 771, obs. Behar-Touchais. 9 ; Com. 24 sept. 2002 : Bull. civ. IV, n°130 ; D. 2003. 235, note Delebecque.

⁵ Cass. com. 22 octobre 1996, (affaire Chronopost) : Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, 11e éd., n° 156 ; D. 1997. 121, note Sériaux ; Defrénois 1997.333, obs. D. Mazeaud ; D. 1997. Somm. 175, obs. Delebecque ; Contrats Conc. Consom. 1997. n° 24, obs. Leveneur ; JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen ; ibid. I. 4025, n° 17, obs. Viney ; ibid. I. 4002, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997. 2. 519, note R. Martin ; RTD civ. 1997. 418, obs. Mestre. Sur cette jurisprudence, sa postérité, et la prise en considération de la cause, ou de l’intérêt par les projets de réforme, v. supra n° 77.

⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 3 juillet 1996, « Société nouvelle DPM c/. Piller et Bermont », Defrénois, 1996, art. 36381, n° 102, p. 1015, note P. Delebecque. V. également Com 27 mars 2007, où la preuve de l’impossibilité n’est pas rapportée : D. 2007. Pan. 2970, obs. Mekki ; JCP 2007. II. 10119, note Serinet ; CCC 2007, n° 196, obs. Leveneur.

deux cocontractants connaissaient ce but. Il a été jugé que cette exploitation était impossible dans une commune de 1314 habitants, c'est à dire que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible », et donc qu'il n'y avait pas de « contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes ».

Même si la jurisprudence française tend à consacrer l'irruption de la cause au stade de l'exécution sans recours à la théorie de la caducité¹, il n'en demeure pas moins que la philosophie sous-jacente est la même : « dans un système contractuel où la volonté commune des parties se réduit à un simple procédé qui n'est générateur de droits et d'obligations qu'à travers la légitimité objective des attentes qu'il suscite, dans un système où pareille volonté n'est nullement la seule condition, ni même la condition véritablement substantielle, de pareille légitimité, la circonstance qu'à un moment déterminé, une volonté ait effectivement été exprimée en ce sens et qu'elle ait pu, à ce moment, susciter une telle expectative, ne saurait à elle-seule conférer à la légitimité un caractère immuable »².

Cette nouvelle approche de la théorie de la caducité, permet également d'éclairer le régime de son application dans le temps.

132. De l'application dans le temps de la caducité à l'imprévision. Il semble logique que par sa définition même, la caducité ne produise d'effets que pour l'avenir. Or, en ayant recours au principe selon lequel l'on doit se comporter fidèlement aux expectatives légitimes d'autrui, « c'est par rapport à elles qu'il convient d'en fixer les effets dans le temps et de déterminer plus spécialement dans quelle mesure le champ contractuel, subjectivement ou objectivement délimité selon le cas, comportait une exigence d'indivisibilité et/ou de réciprocité telle que celle des parties dans le chef de laquelle la cause a disparu puisse réclamer à l'autre restitution des prestations antérieurement accomplies et vice versa »³.

Au demeurant, selon M. le professeur Sérinet, ce n'est pas dans une telle optique que s'est engagée la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 2006⁴. En l'espèce, une convention tripartite fut conclue en vue de l'exploitation d'une centre de cobalthérapie dans une clinique ; toutefois, la consolidation de l'accord était soumise à la production d'un bilan d'activités qui jamais ne fut produit. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir fait « ressortir la caducité du contrat et, partant, la perte de valeur juridique des obligations qu'il contenait ». Le professeur Sérinet s'interroge alors : « Quant à la perte de valeur juridique, ne veut-elle pas

¹ A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, thèse Aix-Marseille, préf. J. Mestre, PUAM 2001.

² X. Dieux op. cit. p. 148.

³ Dieux X. op. cit. p. 150.

⁴ Pourvoi n° 05-11.755.

désigner, quoique de façon contournée, l'idée d'une extinction pour l'avenir puisque l'on ne saurait être privé de ce qu'on a un jour possédé ? »¹.

Nonobstant une telle position, M. le professeur Dieux désire voir dans le recours à cette notion, comme dans l'évolution que nous venons de mettre en exergue, une nouvelle philosophie du droit des contrats aux termes de laquelle « il n'est plus hérétique d'alléger la contrainte attachée à la parole donnée en cas de bouleversement de l'économie contractuelle »². Selon lui, la caducité, et l'imprévision, se présentent comme deux variétés du concept d'économie contractuelle en s'appuyant sur un argument commun, la bonne foi envers autrui.

Ainsi, dans la caducité, l'objectif est de donner un sens juridique à la disparition de la cause d'un contrat postérieurement à sa conclusion, et ce au regard du statut particulier que le droit accorde à la notion de cause. Concernant l'imprévision, il s'agit de déterminer les suites normales devant s'attacher à un événement conformément à ce qu'autrui peut considérer comme raisonnable en de telles circonstances. Il est ici facile de s'apercevoir que la problématique tourne essentiellement autour de la perception du raisonnable par autrui, notion permettant l'appréciation en droit du bouleversement de l'économie contractuelle.

133. Un paradoxal retour à l'abus de droit. A ce stade de l'analyse, il semble opportun de se demander si, en posant ainsi la problématique, l'on n'en revient pas à centrer l'analyse sur l'abus de droit contractuel, et donc à résoudre un simple problème de responsabilité extracontractuelle telle que régie aux articles 1382 et 1383 du code civil. S'il est évident que l'abus de droit en matière contractuelle dépasse les seuls cas où le bouleversement se détermine par référence à la situation existant lors de la conclusion du contrat, il n'en demeure pas moins qu'il englobe ces situations. Dès lors, l'on est en droit de s'interroger sur la plus-value que la théorie du respect des attentes légitimes d'autrui fournit, au regard des théories limitatives de la force obligatoire des contrats et plus particulièrement de l'abus de droit.

Afin de distinguer l'abus de droit dans le contrat et la conceptualisation des attentes légitimes d'autrui, il est possible de partir de l'idée selon laquelle sanctionner un contractant par le biais de la responsabilité délictuelle n'est pas en soi exclusif d'autres sanctions de nature contractuelle. La thèse du respect des attentes légitimes d'autrui postule le principe du concours des deux responsabilités. Selon M. Xavier Dieux, l'originalité de l'abus de droit au regard de la responsabilité extracontractuelle, réside dans sa nature premièrement préventive, dans « la

¹ Y.-M. Sérinet, « Chronique de droit des obligations », *JCP* 2007, I 161 ss. la dir. de J. Ghestin.

² Y.-M. Sérinet, précit. p. 151.

déchéance du droit dont il est abusé ou dans la réduction du droit à son exercice normal »¹. Cependant, il pourrait être facilement objecté que dans tous les cas, l'effet recherché, est celui de la réparation en nature, incidente de la sanction première qu'est l'exécution forcée de l'obligation en cause. Or, « si l'on réduit à un problème de responsabilité civile la substance de la théorie de l'abus de droit et plus généralement des théories limitatives de la force obligatoire des contrats, considérant que ces dernières expriment, fût-ce indirectement, des normes de comportement à l'adresse de parties contractantes, il paraît en tous cas impossible d'ancrer dans la volonté de celles-ci l'effet contraignant de ces normes, déduites objectivement des attentes raisonnables de l'homme doué de sens commun ou, si l'on préfère, du principe de bonne foi tel que l'article 1134 al. 3 du code civil l'évoque »². C'est en effet dans le principe du respect des anticipations raisonnables d'autrui que l'on trouve le fondement de la "responsabilité" contractuelle, car c'est dans cette attente que se crée le lien obligatoire entre les parties.

134. Bilan. Ainsi le respect dû aux attentes légitimes d'autrui joue un rôle essentiel en droit contractuel, puisqu'il fonde la force obligatoire des contrats. La commune et réelle intention des parties, comme source des obligations contractuelles, passe ainsi par le prisme d'autrui : la perception qu'a le contractant de la volition de son cocontractant. Le concours des volontés devient alors une condition que le droit prend en considération pour reconnaître à chaque partie des droits, et ce, car « la volonté de s'engager que chacune a déclaré à l'autre suscite chez celle-ci une expectation, légitime du point de vue du sens commun et, de ce fait, digne de sanction juridique »³. L'utilité immédiate d'une telle conceptualisation est de justifier la force obligatoire des déclarations unilatérales de volonté⁴. Cette théorie permet surtout d'expliquer pourquoi certaines obligations sont mises à la charge des parties alors qu'il est évident qu'elles ne sont jamais entrées dans le champ contractuel. Parfois, cela permet de donner à certaines obligations une dimension plus large que celle prévue par les contractants. Il s'agit enfin d'explicitier la raison pour laquelle, une partie ne peut mettre en œuvre un droit issu du

¹ X. Dieux, op. cit. p. 155.

² X. Dieux, op. cit. p. 156.

³ Idem.

⁴ Voir en matière de quasi-contrats et de loteries publicitaires : Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002 : Bull. civ. n° 4 ; R., p. 448 ; BICC 15 oct. 2002, concl. De Gouttes, rapp. Gridel ; D. 2002. 2963, note D. Mazeaud ; ibid. AJ. 2531, obs. A. Lienhard ; JCP 2002. II. 10173, note Reifegerste (2e esp.) ; JCP E 2002. 1687, note Viney (1er esp.) ; Gaz. Pal. 2002. 1725, concl. De Gouttes (2e esp.) ; Defrénois 2002. 1608, obs. Savaux ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 151, note Raymond (2e esp.) ; LPA 24 oct. 2002, note Houtcieff (2e esp.) ; Comm. com. élec. 2002, n° 156, note Stoffel-Munck. - Même sens : Civ. 1re, 18 mars 2003 : Bull. civ. I, n° 85 ; D. 2003. IR. 1009 ; Defrénois 2003. 1168, obs. Libchaber ; Contrats Conc. Consom. 2003, n° 100, note Raymond ; RDC 2003. 80, obs. Fenouillet. Selon le professeur Mazeaud, « le critère de l'obligation quasi contractuelle ne réside plus dans l'avantage indûment reçu d'autrui à la suite d'un fait volontaire spontané et désintéressé, mais dans l'illusion légitime créée chez autrui à la suite d'un fait volontaire, fût-il intéressé » (note précit.).

contrat, tel que la résolution ou l’exécution forcée, de manière temporaire voire définitive alors que le contrat a été valablement formé.

La théorie du respect des anticipations légitimes d’autrui permet alors, dans certains cas, de conforter des institutions déjà en place, comme l’est la théorie des contrats synallagmatiques. Dans d’autres situations, cette nouvelle perspective constitue le fondement direct et autonome de solutions juridiques telles que celles développées dans les contrats entre absents dans une dimension antéjudiciaire. Il arrive enfin que cette théorie résolve une problématique de responsabilité civile contractuelle de « deuxième type »¹ puisée dans la force obligatoire de la convention et non dans son contenu obligationnel².

Reste donc à vérifier si cette dynamique est validée par le droit français.

Section II – La validation contemporaine de l’anticipation légitime d’autrui

135. Variations autour de l’anticipation légitime : la bonne foi comme clef. Dans la mesure où la conceptualisation de l’anticipation légitime d’autrui est issue de l’objectivation de la bonne foi, il convient, dans un premier temps, de vérifier si le droit positif fait de cette loyauté un devoir orienté vers autrui, sanctionné à l’échelle de l’altérité (§1). Au-delà de cette validation immédiate, c’est dans des notions souvent présentées comme proches, à savoir l’équité et l’estoppel, que l’anticipation légitime d’autrui pourrait prendre un tour moderne et imprévu en droit français (§2).

§ 1 – Validation immédiate : anticipation légitime d’autrui et bonne foi

136. Impressionnisme : la nécessité de l’enseignement historique. Toute étude portant sur la bonne foi ne manque pas de souligner la difficulté terminologique qu’emporte l’exercice : il est en effet fort délicat de donner une définition permettant de recouper toutes les subtilités de cette notion³.

¹ X. Dieux, op. cit. p. 156.

² V. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

³ R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Thèse Bordeaux, Paris : LGDJ, 1939, pp.38-39, qui affirme de façon significative que « si l’on croit pouvoir donner véritablement une définition unique de la bonne foi, cette définition ne peut être que vague et imprécise. ». L’auteur ajoute qu’une « unité de fondement ne serait pas moins inutile. Elle tend à rétablir la cohésion là où on se trouve, au contraire, frappé par une diversité évidente. ». M. le professeur Loussouarn constate pareillement l’impossibilité de donner de la bonne foi une définition unique de nature à rendre compte de l’ensemble de ses aspects (« Rapport de synthèse », in *Travaux de l’association Henri Capitant, La bonne foi*, Paris, Litec, 1994, p.11).

Il conviendrait, pour simplifier l'exercice¹, de distinguer la fonction interprétative de la bonne foi de sa fonction complétive, sa fonction limitative de sa fonction adaptative². Dans sa fonction interprétative, la bonne foi permet au juge d'interpréter le contrat en fonction du but que la bonne foi lui astreint. Dans sa fonction complétive, la bonne foi permet de parfaire le contenu du contrat en fondant un certain nombre d'impératifs qui n'avaient pas été expressément envisagés par les parties. Lorsque l'on évoque la fonction limitative de la bonne foi, c'est essentiellement à l'abus de droit qu'il est alors fait référence. Enfin, la bonne foi remplirait une fonction adaptative en permettant l'adaptation du contrat aux circonstances extérieures. Au-delà du caractère descriptif et pédagogique de telles distinctions, n'est-il pas possible d'y voir une dissolution de la bonne foi dans ses diverses applications ?

Certains auteurs ont également envisagé d'opérer une distinction entre deux manifestations de la bonne foi en matière contractuelle. Ainsi, dans sa thèse de 1939, Vouin distingue la bonne foi contractuelle et la bonne foi du contractant : « Il est possible d'envisager la bonne foi individuelle d'un contractant dans le but de lui accorder une faveur, comme aussi de considérer, d'une manière abstraite, les limites et les exigences de la bonne foi pour prétendre en déduire, dans leur nature et leur étendue, les droits et obligations de l'une et de l'autre des parties au contrat. On peut donc opposer, pour les étudier séparément, la bonne foi des contractants et la bonne foi contractuelle »³. Le fait de différencier deux aspects majeurs de la bonne foi conduit naturellement à se demander si la notion est nécessairement dualiste, si elle ne peut être unitaire.

M. Picod se réfère pareillement à la loyauté contractuelle et à la loyauté du contractant dans l'exécution du contrat comme à deux concepts distincts. Dans le premier cas, il s'agirait de déterminer le contenu *obligationnel*, alors que dans le second cas, il s'agirait de savoir comment les parties exécutent leurs obligations, et comment elles se comportent dans l'exercice des droits qu'elles tirent du contrat⁴.

Dans sa thèse, M. Stoffel-Munck a, à nouveau, établi la distinction en lui attribuant un caractère essentiel : « L'opposition entre la bonne foi définie comme norme d'interprétation et la bonne foi conçue comme exigence d'humanité et de probité, paraît fondamentale »⁵. La loyauté contractuelle serait absorbée dans l'article 1135 du code civil, alors que seule la loyauté des contractants constituerait le sens propre de la bonne foi visée à l'article 1134, alinéa 3. La loyauté

¹ Sans pour autant le rendre simpliste.

² Voir notamment, R. Looir, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire DEA ss. la dir. de Ch. Jamin, 2002, Lille.

³ R. Vouin, op. cit., p. 53.

⁴ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon, préface de Couturier G., Paris, LGDJ, 1989, p. 21.

⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, Thèse Aix-Marseille, préface R. Bout, Paris, LGDJ, 2000, p. 81.

contractuelle se présente alors pour cet auteur comme « une fidélité à l'opération que les parties ont entendu réaliser par leur convention. Dans cette optique, le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché »¹. Il existerait donc une différence de nature fondamentale entre bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant. Ainsi, la bonne foi semble bien perdre toute unité dans ses applications.

La bonne foi apparaît d'autant moins comme une notion unitaire qu'elle semble dépendante du contrat en cours d'exécution. En effet, l'article 1134, alinéa 3 du code civil constitue au sein de ce dernier la seule disposition de portée générale visant expressément l'exigence de bonne foi. Or, il ne vise la bonne foi que dans le seul cadre de l'exécution du contrat. De plus, intervenant dans le cadre de l'exécution du contrat, la bonne foi est souvent présentée comme une obligation contractuelle², comme pouvant entraîner l'enclenchement d'une responsabilité contractuelle, et comme dépendante des impératifs propres à la matière contractuelle, tels que le respect du principe de force obligatoire du contrat³. La bonne foi apparaît dès lors profondément ancrée dans le champ contractuel. Néanmoins, il semble *a priori* impossible d'affirmer que la bonne foi intervenant dès la formation du contrat puisse se rattacher à l'article 1134 alinéa 3 du code civil, alors qu'aucun contrat n'est formé : qu'elle puisse être considérée comme obligation contractuelle, et être soumise aux règles présidant à l'exécution du rapport contractuel. La bonne foi exigée lors de la formation du contrat devrait donc être nettement distinguée de la bonne foi exigée lors de l'exécution du contrat. En ce sens, M. Picod a pu écrire que « la bonne foi dans la formation du contrat n'a pas le même fondement et la même nature que dans l'exécution du contrat : il s'agit d'obligations pré-contractuelles qui ne découlent pas de l'article 1134 alinéa 3 du code civil [...]. Enfin, étendre notre recherche à la formation du contrat risquerait de lui faire perdre sa cohésion et sa logique propre »⁴. D'ailleurs, de nombreux travaux envisagent séparément la bonne foi avant le contrat et la bonne foi lors de l'exécution du contrat⁵. La bonne foi ne semble donc pas pouvoir être envisagée de façon unitaire.

Néanmoins, à rebours de ce constat doctrinal, il semble possible, à travers l'histoire du concept, de donner à la notion de bonne foi une dimension unitaire à laquelle une partie de la doctrine et une certaine jurisprudence semblent adhérer (A). C'est une fois ce travail historique accompli qu'il sera alors possible de mettre en évidence l'unité et la modernité de ce concept au regard du respect de l'anticipation légitime d'autrui (B).

¹ Ibidem p. 83.

² Voir par exemple P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 796.

³ Idem.

⁴ Y. Picod, *op. cit.*, pp.14-15.

⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9ème édition, Précis Dalloz, 2005, et Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*

A – Histoire de la bonne foi

137. Legs romain : de la *fides* à la *bona fides*. Il semble constant¹ que la bonne foi remonte à la période romaine à travers la notion de *fides*, qui signifie principalement abandon et respect de la parole donnée. Si ce concept est tout d'abord une notion religieuse et sociale elle tend, dès le II^{ème} siècle avant JC, à se transformer en concept juridique.

Pour Volansky, la *fides* « est d'abord l'adoption d'une direction de la vie et c'est ensuite la soumission complète des actes de la vie à ses injonctions »². Illustrant sa définition de la notion, l'auteur se réfère aux institutions de la clientèle et du patronat à Rome, caractérisées par un lien de dépendance. En effet, l'expression indiquant l'état de dépendance et de protection du client est *in fide esse*, et l'acte par lequel le client se met sous la dépendance du patron, ainsi que celui par lequel celui-ci le reçoit, en sa qualité de client, sont désignés respectivement par les expressions *in fidem se dedere* ou *in fidem accipere*. Ces termes sont révélateurs de l'emploi de la notion au sein de ces institutions.

Puis, Imbert relève qu'avec le temps, la *fides* a pris à Rome, vers le deuxième siècle avant JC, le sens de « confiance, de croyance à la parole donnée qui ne suppose plus qu'un engagement intellectuel et non pas personnel³ ». La *fides* implique donc le respect de la parole donnée.

L'auteur d'un ouvrage sur les mentalités et les institutions politiques romaines classe ainsi la *fides* parmi les valeurs fondamentales de la Cité, une « méta-valeur⁴ »⁵. Il semble ainsi délicat, aux origines de Rome, de faire de la *fides* un concept juridique car « aucune action de la loi ne sanctionne la *fides* en tant que telle, et, dans la mesure où le lien issu de la *fides* est l'objet de la réglementation, c'est par référence aux habitudes sociales »⁶.

¹ A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Thèse Paris: Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929, p. 53.

² A. Volansky, *op. cit.* p. 248.

³ J. Imbert, « De la sociologie au droit : la '*Fides*' romaine », in *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique*, Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris : Sirey, 1959, p. 413.

⁴ E. Cizek, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris, Fayard, 1990, p.36.

⁵ Toutefois, il convient d'ajouter que comme « tous les concepts sociaux fondamentaux, la *fides* est divinisée dès la plus haute antiquité » (J. Imbert, *op. cit.* p. 408). Volansky a d'ailleurs pu parler de « caractère religieux fondamental de la *fides* » (Volansky, *op. cit.*, p. 248). La *fides* était en effet une déesse, en l'honneur de laquelle un temple avait été érigé au Capitole. Elle était la divinisation d'une caractéristique de Jupiter, qui, parmi ses attributions, était le dieu protecteur des contrats, *Deus fidius*, dieu du serment et de la loyauté (Ph. Le Tourneau, « Bonne foi », in *Rép. civ.* Dalloz, 1995, volume III p.2). Cette divinité trouvant son siège dans la main droite, l'engagement placé sous la protection de la déesse se traduisait logiquement dans la remise de la main droite dans la main droite de celui à qui on se confie : la présentation de la paume de sa main peut alors être interprétée comme l'engagement selon lequel on ne peut libérer son corps qu'en s'acquittant de son obligation..

⁶ J. Imbert, *op. cit.* p. 411. En sens identique, deux autres auteurs (G. Lepointe, R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'Ancien droit français*, Paris : Sirey, 1954, p.55) ont pu souligner qu'à Rome, la *fides* imposait le

Toutefois, parallèlement à la persistance de la notion religieuse et sociale de *fides*, se développe à Rome, à partir du deuxième siècle avant notre ère, un phénomène de renouvellement de la notion. En raison de la transformation de la ville en Etat, de l’intrusion d’étrangers, de l’essor du commerce et des rapports d’affaires, il devient nécessaire de transformer les rapports entre individus. En effet, « l’intérêt obscurcit les relations entre les gens, les craintes de malhonnêteté ne sont plus vaines, et les vieilles mœurs de la Cité sont atteintes. Le besoin de morale est alors mis en exergue par les philosophes, et c’est ce qui provoquera l’intervention de l’autorité publique, par l’intermédiaire du prêteur »¹. Ce dernier, s’inspirant sans doute des arbitrages coutumiers, introduit dans le domaine juridique l’obligation du respect de la conception généreuse de la *fides* : la *bona fides*. L’objectif est alors d’imprimer à des devoirs la précision imposée par les normes juridiques, de les sanctionner juridiquement : faire de la *fides* une obligation.

Ainsi, les contrats sanctionnés par la *fides* n’avaient pas besoin d’être soumis à un formalisme particulier et seront par la suite désignés sous le terme de contrats consensuels. Ces contrats dits de bonne foi, synallagmatiques, sont alors opposés aux contrats dits de droit strict, unilatéraux. Le rôle du juge s’est alors accru. L’auteur d’une thèse récente a en effet mis en exergue le fait que le pouvoir d’appréciation conféré au juge dans le cadre des contrats de bonne foi ne se limitait à l’interprétation de la volonté des parties². Le juge était en mesure d’aller au-delà en tenant compte des exigences de la bonne foi. Il s’appuyait, pour ce faire, sur le modèle de l’homme de bien, « le *bonus vir* auquel Cicéron fait référence en le définissant comme l’homme qui se rend utile autant qu’il le peut et ne nuit à personne à moins qu’on ne le provoque injustement »³. C’est d’ailleurs Cicéron qui atteste de l’importance de la bonne foi à Rome, puisqu’il en fait le fondement de la justice⁴. C’est dire, qu’à Rome, l’exigence de bonne foi n’est pas propre à la matière contractuelle.

Ainsi, à partir du deuxième siècle avant J-C, le droit privé est marqué du sceau du *bonus vir*. Au demeurant, dans le domaine contractuel, le juge utilise le concept de bonne foi, autant lors de la formation que de l’exécution du contrat⁵. Néanmoins, cette réception juridique du

respect des obligations entre voisins sans que le droit n’ait à les sanctionner. La sanction était purement morale : la *fides* n’évoquait nullement le domaine du droit.

¹ R. Looir, *Les fondements de l’exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire DEA ss. la dir. de Ch. Jamin, 2002, Lille, p. 27.

² J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier, (Fraus omnia corrumpit)*, Thèse Bruxelles, préface de P. Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp.40-46.

³ R. Looir, *op.cit.* p. 28/29.

⁴ A. Volansky, *op. cit.*, p.156, qui fait référence à la pensée de Cicéron.

⁵ R. Looir, *op.cit.* p. 29

concept de bonne foi n'élude pas le caractère socio-religieux de la notion : l'on ne peut que relever la « permanence d'un sous-entendu divin »¹.

Au final, il semble évident que l'acquis romain ne se limite pas à la construction d'une notion juridique permettant d'éclairer le comportement contractuel aux stades de la formation ou de l'exécution du contrat. De manière primaire et continue, la bonne foi est une norme de comportement social, une « vertu publique »². Il n'est dès lors pas étonnant que les deux inspireurs que du code civil que furent Domat et Pothier aient consacré des passages importants de leurs œuvres à la conceptualisation de la bonne foi.

138. Domat et Pothier. Il paraît essentiel de souligner, de manière liminaire, que Domat souhaite annihiler la distinction romaine entre contrats de bonne foi et contrats de droit étroit au bénéfice d'une généralisation autour de la bonne foi : cette différence entre le plus ou le moins d'étendue de la bonne foi n'a plus lieu d'être car « par la nature et par notre usage tout contrat est de bonne foi, en ce qu'il y a toute l'étendue que l'équité peut y demander »³.

Ainsi, Domat développe dans son *Traité des lois*, en son chapitre cinquième, quatre grands principes devant gouverner les engagements entre les hommes. Il s'agit tout d'abord de la force obligatoire des conventions : « Tout homme étant un membre du corps de la société doit y remplir ses devoirs, et ses fonctions, selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe, et par ses autres engagements. D'où il suit, que les engagements de chacun sont comme ses lois propres » ; il y ajoute une formule très proche de celle l'article 1135 du code civil : « dans les engagements volontaires, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés. Ainsi le vendeur doit déclarer sincèrement les qualités de la chose qu'il vend, il doit la conserver jusqu'à ce qu'il la délivre, et il doit la garantir après qu'il l'a délivrée ».

En outre, il exprime le souhait que chacun prenne en compte, dans un souci de limitation des droits, les intérêts de l'autre : « dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires, qui peuvent être des matières des Lois civiles, on se doit réciproquement ce que demandent les deux préceptes que renferme la seconde loi, l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que

¹ J.-B. Baud, « La bonne foi depuis le Moyen Age », Conférence à l'Ecole doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X-Nanterre, disponible sur internet : http://www.balde.net/articles/Baud-Bonne_foi.html , p.1.

² R. Looir, op. cit. p. 31.

³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, revue corrigée et augmentée, Paris, Delalain libraire, 1777, préface p. 6.

nous ne voudrions pas que d’autres nous fissent. Ce qui comprend la règle de ne faire de tort à personne, et celle de rendre à chacun ce qui lui appartient ». Pour finir, il affirme l’exigence de bonne foi : « en toute sorte d’engagements, soit volontaires, soit involontaires, il est défendu d’user d’infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi, et de toute autre manière de nuire ou de faire du tort »¹.

Dans la mesure où Domat fait de l’amour envers Dieu et de l’amour entre les hommes², le fondement de tout engagement, il accorde au principe de bonne foi une valeur supérieure³. Domat en fait ainsi un principe plus général que celui de la force obligatoire tout en la nuancant : « Les manières dont chacun ménage ses intérêts lors de la convention, et la résistance de l’un aux prétentions de l’autre dans l’étendue de ce qui est incertain et arbitraire et qu’il faut régler, n’ont rien de contraire à la bonne foi »⁴.

Quant au fait de savoir, comment doit répondre une partie à un comportement de mauvaise foi de la part de l’autre, Domat semble esquisser une solution lorsqu’il précise au sujet du commandement d’aimer : « comme ce commandement est indépendant du mérite de ceux que l’on doit aimer, et qu’il n’excepte que ce soit, il oblige d’aimer ceux qui sont le moins aimables, et ceux mêmes qui nous haïssent. Car la loi qu’ils violent subsiste pour nous, et nous devons souhaiter leur vrai bien, et le procurer, autant que l’espérance de les ramener à leur devoir, pour ne pas violer le nôtre »⁵.

Pour conclure sur son œuvre, on peut affirmer avec un auteur que la bonne foi est « au centre du raisonnement de Domat »⁶. Puisque Pothier est souvent présenté comme le continuateur de l’œuvre de Domat, il est logique de trouver dans les œuvres de l’Orléanais une pérennisation de cette conception de la bonne foi.

Pothier établit également un parallèle ostensible entre la bonne foi et la morale religieuse imposant l’amour entre les hommes : « Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s’écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus

¹ J. Domat, *Traité des lois*, p. 7.

² En tant que chrétien, Domat considère que de l’amour de Dieu procède « le commandement d’aimer qui est le principe de toutes les règles des engagements » (Domat, *Traité des lois* p. 2). Il n’est dès lors pas étonnant que Domat reprenne à son compte l’exigence de bonne foi qu’a su dégager le droit romain.

³ « Les lois sont plus générales à mesure qu’elles approchent plus des premières, et à proportion qu’elles descendent dans le détail, elles le sont moins. Ainsi quelques-unes sont communes à toute sorte de matière, comme celles qui ordonnent la bonne foi, et qui défendent le dol et la fraude, et autres semblables. D’autres sont communes à plusieurs matières, mais non pas à toutes : ainsi cette règle, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les font, convient aux ventes, échanges, louages, transactions, et à toutes les autres espèces de conventions ; mais n’a pas de rapport à la matière des tutelles, ni à celle des prescriptions » (Ibidem p. 25).

⁴ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 26. Comme le remarque Romain Looir, chez Domat, « la bonne foi ne s’oppose donc pas à ce que chacun préserve ses intérêts légitimes » (op. cit. p. 43).

⁵ J. Domat, *Traité des lois*, p. 6.

⁶ R. Looir, *op. cit.* p. 44.

scrupuleuse »¹. Pour justifier une telle revendication, il affirme que « l'union qui doit être entre les hommes, l'amour que nous devons avoir les uns pour les autres, ne nous permet point de préférer notre intérêt particulier à l'intérêt des autres : d'où il suit que, quoiqu'on puisse taire certaines choses par prudence, on ne peut néanmoins taire pour son profit ce que ceux avec lesquels nous contractons, ont intérêt de savoir »².

Au final, après Domat et Pothier, et avant la réalisation du code civil de 1804, il semble s'inscrire dans l'histoire une certaine permanence au regard de la conception de la bonne foi. En effet, celle-ci se dégage principalement d'une perspective religieuse et tend à dépasser le simple domaine du droit ; en outre, elle semble être le vecteur de l'idée selon laquelle, l'honnête homme prend en considération les intérêts d'autrui.

139. Les rédacteurs du code civil et la bonne foi. Même s'il est aisé de remarquer que les travaux préparatoires ne font que très rarement référence à la notion de bonne foi, un auteur a proposé de ne pas pour autant en conclure le désintérêt des rédacteurs³. En plaçant primitivement le projet sous l'autorité de Domat et de Pothier, les rédacteurs ont, sans doute, acquiescé aux propos des deux éminents auteurs sur la bonne foi. De plus, en rappelant à maintes reprises la nécessité de légiférer en adéquation avec le droit naturel, l'équité, le cœur des hommes et la morale, il semble en effet impossible de conclure au désintérêt des rédacteurs et des tribuns pour

¹ Pothier, Tome II, *Traité des obligations*, pp.19-20. Il ajoute : « la seule dissimulation sur ce qui concerne la clause qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi ; car puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain autant que nous même, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place la seule dissimulation sur ce qui concerne la clause qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi ; car puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain autant que nous même, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place ».

² Ibidem p. 97. Mettant au centre de la convention la bonne foi et sa réciproque, la considération des intérêts d'autrui, Pothier va très loin et définit le comportement d'un contractant de bonne foi en posant des exigences positives et négatives : « Quoique, dans plusieurs affaires de la société civile, les règles de la bonne foi se bornent à nous défendre de mentir, et nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auraient intérêt de savoir, lorsque nous avons un égal intérêt de ne pas leur découvrir ; néanmoins dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec lequel nous contractons, a intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet du contrat. La raison est que la justice et l'équité, dans ces contrats, consiste dans l'égalité. Tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l'équité. Il est évident que toute réticence de la part de l'un des contractants, de tout ce que l'autre aurait intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet d'un contrat, blesse cette égalité : car, dès que l'un a plus de connaissance que l'autre touchant cette chose, il a plus d'avantage que l'autre à contracter ; il sait mieux ce qu'il fait que l'autre, et par conséquent l'égalité ne se trouve plus dans le contrat. En faisant application de ces principes au contrat de vente, il s'ensuit que le vendeur est obligé de déclarer tout ce qu'il sait, touchant la chose vendue, à l'acheteur, qui a intérêt de le savoir ; et qu'il pèche contre la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, lorsqu'il lui en dissimule quelque chose » (Tome III, *Traité du contrat de vente*, pp. 94-95).

³ R. Looir, *op. cit.* p. 55 et s. En effet, il serait plus logique de soutenir l'idée que c'est la continuité et sans doute l'évidence qui ont empêché tout réel débat sur la question.

ledit concept. Au demeurant, l’évidence de bonne foi élude malheureusement tout débat sur son origine¹.

Restent cependant quelques références à la bonne foi dans les travaux préparatoires. Ainsi, le tribun Favart affirme au sujet de la force obligatoire des contrats : « il n’y aura plus d’incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur une loi positive et garante de l’autorité des contrats, garante par conséquent des fortunes des particuliers, et, ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l’exécution des conventions »².

Quant au texte définitif, il ne consacre la bonne foi qu’au stade de l’exécution du contrat, n’en disant mot en matière extra-contractuelle, et pis, au niveau de la formation du contrat.

Toutefois, même si la conceptualisation de la bonne foi n’est pas poussée dans les travaux préparatoires et dans le code, il est une notion qui, elle, est bien développée : la considération des intérêts d’autrui.

En suivant Cambacérès, il est loisible de remarquer que bonne foi et préservation des intérêts d’autrui relèvent d’une seule et même réalité dans la lignée des travaux de Domat et Pothier : « il est permis de chercher son intérêt ; mais il ne l’est pas de le chercher aux dépens de l’intérêt d’autrui ; il ne l’est pas de fouler aux pieds le fondement de tous les engagements, la bonne foi. Laissons aux perfides Carthaginois la honte de l’antique proverbe de la foi punique, qui a flétri plus d’une moderne Carthage. Le peuple français ne doit et ne veut connaître d’autre intérêt ni d’autres moyens de le conserver que la franchise, la droiture, la fidélité à tenir ses engagements »³.

La préservation des intérêts d’autrui est encore imposée et reliée à la bonne foi par les rédacteurs au cours du discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement : « sans doute, il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement, en traitant ensemble ; mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi »⁴.

Si la bonne foi a ainsi été quelque peu oubliée des travaux précédant l’adoption du code civil, il ne faut donc pas pour autant occulter son importance pour les rédacteurs et les tribuns. L’esprit du code et l’emprunt avoué au passé font en réalité de la bonne foi une notion essentielle

¹ Voir R. Looir, *op. cit.*, p. 54.

² A.-P. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l’édition de 1827, Osnabrück : Otto Zeller, 1968, Tome XIII, rapport du Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, p. 319.

³ A.-P. Fenet, *op. cit.*, deuxième projet du code civil de Cambacérès, rapport fait à la convention nationale, Tome I, p.108.

⁴ Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, Tome XII, p. 515.

dépassant le domaine des contrats en affleurant avec le principe moral de considération des intérêts d'autrui.

140. La doctrine postérieure au code civil. Par la suite, au cours du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle, deux tendances antinomiques ont pu s'exprimer quant à la question des rapports entre l'exigence de bonne foi et celle de respect de la volonté des parties¹. Pour les garants de l'autonomie de la volonté², la bonne foi ne doit produire d'effets que dans le respect de l'intention des parties. Elle est avant tout une règle d'interprétation de la volonté des contractants. Pour d'autres, la bonne foi doit produire des effets plus énergiques, et peut permettre au juge d'aller au-delà de la simple intention des cocontractants. Si la première tendance paraît marquer une rupture nette avec la doctrine historique de la bonne foi, la seconde s'inscrit, quant à elle, dans une certaine continuité historique.

Dans le cadre d'une étude sur la réception des exigences l'altérité dans le domaine contractuel, il semble plus pertinent de s'intéresser à la réception de la prise en considération des intérêts d'autrui dans la doctrine postérieure au code civil.

141. La considération des intérêts d'autrui dans la doctrine post-code civil. Larombière est l'un des rares auteurs au XIX^{ème} siècle à s'intéresser aux fondements de la bonne foi, il écrit en effet : « Ces mots, bonne foi, ont une très large acception. Ils expriment tous les sentiments honnêtes d'une droite conscience. Sans exiger un raffinement de délicatesse qui pousse le désintéressement jusqu'au sacrifice, la loi bannit des contrats les ruses et les manœuvres astucieuses, les procédés malhonnêtes, les calculs frauduleux, les dissimulations et les simulations perfides, la malice enfin qui, tout en se déguisant sous les apparences de la prudence et de l'habileté, spéculé sur la crédulité, la simplicité et l'ignorance »³. Larombière envisage ainsi un certain désintéressement : le contractant doit prendre en compte les intérêts de son cocontractant pour exécuter loyalement la convention. Pareillement, en interdisant de tirer profit de la faiblesse de l'autre, il prohibe de « nuire à ses intérêts, ce qui révèle une certaine bienveillance »⁴.

C'est au demeurant le XX^{ème} siècle qui va réellement replacer la bonne foi au centre de l'échiquier en exigeant que le contractant prenne en considération les intérêts de l'autre. Ainsi,

¹ Pour une présentation détaillée de cet affrontement, voir Looir R., op. cit. p. 61 à 72, et nos développements sur l'autonomie de la volonté, supra n° 26 et s.

² V. supra n° 26 et s.

³ M. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III, du code Napoléon*, Paris : Durand, 1857, p. 363.

⁴ R. Looir R., op. cit. p. 73.

Gorphe, dans sa thèse écrit que la bonne foi « est l'âme des relations juridiques »¹. Il ajoute qu'elle est « la consécration du devoir moral de ne pas tromper autrui, qui n'est lui-même qu'une application de la norme générale qui commande de ne pas faire de mal à son prochain ou de ne léser personne sans droit ou nécessité »². Volanski, quant à lui, essaie de démontrer que l'intégralité du droit est fondée sur le concept de bonne foi. Pour ce faire, il s'appuie sur une conception relationnelle du droit : il est évident que pour lui la bonne foi exige au préalable l'existence d'un rapport entre deux personnes. De la sorte, la bonne foi devient « le vecteur de l'entente avec l'autre. En tant que telle, elle présuppose la prise en compte de ses intérêts »³.

142. Ripert et Demogue. Dans, sa thèse, Ripert ambitionne de démontrer que le droit des obligations est intimement lié à la morale chrétienne. Il en arrive assez rapidement à la conclusion que la bonne foi, elle-même, est un dérivé logique de cette morale qui exige que l'on ne nuise point aux autres. Toutefois, le moralisme de Ripert est tempéré par une conceptualisation pragmatique de l'économie puisqu'il remarque souvent, que le marché est également le lieu d'une rencontre, voire d'un affrontement entre des intérêts fréquemment opposés : « L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique »⁴.

Il n'est dès lors pas opportun pour le droit d'intervenir chaque fois qu'un contractant essaie de ménager au mieux ses intérêts. La sanction juridique ne devra intervenir que lorsque le sacrifice des intérêts de l'un dépasse un seuil fixé par la bonne foi. Comme chez M. Xavier Dieux, la bonne foi, le respect des anticipations légitimes d'autrui, ne peuvent se comprendre que dans une réflexion menée sur la limitation du contenu et de l'étendue des droits conventionnels⁵ : il convient de déterminer un équilibre entre les intérêts de chacun⁶. Néanmoins, c'est chez Demogue que le lien entre prise en considération des intérêts d'autrui et bonne foi est le plus éclatant.

¹ F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Thèse Paris, Dalloz, 1928, p. 45.

² Idem.

³ R. Looir, op. cit. p. 74. Voir également, Volanski, op. cit p. 164.

⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème édition (1949) republiée, Paris : LGDJ, 2000, p. 293. Au confluent d'une vision morale du droit et d'une conception réaliste de l'économie il ajoute, dans un souci constant de nuance : « Que la lutte des intérêts soit la condition même du progrès économique ou qu'elle manifeste au contraire l'infériorité de l'organisation économique présente, qu'elle soit désirable ou tolérée, elle existe, et le droit civil doit en tenir compte. Ce droit marque la limite de la ruse autorisée en admettant le dol parmi les vices du consentement » (op. cit. p. 294) ; la bonne foi se pose donc comme le critère sûr pour déterminer si les intérêts de l'autre ont été suffisamment pris en considération.

⁵ V. supra n° 119.

⁶ Ripert résume ainsi cette vision du droit : « Le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'un envers l'autre. L'existence de la situation contractuelle leur crée en quelque sorte des devoirs particuliers. Ils ont sans doute des intérêts opposés, mais la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale, et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite » (Ripert R., op. cit. p. 298).

Comme envisagé précédemment¹, la théorie du microcosme contractuel est tout entière tournée vers la notion de bonne foi. Le solidarisme contractuel est en effet une doctrine juridique affirmant que chaque partie doit prendre en considération les intérêts de l'autre. Il en résulte notamment, une obligation d'information lors de la formation de la convention, l'obligation de faciliter l'exécution du contrat, l'obligation de prévenir et limiter la survenance d'un dommage.

L'histoire de la notion de bonne foi montre que celle-ci se place inexorablement au-delà du droit : elle est avant tout une civilité que la morale sociale ou religieuse consacre. Elle semble en outre fondée sur l'idée selon laquelle il convient de prendre en considération les intérêts d'autrui. Si les origines de la bonne foi, nonobstant les variations induites chez chaque auteur ou courant doctrinal, s'orientent autour de ces idées, il est désormais intéressant d'analyser la vision moderne de la bonne foi.

B - Modernité de la bonne foi au regard de l'anticipation légitime

143. Afin de déterminer dans quelle mesure la bonne foi unitaire présente une dynamique moderne au regard de la théorie selon laquelle respect est dû aux anticipations légitimes d'autrui, il paraît essentiel d'analyser successivement son actuelle conceptualisation doctrinale (1), sa réception prétorienne (2) et son avenir à plus ou moins long terme (3).

1 - La doctrine contemporaine et la bonne foi

144. Altruisme juridique. Il est ici aisé de présenter les continuateurs de la doctrine de Demogue comme ceux ayant contribué à faire de la bonne foi le pivot du droit contractuel : que ce soit dans les travaux de M. le professeur Christophe Jamin² ou dans ceux de M. Denis Mazeaud³, l'idée de solidarité implique celle d'altruisme afin de ne pas céder aux sirènes d'un ultra-libéralisme où le différentiel de pouvoir économique impliquerait un déséquilibre juridique.

Au-delà de la doctrine solidariste, d'autres auteurs ont souhaité faire de l'altruisme le fondement de l'exigence de bonne foi. Ainsi, Mme Thibierge-Guelfucci considère que « par delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de

¹ Voir supra n° 62.

² Notamment : Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 341

³ Notamment : D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Editions du juris-classeur, 1999, pp.632-634.

ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d’une sorte de solidarité, voire de fraternité contractuelle. Le souci n’est plus seulement d’être juste ; il est aussi d’être altruiste »¹ ; elle ajoute : « en vertu de ce principe de fraternité contractuelle, chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par delà son propre intérêt, l’intérêt du contrat et celui de l’autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l’exécution et le maintien du contrat compris comme la base d’une collaboration »².

Plus encore que Domat et Pothier quant à leur perspective religieuse et morale de la bonne foi, M. le professeur Alain Sériaux a pu écrire : « La bonne foi de l’article 1134 c’est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot, de l’aimer comme un frère »³.

Ces conceptualisations s’insèrent alors parfaitement dans la mouvance historique de la bonne foi telle qu’elle a pu apparaître dès Rome si on laisse de côté le mouvement a-historique de l’autonomie de la volonté au XIX^{ème} siècle. La bonne foi est en effet clairement liée à la prise en considération des intérêts d’autrui.

Ces thèses en faveur d’un altruisme contractuel s’opposent à un égoïsme strict dans le domaine juridique : « Le terme d’altruisme, tel qu’il permet de caractériser l’idée à la base de la bonne foi, véhicule simplement l’idée du souci de l’autre, de prise en compte de ses intérêts. En tant que tel, il traduit des considérations morales »⁴.

145. La bonne foi, un concept méta-contractuel. Historiquement, il a été constaté que la bonne foi répondait principalement à une exigence sociale et religieuse. A Rome comme dans les écrits de Domat et de Pothier, la bonne foi est avant tout une valeur essentielle de la vie en société. Chez ces derniers, il est notamment fait référence à l’équité et au droit naturel pour fonder l’exigence. Pour Demogue, c’est en ayant recours à la philosophie politique du solidarisme que l’on parvient à fonder la bonne foi. Quant à Ripert, l’origine et la vertu morale de la bonne foi sont ostensiblement mises en exergue. Il en résulte une interrogation légitime : puisque extérieure au contrat, pourquoi la bonne foi ne devrait-elle s’imposer qu’aux contractants ? Le fait que ces auteurs affirment que la bonne foi doit également présider à la formation du contrat semble appuyer cet argument : il est assez difficile de faire de la bonne foi une simple obligation contractuelle, si elle doit s’imposer alors que le contrat n’est pas encore

¹ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, pp. 376-377.

² Ibidem p. 382.

³ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, 2006, p. 229.

⁴ R. Looir, op. cit. p. 99.

conclu¹. Il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence en impose le respect dès la phase de la formation.

Si l'on s'accorde enfin pour voir dans la bonne foi une exigence liée à l'altérité, il paraît assez logique d'affirmer que le respect de l'autre ne peut se limiter à la phase conventionnelle. L'on a pu ainsi écrire que « la bonne foi n'est [...] pas une exigence spécifique aux contractants. En effet, à la lumière de l'histoire, il a été possible de constater qu'elle répondait à des exigences dépassant largement le cadre de la seule relation entre contractants. En outre, il s'est avéré qu'elle s'était toujours illustrée en dehors du seul domaine contractuel, et qu'elle ne lui était donc pas propre, la présence du contrat ne la marquant d'ailleurs pas d'une empreinte particulière »².

La première conséquence qu'aurait une telle présentation serait de déclarer le régime de la responsabilité contractuelle inapplicable à un manquement à la bonne foi. C'est ce que remarque M. le professeur Stoffel-Munck à l'égard de la bonne foi du contractant car elle jurerait avec l'aspect moral et social de cette bonne foi³. On peut surtout affirmer qu'une « telle solution est conforme à la nature fondamentale de la bonne foi et des exigences qui en découlent »⁴.

Revenir à la conception historique de la bonne foi permet également de dépasser l'opposition classique entre les tenants du solidarisme et de l'autonomie de la volonté. Ainsi, en réponse à la question de savoir si la bonne foi doit être englobée dans le respect de la force obligatoire des contrats, ou si la bonne foi est un frein à cette force, il semble possible de dessiner une troisième voie.

Il a été démontré qu'à la période romaine, la *fides* impliquait le respect de la parole donnée : bonne foi et respect de la parole donnée sont placés sur un strict plan d'égalité. Par la suite, Domat a clairement fait de la bonne foi un principe supérieur à celui de la force obligatoire. Quant aux rédacteurs du code civil, ils ont su faire à la force obligatoire une place prééminente sans toutefois ôter à la bonne foi son caractère historiquement essentiel.

¹ Cass. Com. 10 mai 1989, JCP éd. G., 1989-II-21363, note Legeais : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son client est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager ».

² R. Looir, op. cit. p. 124.

Néanmoins, l'idée selon laquelle, la bonne foi relèverait d'une exigence qui ne serait pas propre au contrat mais découlerait d'un devoir général que la responsabilité contractuelle ne viendrait pas sanctionner, n'est pas partagée par tous les auteurs.

Le professeur Stoffel-Munck a en effet contesté que l'on puisse exclure du contrat les exigences imposées aux contractants sur le fondement de la bonne foi contractuelle. Il convient selon lui de distinguer : la bonne foi du contractant répond selon lui à cette norme générale de civilité : « Si la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extra contractuel, on ne voit pas pour quelle raison elle changerait de nature au cours de l'exécution du contrat » (Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 116). Selon lui, la bonne foi du contrat permettant d'ajouter des obligations ne peut reposer sur un fondement extérieur à la convention (Ibidem p. 81).

³ Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 131.

⁴ R. Looir, op. cit. p. 135.

Afin de concilier cet ensemble, peut-être est-il judicieux de se référer à l'indépendance de la bonne foi. S'il s'agit bien d'un concept puisant sa force dans une morale sociale imposant à chacun de respecter l'autre et ses intérêts, il ne fait pas de doute que le principe du respect de la parole donnée ne peut être imposé que si un engagement existe. Pour résoudre la problématique liée à l'équilibre entre bonne foi et force obligatoire, il conviendrait alors d'affirmer que le principe spécial de respect des engagements doit être éclairé par le principe général de respect de la bonne foi. Il ne s'agit pas ici de savoir qui doit l'emporter mais de savoir dans un domaine précis comment la force obligatoire peut être mise en œuvre au regard d'un principe méta-contractuel, la bonne foi. Au demeurant, l'analyse impose d'affirmer qu'en cas de contradiction entre la force obligatoire et la bonne foi, il conviendra de trancher, comme on le faisait à l'époque romaine, en faveur de la bonne foi car elle dépasse le domaine contractuel¹. Dans tous les autres cas, les plus nombreux, la bonne foi servira à éclairer le respect de la convention en s'assurant que l'un des contractants en ménageant ses propres intérêts n'a pas trop nié les intérêts de l'autre partie² : « La bonne foi n'est pas sous la dépendance du contrat conclu, elle répond à des considérations bien supérieures, est avant tout une exigence parallèle à la force obligatoire. Elle peut constituer un contrepoids à cette dernière, puisqu'elle ne lui est pas soumise »³.

S'il est désormais établi que la bonne foi présente une unité en tant qu'elle procède d'un altruisme social dépassant le seul domaine du contrat, encore faut-il en dresser l'esquisse de ses différentes applications en droit français.

2 – L'essor prétorien de la bonne foi unitaire

146. Postulat méthodologique. L'honnêteté commande ici d'affirmer que les prescriptions de la théorie selon laquelle le respect de l'anticipation légitime d'autrui est un

¹ Sans que cela ne remette en cause le fait que le créancier soit créancier : la bonne foi fait échec à la mise en œuvre de l'obligation, elle ne fait pas disparaître la créance : v. Com. 10 juillet 2007, R., p. 436 ; Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2007. 2839, note Stoffel-Munck et note Gautier ; ibid. AJ. 1955, obs. Delpech ; ibid. Chron. C. cass. 2769, obs. Salomon ; ibid. Pan. 2972, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2007. II. 10154, note Houtcieff ; JCP E 2007. 2394, note Mainguy ; Defrénois 2007. 1454, obs. Savaux ; CCC 2007, n° 294, note Leveneur ; RLDC 2008/46, n° 2840, note Delebecque ; Dr. et patr., sept. 2007, p. 94, obs. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 1107, obs. Aynès, et 1110, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2007. 773, obs. Fages ; RTD com. 2007. 786, obs. Le Cannu et Dondero.

² L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 10 juillet 2007 (arrêt n° 996, pourvoi n° 06-14.768) ne semble d'ailleurs pas contredire cette analyse. Conformément au communiqué publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, l'on peut considérer que cette décision ne fait pas prévaloir la force obligatoire sur la bonne foi. Elle rappelle, à juste titre, qu'un comportement déloyal ne saurait avoir pour conséquence l'extinction de la créance. La mauvaise foi peut faire obstacle à la mise en jeu d'une clause, non éteindre la créance dans sa globalité.

³ R. Looir, op. cit. p. 139.

principe¹ synthétique du droit contractuel, en ce qu'il explique la force obligatoire des conventions et la mise en œuvre de la bonne foi, ne diffère pas souvent, en termes de résultat, de ce que désirent les tenants du solidarisme. Toutefois, l'explication de ces prescriptions n'est pas la même dans la mesure où notre théorie ne s'appuie pas sur le bagage idéologique du solidarisme, qu'il soit social ou moral. L'idée n'est pas ici d'affirmer que le contractant doit se sacrifier au profit du cocontractant en soutenant une vision angélique, moraliste du droit des contrats². Elle est encore moins de défendre une vision purement autonomiste où la volonté, et, à travers elle, la liberté, seraient les seuls vecteurs d'un droit des contrats désincarné au profit de la seule lettre conventionnelle.

L'idée est, en fait, d'affirmer que le droit contractuel se doit d'être cohérent avec lui-même en se conformant à ce qui le guide. L'objectif n'est pas de prendre partie en faveur des tenants de l'une ou de l'autre doctrine qui s'affrontent de nos jours. Le but est bien de démontrer qu'il n'existe qu'une différence de degré et non de nature entre autonomisme et solidarisme³. Il serait, en effet, difficile pour les autonomistes de soutenir qu'un contractant peut n'accorder aucune importance au sort de son cocontractant, l'essentiel étant de se conformer aux prévisions contractuelles expresses. Du côté des solidaristes, sauf à nier l'acquis des Lumières et de la Révolution, il semble pour le moins malaisé de nier que la volonté est un élément déterminant dans la création d'obligations.

Or, si ces deux courants ne peuvent renier ces axiomes, c'est bien car le droit des contrats repose sur un « minimum vital » lié au principe même de l'existence qui impose de reconnaître comme acquis la présence de l'autre et le choc de deux libertés. La théorie selon laquelle le droit des contrats est intégralement éclairé par le respect d'une expectative légitime permet de concilier ces deux théories, pourtant en apparente contradiction. Il suffit, comme il a été exposé antérieurement⁴, de reconnaître que la volonté n'est source d'obligations que dans la mesure où elle a suscité chez autrui la manifestation d'un « signe » suffisant pour qu'il accorde sa confiance à son cocontractant. Ainsi, ce n'est pas tant la volonté, mais la représentation symbolique que s'en fait autrui qui fonde la force obligatoire des contrats. De la même manière, la volonté est le plus souvent un signe suffisant pour donner tout crédit à l'anticipation légitime.

¹ Rappelons qu'il s'agit d'un simple précepte juridique, obligatoire mais non contraignant à la différence des principes généraux du droit : v. supra n° 24.

² Puisqu'il s'agit, selon le professeur Denis Mazeaud, du reproche fait au solidarisme ; voir supra n° 66.

³ V. également, P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.

⁴ V. supra n° 127.

Nonobstant le développement de la bonne foi au cours des vingt dernières années, il demeure encore de nombreux pans du droit contractuel où la bonne foi, étendue au respect de l’anticipation légitime d’autrui, peut encore jouer au profit de la justice contractuelle.

147. Présentation. Disposition fondamentale du code civil, la bonne foi permet donc de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif. Il n’est dès lors pas surprenant que le projet de code civil de l’An VII contînt déjà un article selon lequel « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi ». Soutenue par la doctrine de Domat¹, la bonne foi était ainsi considérée, lors de l’élaboration du code civil, comme une disposition fondamentale du droit civil. Portalis écrira même : « il faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l’égalité dans les contrats »².

Malgré la formulation de l’article 1134 alinéa 3, il faut attendre 1985 pour voir la Cour de cassation accueillir pour la première fois un pourvoi fondé sur cette seule disposition³. Depuis, la bonne foi connaît un essor jurisprudentiel tel, qu’aujourd’hui la notion suscite de nombreuses interrogations.

Actuellement, l’exigence énoncée à l’article 1134 alinéa 3 du code civil fait apparaître un devoir de loyauté pesant sur chacun des contractants en exigeant qu’ils prennent en considération les intérêts de l’autre, et ce, à tous les stades du contrat : avant-contrat, exécution et cessation du contrat.

148. Au stade précontractuel⁴ : bonne foi et formation du contrat. Lors de la négociation, chacune des parties se doit de se comporter loyalement. En effet, une partie ne doit pas tromper l’autre, elle doit adopter une attitude cohérente avec elle-même afin que l’autre sache à quoi s’attendre. Concernant les pourparlers, quand l’un des intéressés fait naître chez son

¹ V. supra n° 138.

² Portalis, « Discours préliminaire », in A. Locré, Bruxelles, 1836, t. 1, p. 179, n° 87.

³ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, Bull. civ. n° 102 : une compagnie d’assurance n’est pas de bonne foi si elle refuse de payer l’indemnité pour vol d’un véhicule sous le prétexte que l’antivol n’était pas d’un modèle agréé alors qu’elle n’établit pas qu’elle avait indiqué à l’assuré les types agréés et qu’elle avait encaissé les primes pendant trois ans.

⁴ La bonne foi se présente aussi lorsque l’existence du contrat, ou d’une obligation, dépend de la survenance d’une condition : le code civil prévoit en effet le devoir de loyauté dans son article 1178 relatif à la condition. Cette disposition prévoit la possibilité de sanctionner le comportement du débiteur tentant d’empêcher la survenance de l’événement en réputant la condition accomplie. Cet impératif de loyauté est tellement important que la jurisprudence en fait une application extensive. L’article 1178 du code civil vise seulement l’hypothèse où le débiteur empêche la réalisation d’une condition suspensive. Néanmoins, la jurisprudence considère que le débiteur provoquant fautivement la réalisation d’une condition résolutoire doit également en répondre (Civ. 3e, 23 juin 2004 : Bull. civ. III, n° 132; D. 2005. 1532, note Kenfack ; Contrats Conc. Consom. 2004, n° 154, note Leveneur).

partenaire une confiance qu'il trompe par la suite, sa responsabilité peut être engagée et ce d'autant que les pourparlers seront plus avancés¹.

Il est communément enseigné à ce sujet que l'attente légitime de l'autre est un critère essentiel pour déterminer l'existence de l'abus². Autrui, en ses raisonnables attentes, constitue le vecteur fondamental de l'exigence de bonne foi au stade des négociations. Dans la pratique, la faute consistera essentiellement à rompre « sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés »³, de mettre un terme aux négociations avec « une légèreté blâmable »⁴ aux regards des intérêts évidents du partenaire, ou bien encore à prendre l'initiative de la négociation sans intention réelle de négocier, ce procédé étant généralement utilisé dans le but de dissuader la personne de négocier avec autrui ou d'obtenir la révélation de secrets de fabrication d'un produit.

De la même manière, l'exigence objective de bonne foi devrait s'imposer dans l'appréciation des vices du consentement, notamment au regard du dol. Au lieu de fonder ce vice sur l'obligation d'information⁵, la jurisprudence serait mieux inspirée de relever la proximité entre dol et bonne foi. L'obligation d'informer ne saurait résulter de l'existence d'un texte normatif l'imposant, mais plutôt de la nécessité de déterminer si autrui peut légitimement, objectivement, se considérer comme un créancier de cette obligation. La problématique devrait donc se résumer à la question suivante : dans ladite situation, peut-on légitimement s'attendre à ce que l'un des contractants informe son partenaire quant à une caractéristique précise du bien ou service objet de la convention ? Il semble pour le moins évident⁶ que dans le cadre d'une relation entre un professionnel et un consommateur, ou un néophyte, le premier se doit de communiquer à son cocontractant toute information privilégiée qu'il détient. Le degré d'altérité⁷ entre les cocontractants devrait, en effet, être la mesure de cette obligation. Ainsi, le banquier est-il tenu

¹ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, Contrats, conc., consom. 2000, n° 157, obs. Leveneur.

² Voir supra n° 116 et 133.

³ Cass. com. 20 mars 1972 Bull. civ. IV n° 93, p. 90, JCP 1973 II 17543, note J. Schmidt ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry.

⁴ Cass. com. 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 72 ; RTD civ. 1994, 850, obs. Mestre.

⁵ V. supra n° 72 et s.

⁶ A dire vrai, l'évidence n'est pas partagée par tous : Cass. 3^{ème} Civ 17 janvier 2007, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2007. 1051, note D. Mazeaud, et note Stoffel-Munck ; ibid. Pan. 2969, obs. Amrani Mekki ; JCP 2007. II. 10042, note Jamin ; JCP N 2007. 1157, n°4, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2007. 443, obs. Savaux, et 959, note Dagorne-Labbe ; CCC 2007, n°117, note Leveneur ; AJDI 2007. 416, note Bigot de la Touanne ; RLDC 2008/45, n° 2838, étude Ben Hadj Yahia ; Dr. et patr., janv. 2008, p. 24, note Chauvel ; ibid. mars 2008, p. 91, obs. Mallet-Bricout ; RDC 2007. 703, obs. Laithier ; RTD civ. 2007. 335, obs. Mestre et Fages. V. infra n° 73.

Voir L. Neyret, « La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels », D. 2008, p. 804.

⁷ V. infra n° 322.

d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur non avisé¹ ; le dirigeant d'une entreprise doit informer les actionnaires, à qui il cède des actions, des négociations en cours sur le rachat des titres² ; le professionnel, en vertu de l'article L. 111-1 du code de la consommation, doit mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service³. C'est dire que lorsque l'altérité s'affaiblit, en raison de la proximité entre les contractants, ou s'accroît, notamment dans la relation consommateur-professionnel, l'exigence d'information est plus importante⁴.

L'on pourra fort opportunément relever que cela revient à transformer les juges en arbitres du légitime et de l'information privilégiée, donc à favoriser l'insécurité juridique par eux véhiculée⁵, mais il pourra y être répondu que le sentiment de justice apparaît, parfois, comme une contrepartie suffisante.

149. Au cours de l'exécution : sanction de la mauvaise foi et incitation à la bonne foi.

Puisque les conventions « doivent être exécutées de bonne foi »⁶, chaque contractant doit exécuter fidèlement ses engagements, et lorsqu'un rapport de confiance est né entre les contractants, chacun doit en assumer les conséquences. Les contractants ne doivent pas adopter

¹ Cass. ch. mixte 29 juin 2007, 2 arrêts, D. 2007. Jur. 2081, note S. Piedelièvre, et AJ. 1950, V. Avena-Robardet ; JCP G 2007. II. 10146, note A. Gourio ; RD banc. fin., juill.-août 2007. 18, comm. 148, note D. Legeais ; JCP E 2007. 2105, note D. Legeais ; RCA, sept. 2007, n° 9, note S. Hocquet-Berg ; RTD com. 2007. 579, obs. D. Legeais. En matière d'assurance de groupe, v. Cass., ass. plén., 2 mars 2007 : R., p. 443 ; Bull. civ. n° 4 ; BICC 15 mai 2007, rapp. Renard-Payen, avis Main ; D. 2007. 985, note S. Piedelièvre ; ibid. AJ. 863, obs. Avena-Robardet ; D. 2008. Pan. 127, obs. Groutel ; ibid. 880, obs. R. Martin ; JCP 2007. II. 10098, note Gourio ; ibid. I. 158, n° 6, obs. Simler ; JCP E 2007. 1375, note D. Legeais ; RLDC 2007/39, n° 2556, note N. Bicheron ; RGDA 2007. 397, note Kullmann ; LPA 10 mai 2007, note Markhoff ; ibid. 25 mai 2007, note Gossou ; ibid. 23 août 2007, note Prigent ; RD imm. 2007. 319, obs. Grynbaum ; RDC 2007. 750, obs. Viney.

L'exécution de l'obligation de mise en garde doit être appréciée « au regard non seulement des "charges du prêt" mais aussi [des] capacités financières et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt » (Cass. 1^{ère} civ. 18 septembre 2008, arrêt n° 849, F-P+B+I, Pourvoi n° S 07-17.270).

En outre, le professionnel doit éclairer le souscripteur sur les risques des produits financiers proposés, la remise de la notice visée par la Commission des opérations de bourse ne suffisant à remplir cette obligation : Cass. com. 24 juin 2008, JCP G, II, 10160, note Mathey.

V. infra n° 157 et J. Djoudi et F. Boucard, « La protection de l'emprunteur profane », D. 2008, p. 500.

² Com. 27 févr. 1996 : Bull. civ. IV, n° 65 ; R., p. 312 ; JCP 1996. II. 22665, note Ghestin ; D. 1996. 518, note Malaurie (précision Ghestin: ibid. 591) ; D. 1996. Somm. 342, obs. Hallouin ; Defrénois 1996. 1205, note Dagorne-Labbe ; RTD civ. 1997. 114, obs. Mestre ; LPA 17 févr. 1997, note D. R. Martin. V. infra n° 72.

³ Supra n° 74. V. C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, préf. Fr. Labarthe, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002.

⁴ Informations privilégiées et confiance inhérente à la relation influent ainsi directement sur le degré d'altérité de la relation contractuelle et sur l'exigence d'information. Ainsi, la distance certaine entre les cocontractants n'est pas de nature à éluder l'obligation d'information dès lors qu'en raison de la qualité de l'un, l'autre peut légitimement s'attendre à ce que soit partagée une information à laquelle il n'a pas accès. Le degré moyen d'altérité repose alors sur une relation entre des personnes ne se connaissant pas et ayant une qualité identique. Toute variation dans ce degré moyen serait susceptible d'accroître l'obligation d'information. L'information privilégiée détenue par un acheteur professionnel devrait donc être communiquée à un vendeur non-professionnel.

⁵ L'idée commune veut que jurisprudence et insécurité juridique soient souvent assimilées notamment au regard de la rétroactivité : v. infra n° 272.

⁶ Article 1134 alinéa 3 du code civil.

une attitude rendant plus difficile l'exécution de l'obligation par l'autre partie. Ainsi, en privant, en l'absence de tout cas de force majeure, un distributeur agréé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, une société pétrolière n'a pas exécuté le contrat de bonne foi et doit dédommager le cocontractant du préjudice subi¹. Un employeur engage de manière identique sa responsabilité lorsqu'il affecte un salarié dans un secteur géographique très éloigné en vertu d'une clause de mobilité et ce, non pour parer aux besoins de l'entreprise, mais dans l'unique intention de nuire au salarié². Néanmoins, la jurisprudence reste modérée et sanctionne uniquement les abus les plus importants³.

Puisque la bonne foi est une exigence lors de l'exécution des contrats, le dommage causé de façon intentionnelle par le débiteur doit être réparé dans sa totalité : l'article 1151 du code civil permet en effet au juge de réparer les dommages prévisibles et imprévisibles qu'aura provoqués le débiteur par son dol ; c'est la sanction de sa mauvaise foi. De plus, si le débiteur se rend coupable d'une faute dolosive, les juges ne mettent pas en œuvre les clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité⁴. La solution semble de portée générale puisque la Cour de cassation l'applique à toute limitation de responsabilité, même d'origine légale⁵.

Au-delà de l'aspect « répressif » de la bonne foi, le droit encourage également la bonne foi des débiteurs : la jurisprudence accorde en effet sur le fondement de l'article 1244-1 du code civil⁶ des délais de grâce au débiteur de bonne foi. Les juges peuvent ainsi accorder des délais de paiement au locataire, même lorsque le bailleur est soumis aux règles de la comptabilité publique⁷. Enfin, la procédure de surendettement est ouverte, en application de l'article L. 331-2 du code de la consommation, à tous les débiteurs de bonne foi qui ne peuvent faire face à leurs dettes non professionnelles.

¹ Cass. com. 3 nov. 1992 : JCP 1993. II. 22164, note Virassamy ; Defrénois 1993.1377, obs. Aubert ; Contrats Conc. Consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993. 124, obs. Mestre.

² Cass. soc. 18 mai 1999 : D. 2000. Somm. 84, obs. Escande-Varniol ; D. 2001. Somm. 2797, obs. Bossu ; JCP E 2000. 40, note Puigelier ; RTD civ. 2000. 326, obs. Mestre et Fages.

³ Civ. 1ère, 23 janvier 1996 cassant une décision d'appel ayant condamné le créancier d'une facture d'eau impayée pour n'avoir pas facturé avec ponctualité les sommes dues et rappelant que le débiteur, tenu à une obligation de bonne foi devait lui-même vérifier la facturation des fournitures.

⁴ Cass. com. 15 juin 1959 : GAJC, 11e éd., n° 164-165 (II) ; D. 1960. 97, note Rodière.

⁵ Cass., ass. plén., 30 juin 1998 : Bull. civ. N° 2 ; R., p. 183 ; BICC 1er oct. 1998, concl. Joinet, rapp. Appolis ; D. 1999. Somm. 262, obs. D. Mazeaud ; D. Affaires 1998. 1441, obs. S.P. ; JCP 1998. II. 10146, note Delebecque ; ibid. I. 187, n° 28 s., obs. Viney ; Contrats Conc. Consom. 1998, n° 143, obs. Leveneur ; RTD civ. 1999. 119, obs. Jourdain : l'arrêt écarte, en cas de faute lourde, les dispositions exonératoires de responsabilité posées par l'art. 13 du code des postes.

⁶ Repris à l'article 1226-2 de l'avant-projet « Catala »

⁷ Cass., avis, 29 juin 2001, Bull. civ. n° 4 ; R. p. 586.

150. A la rupture du contrat¹ : clause résolutoire et bonne foi. La loyauté contractuelle régit les rapports des cocontractants pendant toute la durée de vie du contrat. Mais elle régit encore et enfin la rupture des liens contractuels. Cette loyauté envers l'autre de la relation se traduit essentiellement par la mise en œuvre d'une clause résolutoire prévue à la convention. Cette clause doit être mise en œuvre de bonne foi : selon la Cour de cassation si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Les juges du fond peuvent donc refuser de constater la résolution du contrat par un contractant lorsque ce dernier est de mauvaise foi, s'il est animé d'une intention malveillante². C'est le cas lorsqu'un créancier a recours à la clause résolutoire pendant une période où il sait que le débiteur ne pourra y répondre de façon favorable : la Cour de cassation décida par exemple que les sommations d'exécuter l'obligation prévue dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, devaient être sans effet lorsque le bailleur avait manqué à la bonne foi en les faisant effectuer pendant les vacances du débiteur³.

Dans le cadre des contrats à durée indéterminée, le cocontractant doit en outre bénéficier d'une mise en demeure⁴. Concernant plus particulièrement les commodats, la Cour de cassation considère désormais que lorsque aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel ne soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment en respectant un délai de préavis raisonnable⁵. Un auteur observe : « cette condition du délai de prévenance raisonnable devrait également suffire à éviter que les prévisions de l'emprunteur ne soient trompées, pourvu que l'appréciation du caractère raisonnable du délai se fasse à l'aune des attentes légitimes de l'emprunteur. L'abus sera d'autant plus facilement

¹ La bonne foi s'impose également en cas de nullité de la convention : souvent, entre la conclusion et l'annulation de la convention, la chose objet du contrat a produit des fruits, la question se posant est donc de savoir si les fruits sont restitués à la personne qui avait la possession de la chose. L'article 549 du code civil permet de répondre au problème. Lorsque le possesseur est de bonne foi (il ignore les vices de la convention) celui-ci peut conserver les fruits. Mais si au contraire le possesseur était de mauvaise foi, c'est à-dire qu'il était conscient des vices que contenait le contrat, il devra restituer les fruits qu'il aura perçus. Cette règle s'applique également lorsque l'*accipiens* de mauvaise foi doit restituer une somme d'argent. Il doit, en plus de cette somme, restituer les intérêts.

² Voir Civ. 3e, 6 juin 1984 : Bull. civ. III, n° 111 - 17 juill. 1992 : Bull. civ. III, n° 254 ; D. 1992. Somm. 399, obs. Aubert - Civ. 1re, 31 janv. 1995 : D. 1995. 389, note Jamin ; D. 1995. Somm. 230, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 1995. 749, obs. Delebecque ; RTD civ. 1995. 623, obs. Mestre - 16 févr. 1999 : Bull. civ. I, n° 52 ; D. 2000. Somm. 360, obs. D. Mazeaud.

³ Cass. 3e civ., 16 octobre 1973, Bull. civ. III, n° 529, p. 386.

⁴ Civ. 1re, 3 févr. 2004 : Bull. civ. I, n° 27 ; JCP 2004. II. 10149, note Treppoz ; CCC 2004, n° 55, note Leveneur.

⁵ Civ. 1ère, 3 févr. 2004 : Bull. civ. I, n° 34 ; D. 2004. 903, note Noblot ; JCP E 2004. 831, note M. Garnier ; Defrénois 2004.1452, note Crône ; Contrats Conc. Consom. 2004, n° 53, note Leveneur ; Dr. et patr., avr. 2004, p. 116, obs. Chauvel ; RTD civ. 2004. 312, obs. Gautier ; RDC 2004. 647, obs. Stoffel-Munck, et 714, obs. Seube - Civ. 3e, 19 janv. 2005 : Bull. civ. III, n° 12 ; D. 2005. 2439, note Dagorne-Labbe ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 103, note Leveneur - Civ. 1ère, 10 mai 2005 : Bull. civ. I, n° 204 ; D. 2005. 2439, note Dagorne-Labbe ; Defrénois 2005. 1154, note Crône ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 163, note Leveneur.

caractérisé que la durée d'exécution du prêt aura été longue. L'écoulement du temps est un facteur de décroissance de l'altérité propre à renforcer l'impératif de bonne foi : *a fortiori* dans les relations d'affection où l'altérité est déjà faible »¹.

Selon une décision du Tribunal de commerce de Paris, il faudrait que les modalités de la fin des relations commerciales soient négociées lors de la rupture des relations contractuelles².

151. Au-delà de la rupture du contrat. Lorsque le contrat n'existe plus, faut-il continuer à respecter l'obligation d'exécution de bonne foi ? La Cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt du 14 septembre 2005³. En l'espèce, une promesse de vente avait été conclue sous la condition suspensive que le bien vendu soit libéré de toute occupation au jour de la vente par acte authentique. Or, cette condition ne s'étant pas réalisée dans le délai contractuellement convenu, la promesse était devenue caduque. Un peu plus de trois mois après la disparition de ce contrat, les ex-promettants vendirent l'immeuble à d'autres acquéreurs.

Les bénéficiaires de la promesse disparue demandèrent réparation. Les juges du fond leur accordent des dommages-intérêts estimant qu'ils auraient dû être contactés pour qu'une nouvelle proposition leur soit soumise. Mais cette décision sera censurée par la Cour de cassation parce qu'« en statuant ainsi, alors que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli, la Cour d'appel a violé » l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Cette position heurte de front l'acception historique de la bonne foi affirmant que la bonne foi procède d'une exigence dépassant le simple domaine du contrat. Selon la Cour, l'exigence de bonne foi ne doit être respectée que si elle repose sur un contrat lui-même existant : l'altérité ne se retrouverait que dans le lien contractuel, ce qui fait échapper la bonne foi à sa caractéristique méta-contractuelle⁴.

3 – La bonne foi de lege ferenda : l'anticipation légitime d'autrui et l'imprévision

152. Révision, imprévision et renégociation. Au terme de l'analyse de la réception prétorienne du concept de bonne foi, il apparaît qu'en droit français, comme en droit belge, la bonne foi a changé de visage. Dépassant la traditionnelle distinction entre bonne foi interprétative et complétive, ou encore bonne foi du contractant et du contrat, il semblerait que la jurisprudence ait tendance, progressivement, à faire de la bonne foi un concept objectif. S'il est

¹ C. Noblot, précit.

² T. com. Paris, 2 avril 1999, Dalloz Affaires, 1999, 980

³ Cass. 3e Civ, 14 sept. 2005, D.2006, n° 11 note D. Mazeaud.

⁴ Et laisse dans le flou la raison pour laquelle la Cour l'impose au stade précontractuel...

désormais imposé à une partie au contrat voire à toute partie dès sa formation, de se comporter loyalement, c’est car la jurisprudence exige que chacun se comporte de bonne foi. Au-delà de l’explication historique¹ qui, il est utile de le rappeler, enseigne que la bonne foi est classiquement une norme méta-juridique imposant que l’on se soucie des intérêts de l’autre, il paraît souhaitable d’affirmer, avec Emmanuel Lévy² et M. Xavier Dieux³, que le respect de l’anticipation légitime d’autrui fonde la force obligatoire des contrats. Il est possible de justifier cet essor en prenant appui sur le fondement même de la solidité contractuelle : le contrat est soumis à la bonne foi car il repose, dans sa force obligatoire, sur l’attente légitime de l’autre contractant.

Cette approche a donc le mérite de présenter l’ensemble de la matière contractuelle comme un système⁴. Dès lors, bonne foi et force obligatoire des conventions ne seraient plus en contradiction. Si la bonne foi objective et le fondement de la force obligatoire des conventions sont identiques, plus aucune contradiction n’est logiquement possible⁵. Pour chaque situation contentieuse, il conviendrait, afin de trancher le litige, de répondre à la question suivante : en quoi consiste l’anticipation légitime de l’autre ? En répondant à cette question, l’on ne fait certes que répondre à la question de savoir qui est en son droit. Toutefois, pour y parvenir, l’on se met à la place de l’autre.

Une telle conceptualisation n’est, bien entendu, pas dépourvue d’implication empirique. Elle permettrait notamment à la jurisprudence, et qui sait, à la doctrine, de revoir sa position sur l’imprévision⁶. S’il est constant que le contrat ne saurait être le lieu des bouleversements qui lui

¹ V. supra n° 137 et s.

² V. supra n° 102 et s.

³ V. supra n° 121.

⁴ Il est à noter que le réservant qui modifie substantiellement le projet initial de construction immobilière qui le lie au réservataire, doit justifier cette modification par un motif sérieux et légitime pour que la modification unilatérale soit conforme aux articles L. 261-15 et R. 2651-31 du code de la construction et de l’habitation. Il exécutera alors son contrat de bonne foi (Cass. civ. 3e, 20 octobre 2004, pourvoi n° 03-10.406).

En cas de mésentente entre les cocontractants, les Principes Unidroit (art. 6.2.1. à 6.2.3) et les Principes du droit européen du contrat (art. 6.111) prévoient qu’un tribunal peut, dans certaines conditions soit adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations, soit mettre fin au contrat.

⁵ Il n’est d’ailleurs pas étonnant que l’arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 juillet 2007 (précit n° 155), affirme sur le fondement des alinéas 1^{er} et 3^{ème} du code civil que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l’usage déloyal d’une prérogative contractuelle, elle ne l’autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Les deux principes participent d’un même fondement interdisant, ici, que la bonne foi puisse faire échec à l’existence même d’une créance ; en effet, un tel procédé jurerait avec le respect de l’anticipation légitime d’autrui : la créance existe et son usage doit être loyal ; dans le cas contraire, on ne saurait postuler une disparition de l’obligation.

⁶ V. notamment, Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l’imprévision - Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, préf. de R. Bout, Collection du Laboratoire de théorie juridique, PUAM, 1994 ; H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l’imprévision », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Université, t. XV, 3 2001/3, p. 339.

sont extérieurs, il peut paraître parfois injuste de refuser à une partie le droit à des modifications contractuelles. Une telle éventualité deviendrait possible dès lors que l'autre partie peut légitimement s'attendre à une telle requête en raison de ces mêmes bouleversements. Certes, il sera rétorqué, qu'une telle modification entraînerait inexorablement une insécurité juridique puisque les conditions contractuelles pourraient être modifiées en cours d'exécution sans qu'une clause ne le prévoie expressément. Or, la logique impose de faire échec à un tel argument. Pour que le juge accepte de modifier le contenu contractuel, il devra s'assurer que l'autre pouvait légitimement s'attendre à une telle modification. Dans ce sens, il sera sans doute objecté que le juge n'est pas le sondeur de l'âme humaine et que certaines relations contractuelles, économiques peuvent lui échapper. Cependant, il ne s'agit pas ici de déterminer ce qui est indéterminable, il suffit simplement de faire usage du bon sens¹. Il convient ici de ne pas se voiler la face. Dans les relations contractuelles indéterminées et à long terme, lorsqu'une partie, souvent la plus faible économiquement, saisit un juge afin qu'il modifie le contrat sur la base d'une imprévision, l'objectif n'est pas de nuire à son cocontractant. Le but n'est autre que de permettre à la relation de se poursuivre. S'il semble légitime, juridiquement et économiquement parlant, de faire droit à une telle demande, il semble absurde de s'y refuser en arguant de la force obligatoire des conventions. Celle-ci ne reposant que sur le respect d'une anticipation légitime d'autrui, si cette expectative légitime venait à changer sans que l'autre n'accepte de modifier le contenu contractuel, il ne serait que justice (contractuelle) de faire droit à une telle prétention et ce, sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 et de son alinéa 1^{er}.

153. Imprévision et pouvoir du juge. Au demeurant, une fois le principe admis, se posera la question de la marge d'action du juge. Pourra-t-il modifier, de son propre chef, le contenu des clauses contractuelles afin de rendre le contrat compatible avec les nouvelles données ? Une telle solution paraît inopportune. Si le juge est bien placé pour déterminer s'il est abusif ou non de refuser de renégocier le contrat, il l'est beaucoup moins pour déterminer dans

L'article 136 du projet ministériel de réforme du droit des contrats prévoit, à cet effet, que : « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Quant à l'avant-projet « Catala », il est prévu, à l'article 1135-2, qu'à défaut de clause expresse de renégociation, « la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ».

¹ De la même manière qu'un contrat ne saurait se limiter à ce que la convention dispose, le bon sens sera le meilleur critère afin de déterminer ce qui doit, ou ne doit pas changer : une expectative n'est légitime, donc raisonnable qu'à partir du moment où « toute personne dotée du sens commun y souscrirait comme à une conséquence nécessaire de la nature essentielle du contrat, dans la logique du système qui assure à la volonté des parties sa force obligatoire » : X. Dieux, op. cit. p. 150.

quelle mesure le contrat doit évoluer. L’objectif ici n’est pas tant de faire du juge le nouveau rédacteur du contrat, mais plutôt de venir sanctionner celui qui, abusivement, refuse de renégocier le contrat alors qu’il est légitime, pour lui, de s’attendre à la formulation d’une telle requête. Le juge n’aura qu’à exiger de la partie récalcitrante qu’elle entre en re-négociation sous astreinte. Après un laps de temps fixé par le juge, il conviendra alors de déterminer si les parties ont loyalement renégocié. Si tel n’est pas le cas, il faudra alors sanctionner la partie fautive par l’allocation de dommages-intérêts.

Au final, il faut nuancer l’impact d’une telle modification jurisprudentielle. Une fois de plus, il est nécessaire de réaffirmer, haut et fort, qu’il ne s’agit pas d’une atteinte à la force obligatoire des contrats. Surtout, il est ici utile de préciser qu’un tel revirement ne concernerait réellement que les contrats conclus à durée indéterminée et s’exécutant sur une longue période, ce que McNeil et Macaulay appellent les contrats néoclassiques¹.

Du reste, s’il apparaît clair que la bonne foi est à même de recouper nombres d’exigences relatives au respect des anticipations légitimes d’autrui, il apparaît que des concepts tels que l’estoppel et l’équité permettent à cette théorie d’arpenter des espaces du droit contractuel jusque-là délaissés ou ignorés. Dès lors, avant de voir en quoi des disciplines non juridiques² valident une telle théorie, il convient d’étudier les validations juridiques médiate de l’attente légitime d’autrui.

§ 2 – Validations médiate : anticipation légitime d’autrui, équité et *estoppel*

154. Entre cohérence et justice corrigée. Si à la différence de l’estoppel, l’équité connaît une consécration certaine en droit français, il n’en demeure pas moins que la jurisprudence en fait un usage plus que timide. Or, ces deux concepts semblent participer de la même logique : ils apparaissent, en effet, comme des manifestations du principe du respect des anticipations légitimes d’autrui en ce que le premier sanctionne l’incohérence aux dépens d’autrui (B), et le second corrige un droit trop éloigné de la justice (A). Leurs sillons en droit

¹ Voir supra n° 94. Contrats néoclassiques qui, par l’introduction de clauses de *hardship*, deviendront des contrats relationnels (idem) : la clause remplace le juge en cas de bouleversement de l’économie contractuelle.

² Si cette nouvelle approche permet de consacrer une vision alternative du droit contractuel, il est intéressant de remarquer qu’elle est avalisée non seulement par la morale mais également par les sciences économiques. En effet, en plus d’être moralement bon, le respect des anticipations légitimes d’autrui bénéficie d’une assise économique plus que solide en la théorie des jeux. Ainsi, au-delà de la systématisation du droit contractuel, cette théorie est avalisée par la discipline souvent mise en avant pour exclure toute atteinte à la prétendue force obligatoire des conventions fondée sur l’autonomie de la volonté. La théorie du respect des anticipations légitimes d’autrui est non seulement moralement bonne mais également économiquement efficace, et, osons le mot, rentable.

positif ne feraient donc que confirmer l'idée selon laquelle le principe d'altérité existerait de manière latente en droit français.

A – L'équité : une exigence de justice adaptée à autrui

155. L'équité aristotélicienne : l'objectivisme. C'est dans un passage célèbre de *l'Ethique à Nicomaque* qu'Aristote formule la problématique relative à la notion d'équité ; pour ce faire, il remarque, premièrement, que le juste et l'équitable ne sont pas obligatoirement synonymes tout en étant très proches¹. Pour étayer sa distinction, Aristote explique en quoi une action peut être juste sans pour autant être équitable, et inversement : « tantôt nous louons ce qui est équitable et l'homme équitable lui-même, au point que, par manière d'approbation, nous transférons le terme équitable aux actions autres que les actions justes, et en faisons un équivalent de bon, en signifiant par plus équitable qu'une chose est simplement meilleure ; tantôt, par contre, en poursuivant le raisonnement, il nous paraît étrange que l'équitable, s'il est une chose qui s'écarte du juste, reçoive notre approbation. S'ils sont différents, en effet, ou bien le juste, ou bien l'équitable n'est pas bon ou si tous deux sont bons, c'est qu'ils sont identiques. Le problème que soulève la notion d'équitable est plus ou moins le résultat de ces diverses affirmations, lesquelles sont cependant toutes correctes d'une certaine façon, et ne s'opposent pas les unes aux autres »².

Le citoyen de Stagire procède ainsi à une valorisation de l'équité au détriment de la justice, du juste tout en liant les deux concepts : « en effet, l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux. Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude »³.

Dans cette vision objective du rapport juridique, l'équité apparaît tel un correctif de la justice opérée par le droit. S'il advient que l'application stricte de la règle de droit, générale et

¹ « Nous avons ensuite à traiter de l'équité et de l'équitable, et montrer leurs relations respectives avec la justice et avec le juste. En effet, à y regarder avec attention, il apparaît que la justice et l'équité ne sont ni absolument identiques, ni *génériquement* différentes » : Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V « La vertu de justice », Chapitre 14 « L'équité et l'équitable », Traduction J. Tricot.

² Idem.

³ Idem.

impersonnelle, à une situation concrète emporte des conséquences contraires à la règle elle-même, l'équité doit venir corriger ledit résultat.

On peut dès lors conclure avec M. le professeur Morvan que « l'équité aristotélicienne est une espèce de juste qui adapte le juste légal aux *circonstances de fait*, favorisant ainsi son rapprochement du juste absolu pour l'améliorer. Elle estompe l'injustice à laquelle conduirait l'application *littérale et rigoureuse* de la loi dont l'excessive généralité engendre ambiguïtés et lacunes à l'épreuve des réalités »¹.

Aristote fait ici de l'équité une méthode, permettant au juge de « se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question »².

Cette vision de l'équité eut un fort retentissement dans l'histoire puisqu'elle inspira la fameuse maxime de Cicéron « *summum jus summa injuria* »³. Elle pénètre le Digeste⁴, comme l'Ancien droit jusqu'à fonder le plus fameux reproche formulé à l'encontre de la justice d'Ancien Régime : « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements ». Or, l'équité telle que pratiquée par les Parlements correspond davantage à l'arbitraire qu'à l'équité telle que définie par Aristote⁵. Ce mauvais usage du concept aristotélicien fera en effet dire au chancelier D'Aguesseau : « Mais cette espèce d'équité qui n'est autre chose que l'esprit même de la loi, n'est pas celle dont le Magistrat ambitieux se déclare le défenseur ; il veut établir sa domination, et c'est pour cela qu'il appelle à son secours cette équité arbitraire dont la commode flexibilité reçoit aisément toutes les impressions de la volonté du Magistrat »⁶.

Néanmoins, l'équité n'est pas monosémique, elle renvoie également à un sentiment.

156. L'équité stoïcienne : le subjectivisme. Sénèque lie de manière certaine l'équité à la qualité qu'il considère première : la clémence. En effet, selon lui, la clémence, vertu qui « chérit

¹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Thèse Paris II, préface J-L. Souriaux, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 150, p. 132.

² Aristote, *ibidem*.

³ J.-M. Trigeaud, *Encyclopédie philosophique universelle, vol. II, Les notions philosophiques*, PUF, 1990, V° Equité, p. 822, spéc. p. 824.

⁴ « *Jus est ars boni et æqui* ».

⁵ Voir P. Morvan, *op. cit.* p. 134.

⁶ D'Aguesseau, « L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », IX^{ème} mercuriale (prononcée en 1709), in *Œuvres complètes de M. le Chancelier D'Aguesseau*, 1759, t. I, p. 127.

Ainsi chez Bodin, Charondas, D'Aguesseau et Ferrière, l'équité demeure un tempérament à la règle de droit dont l'application ne convient pas à la situation factuelle soumise au juge, le résultat étant contraire au juste ou à l'intention même du législateur l'arbitraire des juges n'est qu'équité cérébrine bien éloignée de l'équité aristotélicienne (v. P. Morvan, *op. cit.* p. 134 et 135).

Nous avons vu que Portalis également défend le recours à l'équité en cas de carence légale : v. *supra* n° 50.

la paix et retient son bras »¹, « ne se prononce pas d'après des formules mais d'après le bien et l'équité »². Ainsi, selon le penseur stoïcien, l'homme vertueux, qui est clément en agissant de manière équitable et bonne n'est pas celui « qui fait bon marché des griefs d'autrui ; mais celui [...] qui a compris qu'il est d'une grande âme de souffrir les injures au faîte de la puissance »³.

La perspective diffère de celle adoptée par Aristote dans la mesure où elle consiste, pour le penseur de Cordoue, à extraire l'équité « de tout support empirique et concret, extérieur à l'individu, et à en faire une exigence immanente à sa conscience »⁴, elle est une vertu. L'équité des stoïciens commande, en effet, que chacun adopte un comportement particulièrement bienveillant, magnanime. Pour Cicéron, « le premier office de la justice veut que l'on ne nuise à personne »⁵ ; or, « le fondement de la justice, c'est la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris »⁶. Il ajoute que l'équité exprime « le souci des affaires des autres. Aussi est-ce un bon précepte qui interdit d'accomplir tout acte dont on doute s'il est équitable ou non : l'équité en effet brille d'elle-même, le doute indique un dessein injuste »⁷.

Une fois de plus, avec M. le professeur Morvan, on peut affirmer qu'à rebours de « l'acception aristotélicienne, qui gît dans la matière des choses, l'équité stoïcienne gît dans les instincts que les êtres humains éprouvent à l'égard de leurs semblables. Elle procède d'un nouvel équilibre, d'un nouveau juste milieu. La proportion est désormais établie *entre les personnes*, entre l'estime de soi et l'estime du prochain, dans la *nature de l'homme* ; elle n'est plus une proportion établie *entre les choses, dans la nature des choses* »⁸.

Il en résulte fort logiquement que « sont des règles élémentaires d'équité, sous ce rapport, les obligations de s'abstenir du bien d'autrui, de ne pas nuire à autrui par sa faute et de tenir la parole donnée à autrui, triptyque qui demeurera éternel en droit »⁹.

A l'instar de l'équité objective, l'équité subjective va se propager dans l'histoire du droit. Ainsi, en droit romain, la vision moralisante de l'équité va se traduire dans la *bona fides* romaine que sous-tend l'*aequitas*.

¹ Sénèque, in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, tome I, Hachette, Paris, 1914, Livre I, III, 2, trad. J. Baillard.

² Sénèque, in *Traité de Sénèque*, Sand, Paris, 1997, trad. E. Regnault, Livre II, VII, 3.

³ Sénèque, in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, tome I, Hachette, Paris, 1914, Livre I, XX, 3

⁴ P. Morvan, op. cit. p. 136.

⁵ Cicéron, *De officiis*, L. I, VII, 20.

⁶ Cicéron, *ibidem* 23.

⁷ Cicéron, *De officiis*, L. I, IX, 29

⁸ P. Morvan, op. cit. p. 137.

⁹ Idem.

Si Grotius et Pufendorf perpétuent la tradition stoïcienne, ce sont surtout, en droit privé, Domat et Pothier qui, aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, permettent à l’équité morale, subjective de réellement prendre son envol. Domat écrit en effet que « l’équité n’est pas autre chose que la vue de la raison et le sentiment de l’humanité »¹.

157. L’exigence polysémique de l’équité et sa réception prétorienne. Comme l’a observé Gény, « l’équité, branche détachée du grand arbre de la justice, représente, suivant les cas, deux notions distinctes : ou bien, c’est une sorte d’instinct, qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation. Ou bien, c’est en vue de l’adaptation aux faits de l’idée de justice, la considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générales ou les modelant à la mesure des éléments concrets »².

Toutefois, il n’est pas rare, en doctrine, que certaines évolutions soient imputées à un seul visage de l’équité, semblant oublier en quoi la notion emprunte à Janus : « A cet égard, l’opinion, communément répandue dans la doctrine française du XIX^{ème} siècle, selon laquelle la référence à l’équité que comporte l’article 1135 du code civil doit s’entendre comme un simple renvoi à la *bonne foi* de l’article 1134, alinéa 3, procède d’un ralliement similaire à une conception subjective³. Cette opinion méconnaît l’existence de l’équité objective »⁴.

Or, cette confusion semble pour le moins étrange dans la mesure où les termes mêmes du code civil sont suffisamment explicites pour qu’il soit possible de rendre à l’article 1135 son autonomie et sa pleine effectivité : « l’article 1135 du code civil est dans la jurisprudence contemporaine la source d’obligations contractuelles (de sécurité, de renseignement etc.) que le juge *impose* à la volonté des parties pour “égaliser” le contrat, des obligations qui sont dans la nature des choses et non à base de consentement (le texte dispose d’ailleurs : “... l’obligation d’après sa nature”). Le juge puise donc dans une “*équité objective*” lorsqu’il vise l’article 1135 du code civil »⁶.

¹ J. Domat, *Les lois naturelles dans leur ordre naturel*, Liv. prélim., tit. I, sect. II, *Œuvres complètes* de J. Domat par J. Rémy, t. I, 1828, p. 86.

² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. IV, 1924, t. II, 1915, n° 168, n° 163, p. 112.

³ Notamment : Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3^{ème} édition, 1834, t. X, n° 384, p. 399; Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 6^{ème} édition, 1866, t. IV, n° 467, p. 396 ; Acollas, *Manuel de droit civil à l’usage des étudiants*, 2^{ème} édition, t. II, 1874, p. 781 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^{ème} édition, 1878, t. XVI, n° 182, p. 244.

⁴ P. Morvan, op. cit, note n° 597.

⁵ L’expression est de Mme le professeur Viney, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^{ème} éd., n° 515, p. 499.

⁶ P. Morvan, op. cit, note n° 597.

C'est ainsi que sur le fondement de l'article 1135 du code civil, la Chambre sociale de la Cour de cassation¹ a cassé un arrêt d'appel ayant considéré qu'il n'existait pas d'obligation pour une entreprise de garantir les frais engagés par un salarié à l'occasion d'une procédure ouverte à son encontre pour faux dans le cadre de son activité alors que l'affaire s'est conclue par un non-lieu. L'équité exige que l'employeur prenne une partie des frais à sa charge bien que le contrat de travail ne le prévoient pas. Pareillement, et de manière classique désormais, la Cour de cassation fonde sur les articles 1134 et 1135 du code civil l'obligation d'information². Il convient de rappeler que la chambre commerciale a explicitement fondé le devoir de mise en garde du banquier quant à l'étendue exacte de l'assurance de groupe souscrite par un emprunteur, sur la combinaison des articles 1134 et 1135³.

Dans la même logique de combinaison de la bonne foi et de l'équité, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a développé une longue jurisprudence⁴ obligeant les compagnies d'assurances à garantir l'Etablissement français du sang pour les différents préjudices (hépatites, SIDA, ...) subis par des transfusés dans un cadre contractuel alors que les polices prévoyaient expressément la limitation de la garantie aux préjudices causés dans les conditions posées par les articles 1382 et suivants du code civil. Cette extension de la garantie à la responsabilité contractuelle ne peut être comprise que dans le cadre de l'équité. Bien que la lettre même du contrat exclue la garantie de toute responsabilité contractuelle, il serait parfaitement inéquitable que les dommages causés contractuellement ne soient pas garantis même si la force obligatoire des conventions s'y oppose. Seule l'équité permet de justifier l'extension d'une garantie à un

¹ Cass. soc. 18 octobre 2006, n° pourvoi 04-48612.

² Ainsi, « il appartient au constructeur d'avertir le maître de l'ouvrage des risques inhérents au matériau qu'il installe et qu'elle avait relevé l'existence de plafonds rampants constitués de mousse polyuréthane facilement inflammable » (Cass. 3^{ème} civ. 4 juillet 2007, Bull. civ. III, n° 120 ; D. 2007. AJ. 2103 ; RD imm. 2007. 441, obs. Malinvaud). La Cour de cassation a également reproché à une Cour d'appel, sur le fondement des articles 1134 et 1135, son refus d'indemniser le préjudice subi par une société distributrice de parfums malgré la violation de l'exclusivité concédée par son fournisseur (Cass. com. 20 fév. 2007, n° pourvoi 04-17752).

³ Cass. com. 19 avril 2005, n° pourvoi 03-12052 : « l'obligation d'information et de conseil pesant sur le souscripteur d'assurance de groupe ne peut être limitée par l'intervention d'un intermédiaire, et [...] il résulte de l'arrêt que la banque, une fois avisée par l'assureur de sa décision relative à l'exigence d'une surprime et à son montant, n'a pas veillé à la régularité de l'adhésion de l'emprunteur convenue lors de l'obtention du prêt ».

Par la suite : « Le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation » : Cass., ass. plén., 2 mars 2007 : R., p. 443 ; Bull. civ. n° 4 ; BICC 15 mai 2007, rapp. Renard-Payen, avis Main ; D. 2007. 985, note S. Piedelièvre ; ibid. AJ. 863, obs. Avena-Robardet ; D. 2008. Pan. 127, obs. Groutel ; ibid. 880, obs. R. Martin ; JCP 2007. II. 10098, note Gourio ; ibid. I. 158, n° 6, obs. Simler ; JCP E 2007. 1375, note D. Legeais ; RLDC 2007/39, n° 2556, note N. Bicheron ; RGDA 2007. 397, note Kullmann ; LPA 10 mai 2007, note Markhoff ; ibid. 25 mai 2007, note Gossou ; ibid. 23 août 2007, note Prigent ; RD imm. 2007. 319, obs. Grynbaum ; RDC 2007. 750, obs. Viney.

⁴ Voir notamment : Cass. 2^{ème} civ. 8 sept. 2005, n° pourvoi 04-14007 ; 20 oct. 2005, n° 03-19420 ; 18 janvier 2006, n° 05-11758 et 05-12996 ; 8 fév. 2006, n° 04-20113 ; 5 oct. 2006, n° 05-21098 ; 13 juillet 2006, n° 05-20209.

domaine non prévu, à l’instar de ce qui a été fait au début de ce siècle en matière d’obligation de sécurité¹.

Néanmoins, dans un arrêt du 13 février 2007, la Cour de cassation, en sa chambre sociale², a sèchement rappelé les limites qu’elle entend apporter à la normativité de l’équité. Sur le fondement de cette exigence rappelée à l’article 1135, la Cour d’appel de Besançon avait cru pouvoir commissionner des contrats apportés par un salarié à une société de gestion de patrimoine lors de son embauche alors que le contrat de travail prévoyait le commissionnement des seuls contrats acquis par le salarié postérieurement à son embauche. La Cour censure cette décision au motif que « pour admettre la créance de la salariée, l’arrêt attaqué énonce que l’équité commande que les contrats apportés par la salariée avant son embauche et dont l’employeur a bénéficié, doivent donner lieu à commissionnement dans les mêmes conditions que les productions ultérieures ; [...] cependant [...] aucune disposition contractuelle ne prévoyait le commissionnement de la salariée avant son engagement par la société » ; dès lors, « en statuant, comme elle l’a fait, alors que l’équité n’est pas une source de droit, la cour d’appel a violé les textes susvisés ». L’affirmation est sans ambages : l’équité, malgré l’article 1135 (présent dans les visas), n’est pas une source de droit, et ne saurait justifier, en cette occasion, de dépasser les stipulations expresses de la convention. Bien qu’il semble naturel que ces conventions fassent l’objet d’une indemnisation puisque l’entreprise en bénéficie et que le salarié en est à l’origine, la Cour refuse ici à l’équité de jouer son rôle correcteur. Cette décision étonne donc au regard de la jurisprudence rappelée antérieurement, et au regard de la justesse de la décision rendue en appel.

L’attendu de principe est également étonnant car, si classiquement, l’on enseigne que sans fondement légal, l’équité n’est pas une source de droit³, restent de nombreux pans du droit où l’équité est expressément visée par la loi⁴. Ainsi, en prévoyant à l’article 1135 que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature », le législateur prévoit expressément que l’équité pourra être une source de droit dans la détermination de l’étendue des obligations contractuelles. Il semble donc excessif d’affirmer de manière péremptoire que

¹ Cass. civ. 21 novembre 1911, S.1912.1.73 note Lyon-Caen, D.1913.1. p. 249 note Sarrut.

Voir C. Bloch, *L’obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, PUAM 2002.

² Cass. soc. 13 fév. 2007, n° pourvoi 05-41055. Voir déjà : Cass. soc. 4 déc. 1996, JCP 1997, I 4064, n°11, obs. L. Cadiet.

³ Selon l’article 2 du code de procédure civile (CPC), « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁴ Articles 270, 565, 815-3, 1135 et 1579 du code civil. Quant aux articles 1152, 1244 et 1153-1, ils font, à n’en pas douter, allusion à l’équité.

l'équité n'est pas une source de droit alors qu'elle en est ostensiblement une source complémentaire.

158. L'anticipation légitime d'autrui, l'équité et la bonne foi. Au regard de nos développements, il est fondamental de remarquer que les articles 1134 alinéa 3 et 1135 semblent participer de l'exploitation d'un seul et même concept : l'équité. Il est en effet évident que la bonne foi, dans sa dimension subjective empruntée à la *bona fides*, ne saurait, à elle-seule expliquer les exigences imposées par l'article 1135 du code civil. Le principe imposant de respecter les anticipations légitimes d'autrui semble, quant à lui, participer du mouvement inverse. M. Xavier Dieux, explique en effet, que le fondement de ce principe réside dans l'objectivation de la notion de bonne foi. Il est donc légitime, à ce stade de l'analyse, de se demander s'il est possible de lier de manière cohérente les trois concepts que sont l'anticipation légitime d'autrui, l'équité et la bonne foi. Si le premier de ces concepts se donne comme ambition d'être la clef de lecture de la matière contractuelle¹, il devrait établir un lien entre l'article 1134 et l'article 1135 du code civil. Il reviendrait ainsi à l'anticipation légitime d'autrui, au stade de l'exécution du contrat, de restaurer l'équité dans sa dimension dualiste. Rien n'est moins impossible.

S'il est évident que le respect des attentes raisonnables d'autrui est issu d'un raisonnement objectif tendant à faire de l'appréciation objective une obligation pour les contractants et le juge, il semble difficile d'affirmer que le versant subjectif, moral, de l'équité est écarté de cette conceptualisation. En faisant de l'autre le siège de la force obligatoire et la perspective à partir de laquelle la matière doit être appréhendée, l'on ne s'éloigne pas de Cicéron lorsque ce dernier affirme que « le premier office de la justice veut que l'on ne nuise à personne »² et que l'équité (subjective, rappelons-le) exprime « le souci des affaires des autres »³. S'il convient d'inviter à une objectivation de la bonne foi, c'est avant tout pour en faire un socle contractuel extérieur à la volonté d'un seul. Cela ne signifie pour autant pas que soit éludée la dimension subjective de la bonne foi en tant qu'équité subjective, ce que les Romains appelaient, la *bona fides*, et qu'il est possible d'appeler de nos jours, la loyauté.

Au-delà du sentiment et de l'idée de justice que véhicule l'équité, la légitime expectation, telle qu'appréciée dans l'altérité, semble pareillement commander une exigence de cohérence

¹ En justifiant notamment la force obligatoire des conventions.

² Cicéron, *De officiis*, L. I, VII.

³ Cicéron, *De officiis*, L. I, IX, 29.

dans le lien contractuel. L'*estoppel* connu dans les droits de *common law* semble pouvoir se traduire, en droit français, en une interdiction de se contredire aux dépens d'autrui.

B – L'estoppel : le souci de cohérence à l'égard d'autrui

159. Champ synthétique. Bien qu'il apparaisse que l'estoppel de droit anglais puisse, en diverses matières¹, déboucher sur de nombreuses applications, son appréhension se limitera, ici, au droit contractuel. Néanmoins, avant de parvenir à formuler la réception de ce concept en droit français (2), il convient de présenter la manière dont l'*estoppel* a progressivement été consacrée en droits, anglais, américain et australien (2).

1 – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en common law

160. L'estoppel en droit anglais. A en croire un auteur particulièrement autorisé, l'estoppel de droit anglais constitue une « manifestation topique de l'interdiction de se contredire

¹ En effet, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui se retrouve notamment en droit de la famille et, dans une moindre mesure, en droit de l'entreprise (voir R. Vatinet, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit de l'entreprise », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Behar-Touchais, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, p. 99 et s.).

En droit de la famille, le concept est donc prenant. Ainsi, une demande de nullité de mariage est irrecevable en application de l'article 181 du code civil dès lors qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois. De la même manière l'article 186 interdit aux parents d'un mineur de demander la nullité du mariage auquel ils ont consenti. On le voit, le droit de la famille, et plus particulièrement du mariage, interdit que la contradiction puisse agir aux dépens d'autrui. De la même manière, la jurisprudence refuse qu'un époux qui a dispensé son conjoint des obligations du mariage, puisse invoquer la violation de ces obligations pour demander le divorce (Cass. 2^{ème} civ. 4 juillet 1973, JCP 1973-IV.6349. Concernant la rupture des fiançailles, on a pu affirmer, sans doute à juste titre, que la responsabilité engagée par celui qui rompt de manière brutale ou tardive venait sanctionner la versatilité de l'ex-futur époux : Cass. 2^{ème} civ. 18 juin 1973, JCP 1974 II.17794.

En droit de la filiation, la jurisprudence est venue sanctionner celui qui, ayant sciemment reconnu un enfant par complaisance, exerce une action en contestation de paternité : « C... avait volontairement reconnu et légitimé un enfant qu'il savait ne pas être la sienne ; qu'il a ainsi contracté, vis-à-vis de l'enfant et de la mère, l'engagement de se comporter comme un père en subvenant notamment aux besoins de celle qu'il avait reconnue ; que l'inexécution de cet engagement résultant de l'annulation de la reconnaissance et de la légitimation subséquente, génératrice d'un préjudice matériel ou moral, tant pour l'enfant que pour la mère, peut être sanctionné par l'octroi des dommages et intérêts » ; Cass. 1^{ère} civ. 21 juillet 1987, D. 1988, p. 225, note J. Massip. Le même raisonnement a été suivi en ce qui concerne une requête en adoption simple suivie de sa révocation : Cass. 1^{ère} civ. 19 novembre 1991, Bull. Civ. n° 316. Le législateur a même prévu en matière de procréation médicalement assistée que, lorsque le consentement a été régulièrement donné devant un juge ou un notaire, toute contestation fondée sur l'absence de lien biologique entre l'enfant et le parent infertile est interdite (art. 311-20 du code civil).

En droit successoral, l'article 782 du code civil dispose qu'un héritier est considéré comme acceptant la succession de manière tacite dès lors que « le successible saisi fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en qualité d'héritier acceptant ». L'héritier ne peut contredire son comportement objectivement constaté et légitimement assimilé à une acceptation par autrui.

Pour une présentation détaillée de la réception de l'estoppel en droit de la famille, voir F. Dreifuss-Neiter, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit. p. 111 et s.

au détriment d'autrui »¹. Néanmoins le concept d'estoppel est particulièrement difficile à appréhender tant le droit anglais, lui-même, lui reconnaît plusieurs sens et utilisations. Il semble toutefois possible de faire une distinction entre l'estoppel de *common law* et l'*equitable* estoppel. L'on sait, en effet, que l'Angleterre a développé deux types de droit, « parallèlement aux cours de *common law* (juridictions royales), dont la compétence était trop restreinte, s'est développé, dès le XV^{ème} siècle, un système concurrent, la juridiction d'équité du chancelier du roi. Il en est résulté cette fameuse distinction entre la *common law* et l'*equity* »². Ainsi les estoppels de *common law* sont enserrés dans des limites beaucoup plus rigoureuses que les estoppels d'*equity*. Ils ne jouent en effet qu'en présence d'une représentation fondée sur des faits réels par opposition à une simple déclaration d'intention. Dès le XII^{ème} et le XIII^{ème} siècle se forment ainsi les premiers estoppels : l'estoppel *by record*³, l'estoppel *by deed*⁴, l'estoppel *by matter in pais*⁵. Ces différents estoppels servaient de preuve, en permettant d'accorder force de vérité irréfragable aux actes sur lesquelles ils portent. Cela permettait aux litiges d'être définitivement réglés sans qu'il soit besoin de réunir un jury. Néanmoins, ces différents estoppels devinrent rapidement archaïques car liés à la procédure contraignante de l'époque : ils étaient ainsi source d'arbitraire et d'injustice, ce qui peut paraître paradoxal au regard d'un concept censé affleurer la bonne foi. L'estoppel *by record* s'est ainsi profondément modifié pour s'étendre à toutes les décisions de justice et ressembler à ce que les droits romanistes appellent l'autorité de la chose jugée. Les estoppels *by deed* et *by matter of pais* se transformèrent quant à eux en une véritable règle de fond, l'estoppel *by representation* fondant un principe général d'estoppel en *equity*.

Reste, parmi les estoppels de *common law*, l'estoppel *by convention*, qui joue lorsque deux parties ont assumé l'existence de certains faits et agi en conséquence. Il en résulte que l'une des parties ne possède plus la faculté de remettre en cause cet acquis commun dès lors que cela serait inéquitable pour l'autre.

¹ B. Fauvarque-Cosson, « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 3.

Etymologiquement, estoppel vient du vieux français « étouper » qui signifie boucher : il en résulte que « de même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau, ainsi le plaideur emploie-t-il le moyen de l'estoppel au cours d'un procès judiciaire comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits ». Telle une fin de non-recevoir, le mécanisme de l'estoppel commande d'interdire qu'une partie puisse profiter de ses propres contradictions.

² B. Fauvarque-Cosson, op. cit., p.3.

³ Le *record* était la preuve donnée par les juges royaux de l'époque et fondée sur leur mémoire.

⁴ Acte écrit et solennel.

⁵ Témoignage du jury.

Devant les cours d'*equity*, cette fois-ci, l'estoppel permet d'éviter qu'une personne ne puisse revenir sur ses actes et sur les apparences créées. Si « au départ il fut cantonné aux seules déclarations frauduleuses, il fut étendu à celles faites de bonne foi »¹.

Le *promissory* estoppel est, à n'en pas douter, la version la plus moderne d'*equitable* estoppel. Pour bien saisir les nuances de cet estoppel, il convient de se rappeler qu'en droit anglais, le seul échange de consentements ne suffit pas pour former le contrat, il faut y ajouter une *consideration* : « en d'autres termes, sans contrepartie donnée au promettant, celui-ci n'est pas engagé et peut changer d'avis, sauf si la promesse a été faite sous une forme solennelle »². Il n'est dès lors pas étonnant, que le *promissory* estoppel fût tout d'abord employé afin de rendre obligatoire la promesse de ne pas agir en justice pour obtenir le paiement intégral de la somme due lorsque le créancier avait laissé entendre qu'il se contenterait du paiement partiel de la dette, et ce sans exiger de contrepartie constitutive d'une *consideration*. La consécration du *promissory* estoppel fut acquise dans une retentissante décision de Lord Denning, le *High Trees case*³. Pour être admis en justice le *promissory* estoppel devait réunir trois conditions : une *representation* claire et non équivoque, le dédit inéquitable de l'auteur de la représentation, ce dédit devant être préjudiciable pour l'autre partie.

Quant au *property* estoppel, il s'agit d'une autre forme d'*equitable* estoppel qui a la particularité de jouer même en dehors de relations contractuelles, précontractuelles et même en l'absence d'une *representation* claire et non équivoque. Ainsi, quand le propriétaire d'un bien immobilier s'est conduit de telle sorte qu'il a laissé croire, par *representation*, que le demandeur avait acquis ou était sur le point d'acquérir certains droits ou intérêts sur ce bien, et que ce dernier, bien entendu, a agi à son préjudice sur cette base, le propriétaire ne peut plus faire valoir ses droits. Il est notamment utilisé dans les relations entre concubins afin de permettre à l'un d'obtenir des droits réels sur un bien immobilier appartenant à son partenaire⁴. Il est évident que dans le cadre de notre analyse, le *promissory* estoppel constituera le champ d'études privilégié de l'estoppel⁵.

¹ B. Fauvarque-Cosson, op. cit p. 8.

² Idem.

³ Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd, 1947, K.B.130.

⁴ C.A Pascoe v. Turner, 1979, 1 W.L.R.431.

La Cour de cassation française vient, à nouveau, de rejeter le pourvoi d'un individu ayant réalisé de nombreux investissements destinés à rénover l'appartement de son ancienne concubine en vue d'une installation commune : « ayant souverainement constaté que M. X... avait, dans son intérêt personnel, financé les travaux de rénovation litigieux avec l'intention de s'installer dans l'immeuble avec Mme Y..., la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision » : Cass. 1^{ère} civ. 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-11928.

⁵ Aussi convient-il de remarquer, qu'à la suite de l'arrêt « High Trees », de nombreux auteurs craignirent une remise en cause de la *consideration* afin de rendre exécutoire une promesse gratuite. La doctrine se demanda si cette jurisprudence ne tendait pas à faire du *promissory estoppel* un moyen d'action et non plus simplement un moyen de

Au demeurant, même s'il semble acquis désormais en jurisprudence comme en doctrine, que le *promissory estoppel* puisse fonder un droit d'action permettant l'acquisition de droits non consacrés par une *consideration*, il reste évident qu'en droit anglais, une théorie générale de l'estoppel semble impossible en raison de la trop grande diversité recouverte par ce concept. Ceci permet de mettre en évidence le nécessaire recours à d'autres systèmes de *common law* où l'estoppel semble reposer sur un véritable principe général.

161. Le droit américain : la *reliance*. On peut définir la *reliance* comme la situation dans laquelle « le destinataire de la promesse a subi une perte en raison de la foi portée à la promesse »¹. Cette notion s'est considérablement développée aux Etats-Unis où on l'oppose classiquement à celle des échanges, le *bargain*. Ainsi la *reliance* permet de suppléer à la *consideration* et de rendre une promesse obligatoire bien qu'elle ait été consentie sans contrepartie apparente². Le second *Restatement* du droit des contrats met parfaitement en exergue le rôle de ce concept en droit américain : les sections 82 à 94 traitent en effet des contrats sans *consideration*, ce qui déroge à l'exigence générale d'un *bargain*. Il est ici intéressant de remarquer que la note introductive précise expressément que les raisons de les rendre obligatoires sont la *reliance* et l'enrichissement injuste³. De manière plus précise, la section 90 dispose : « Si le promettant doit raisonnablement envisager que sa promesse engendrera ou induira, chez les bénéficiaires de la promesse ou chez un tiers, une action ou une abstention d'agir de caractère clair et substantiel et que de fait, elle entraîne une telle action ou abstention, le promettant se trouve obligé par sa promesse si l'injustice ne peut pas être évitée autrement. Le remède accordé peut être limité dans la mesure où la justice l'exige ». Nonobstant le fait que le terme même d'estoppel ne figure pas dans la section 90, l'on ne peut douter qu'il s'agit ici de la transposition en droit américain du *promissory estoppel*⁴.

défense, une simple fin de non recevoir. Selon Atiyah, une telle manière de voir les choses relève « d'un mythe » (P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Clarendon Press, Oxford, p. 307). Dans la mesure où la position procédurale des parties n'est jamais réellement figée dans le cadre d'un litige, il semble en effet paradoxal de vouloir réserver au *promissory estoppel* la simple qualité de moyen de défense.

¹ B. Fauvarque-Cosson, op. cit p. 15.

² On voit ici que les Américains sont beaucoup moins attachés à l'exigence de la *consideration* que ne le sont les Anglais. La *reliance* n'est pas qu'une exception tirée de l'*equity* mais une véritable alternative à la *consideration*.

³ V. Cass. 1^{ère} civ. 24 septembre 2008, précit.

⁴ C'est d'ailleurs ainsi que les juges et des auteurs américains l'ont du reste baptisé : « dès lors, de deux choses l'une : soit les juges s'acharnent à déceler une *consideration* ; soit ils renoncent à ce raisonnement passablement artificiel pour faire jouer le *promissory estoppel* » (Fauvarque-Cosson B., op. cit p. 16-17). Une célèbre décision de la fin du XIX^{ème} siècle permit à un justiciable d'obtenir une succession promise par son oncle s'il cessait de boire, de fumer et de mener une vie dissolue : le fait de renoncer à ce style de vie a pu être considéré comme une forme de *consideration* (*Hamer v. Sidway*, 1891, 124 N.Y, 27 N.E. 256).

Selon la section 90, la sanction de la *reliance* peut être limitée « selon les besoins de la justice », c'est dire la vaste marge d'appréciation laissée aux juges. Toutefois, en pratique, il convient de remarquer que ces derniers ne prononcent que fort peu l'exécution forcée en nature : « Tandis que la rupture de contrat peut donner lieu à des *expectative interests* visant à compenser le gain manqué, l'estoppel ne protège que la *reliance*, ce qui permet de limiter le montant de la réparation, surtout lorsque le bénéficiaire de la promesse n'a pas modifié sa position »¹. Cependant, il peut arriver que les *expectations* soient indemnisées, à la condition que ce soit l'unique moyen de protéger la *reliance*². Si cette doctrine américaine du *promissory* estoppel fut d'abord limitée aux domaines contractuel et précontractuel³, ce n'est véritablement qu'en droit australien que l'on peut retrouver une véritable théorie de l'estoppel dépassant la simple sphère contractuelle.

162. Le droit australien. Deux décisions de la *High Court* australienne rendues en 1988 et en 1990 suffirent à provoquer l'émergence d'un principe unitaire d'estoppel bien que le *promissory* estoppel ne fût reconnu par la *High Court* qu'en 1983⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Walton Stores Ltd v. Maher*⁵, alors que les parties n'étaient liées par aucune convention, la *High Court* accorda des dommages et intérêts au demandeur et ce, sur le fondement des *expectations* de ce même demandeur : puisque la relation entre les parties se limitait à une simple promesse de conclusion d'un contrat, les juges estimèrent que l'estoppel s'apparentait au *promissory* estoppel de Lord Dunning. Les juges suprêmes australiens firent donc de l'estoppel un moyen d'action permettant de pallier l'existence d'un contrat (*consideration*) et d'obtenir des dommages-intérêts. Dans un autre arrêt célèbre de 1990⁶, les juges présentèrent l'estoppel sous la forme d'une seule et unique doctrine dont le nom reste toutefois à trouver : « selon que l'on insistera sur l'idée de justice et d'équité à l'égard de celui qui a légitimement placé sa confiance en l'autre ou sur la conduite inadmissible de l'auteur de la contradiction, elle pourrait s'appeler *equitable* estoppel ou estoppel *by conduct* »⁷.

Au final, il apparaît que la *reliance* bien que légitime, prévisible voire préjudiciable, ne peut suffire à fonder l'estoppel. Il convient également d'apprécier le comportement de celui auquel l'estoppel est opposé. Les juges tentent, au cas par cas, de répondre à la question suivante

¹ B. Fauvarque-Cosson, op. cit p. 17.

² Elles le sont d'autant plus qu'il y a mauvaise foi de la part du promettant.

³ Des promesses gratuites, faites dans les familles, il fut ensuite étendu à des situations commerciales telles que les négociations précontractuelles dans les contrats de franchise ou encore dans les procédures d'appel d'offres.

⁴ *Legione v. Hately*, 1983, 152, CLR 406.

⁵ *Walton Stores Ltd v. Maher*, 1988, 164 CLR 387.

⁶ *Commonwealth v. Verwayen*, 1990, 170 CLR 395.

⁷ B. Fauvarque-Cosson, op. cit p. 20.

: est-il « excessif et sans conscience »¹ de permettre à l'auteur de la *representation*, étant donné la confiance qu'elle a entraînée, de revenir sur celle-ci ? La question relative à l'absence de conscience est l'aspect d'ordre moral de l'estoppel qui évoque l'idée de fraude ou, à tout le moins, d'extrême mauvaise foi. Il va toutefois plus loin en mettant particulièrement l'accent sur le comportement de celui qui s'est contredit. Le deuxième aspect relatif à l'excès prend en compte le préjudice subi par celui qui a placé sa confiance en l'autre.

Le recours à ces deux aspects montre bien la volonté des juges australiens de contenir l'estoppel dans des limites raisonnables, légitimes². Cette volonté judiciaire est à rapprocher de la crainte liée à l'insécurité juridique des principes généraux. On sait que cette crainte a justifié le refus d'introduire le principe général de bonne foi en droit anglais : « en réalité comme beaucoup d'autres institutions fondées sur l'équité, l'estoppel constitue une variété d'application de la bonne foi, si bien que l'opposition avec les systèmes juridiques qui consacrent ce principe n'est pas si tranchée »³. Il n'est dès lors pas étonnant que l'estoppel soit indirectement consacré par des codifications internationales portant sur le droit des contrats⁴. Il semble donc nécessaire d'étudier l'opportunité de la réception d'un tel concept en droit français à travers sa traduction, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

¹ Traduction de *unconscionable*.

² Comme l'observe Mme Fauvarque-Cosson : « Cela est d'autant plus important qu'en droit australien, il intervient sous la forme d'un principe général susceptible de fonder un droit d'action et d'entraîner la création de droits substantiels » (op. cit p. 21).

³ B. Fauvarque-Cosson, op. cit p. 22.

⁴ Voir notamment art. 7 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, l'art 1.7 des Principes Unidroit et l'art 1.106 des Principes du droit européen du contrat.

2 – La réception de l'estoppel en droit français

163. Une protection hétérogène de l'incohérence¹ contractuelle. Ramenée à la simple dimension conventionnelle, la théorie de l'estoppel est contenue dans le *promissory* estoppel. La problématique liée à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui reviendrait à supposer qu'un des contractants a eu un comportement qui a créé une croyance légitime chez son cocontractant le conduisant à altérer sa position. Or, s'il est aisé de conclure à l'insuffisance des moyens de lutter contre l'incohérence préméditée, il est aussi facile de constater l'abondance des procédés permettant de combattre l'incohérence non-préméditée.

Le droit positif a en effet du mal à sanctionner la conclusion d'un contrat qu'une partie sait nul afin de faire jouer cette nullité par la suite². On ne saurait ignorer que, jusqu'à un célèbre arrêt Chronopost en date du 22 octobre 1996³, la jurisprudence ne sanctionnait pas un contractant s'imposant une obligation fondamentale tout en la niant dans le cadre d'une clause limitative de responsabilité⁴ ; l'on sait également quel détour par la théorie de la cause la Cour de cassation dut emprunter afin de donner un fondement juridique à sa décision⁵. Du reste, « cette jurisprudence embryonnaire ne saurait pour l'instant viser toutes les hypothèses où le contractant sciemment prive d'une partie de son utilité le contrat, en privant l'attente légitime de son contractant »⁶.

A l'inverse, les solutions positives permettant de sanctionner l'incohérence non préméditée d'un contractant sont légion. Ainsi, sur le fondement de la faute de négligence, on interdit aux organismes de sécurité sociale d'opérer la répétition de sommes indues versées à un assuré qui pensait y avoir légitimement droit⁷. La jurisprudence s'appuie également sur la mauvaise foi pour sanctionner le créancier qui, pendant une longue période, n'a pas exigé le paiement de sommes dues par son débiteur et qui, soudainement, les réclame, voire met en jeu une clause résolutoire⁸. Les juges emploient pareillement l'abus de droit afin de sanctionner un concédant qui exige, peu de temps avant le renouvellement de la concession, des investissements

¹ V. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt (2 vol.) PUAM 2001.

² Voir toutefois pour une exception notable : Com 6 mars 1990, Bull. IV, n° 258, RTD civ. 1991, obs. J. Mestre, p. 734.

³ V. supra n° 77.

⁴ Pour M. Guéren, « la chambre commerciale innove en affirmant que ce n'est pas l'exécution de l'obligation de ponctualité et de fiabilité qui conduit à écarter la clause, mais sa contradiction initiale, structurelle avec l'attente légitime du créancier » (« Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 352, n° 12.

⁵ Idem.

⁶ M. Behar-Touchais, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 88.

⁷ Com. 15 octobre 1996, *D.* 1996, IR 243.

⁸ Civ. 3^{ème} 8 avril 1987, JCP 1988, II, 21037, note Y. Picod ; et Civ. 3^{ème} 16 fév. 1999, Defrénois 2000, p. 248, obs. D. Mazeaud.

importants et qui ne renouvelle pas la concession¹. L'on peut aussi faire référence à la jurisprudence sanctionnant l'abus du droit d'interrompre des pourparlers alors que le contractant prenant l'initiative de la rupture a suscité chez son partenaire la croyance légitime en la conclusion de la convention². Pour finir, il est possible de mentionner la jurisprudence de la Cour de cassation, qui en raison de la fraude, prive du droit de se prévaloir de la prescription biennale, pourtant parfaitement acquise, une compagnie d'assurances qui a abusé le bénéficiaire d'une compagnie d'assurances en le dissuadant d'agir en temps utile³.

En dehors de la faute, il a été décidé qu'une société de correspondance qui a envoyé à ses clients un document laissant croire que le prix était gagné, doit livrer ledit lot : l'obligation reposant successivement sur l'existence d'un engagement ou d'une renonciation volontaire⁴, puis, désormais, sur le fait purement volontaire des quasi-contrats⁵.

164. Variation des fondements et des sanctions. Dans la mesure où l'incohérence d'un contractant peut être sanctionnée du chef de plusieurs fondements juridiques, il n'est dès lors pas étonnant que les sanctions attachées à ces incohérences varient d'un fondement à l'autre. Il arrive ainsi que le contractant incohérent soit condamné à payer des dommages et intérêts à la victime de son incohérence⁶. Parfois, il est déchu de son droit d'invoquer une clause contractuelle⁷ ou une prescription⁸. Il peut encore être condamné à l'exécution forcée, son engagement étant consolidé par la théorie de l'apparence⁹ ou d'une prétendue volonté tacite¹⁰.

Il en résulte qu'en fonction du fondement invoqué, l'incohérence d'un contractant sera diversement sanctionnée. Ainsi, en matière de jeux organisés, selon le fondement retenu, la

¹ Com. 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n° 40 ; D. 1998, p. 413 obs. Ch. Jamin. Il en est de même, et plus généralement, du non-renouvellement du contrat après avoir laissé croire à son maintien : Com 9 février 1981, D. 1982, p. 4, note J. Schmidt-Sazlewski.

² Voir supra n° 71 et 148.

³ Cass. 1^{ère} civ. 28 oct. 1991, Bull. Civ. I, n° 282, p. 185.

⁴ Cass. 2^{ème} civ. 11 févr. 1998 : Bull. civ. II, n° 55 ; D. 1999. Somm. 109, obs. Libchaber ; D. Affaires 1998. 947, obs. J. F. ; JCP 1998. II. 10156, note Carducci ; ibid. I. 155, n° 1 s., obs. Fabre-Magnan ; ibid. I. 185, n° 1 s., obs. Viney ; Defrénois 1998. 1044, obs. D. Mazeaud ; RRJ 2001/3. 1677, étude Legros - Civ. 1ère, 12 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2002. Somm. 1316, obs. D. Mazeaud ; JCP 2002. I. 122, n° 5, obs. Viney ; ibid. II. 10104, note Houtcieff.

⁵ Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002 : Bull. civ. n° 4 ; R., p. 448 ; BICC 15 oct. 2002, concl. de Gouttes, rapp. Gridel ; D. 2002. 2963, note D. Mazeaud ; ibid. AJ. 2531, obs. A. Lienhard ; JCP 2002. II. 10173, note Reifegerste (2e esp.) ; JCP E 2002. 1687, note Viney (1er esp.) ; Gaz. Pal. 2002. 1725, concl. de Gouttes (2e esp.) ; Defrénois 2002. 1608, obs. Savaux ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 151, note Raymond (2e esp.) LPA 24 oct. 2002, note Houtcieff (2e esp.) ; Comm. com. élec. 2002, n° 156, note Stoffel-Munck.

Même sens : Civ. 1re, 18 mars 2003 : Bull. civ. I, n° 85 ; D. 2003. IR. 1009 ; Defrénois 2003. 1168, obs. Libchaber ; Contrats Conc. Consom. 2003, n° 100, note Raymond ; RDC 2003. 80, obs. Fenouillet. - V. aussi CA Paris, 7 févr. 2003 : RCA 2003, n° 195, note Radé.

⁶ C'est le cas en ce qui concerne les organismes sociaux et les concédants.

⁷ Voir la jurisprudence sur la mise en œuvre de mauvaise foi des clauses résolutoires, supra n° 84.

⁸ Le cas de la compagnie d'assurances qui pousse son assuré à ne pas agir en justice dans le délai imparti.

⁹ V. infra n° 203 et s.

¹⁰ V. Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002, précit.

victime de l'incohérence aura droit soit à des dommages et intérêts venant réparer le dommage causé par la faute de l'annonceur, voire son fait volontaire, soit à la délivrance du lot sur le fondement de l'engagement tacite.

Or, l'incohérence des sanctions ne peut masquer l'hétérogénéité, donc l'approximation condamnable des fondements : « cette multiplicité de fondements et de sanctions, rend aussi nécessairement imprécises les conditions de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui »¹. Une problématique s'ouvre ainsi quant à l'acte susceptible d'être qualifié d'incohérent : si la renonciation tacite ne peut résulter du seul silence, l'apparence, quant à elle, permet au silence de jouer pleinement. C'est dire « le paradoxe certain dans la sanction actuelle de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui »².

165. La nécessaire unicité du fondement et de la sanction. L'illogisme de la multiplicité des fondements en matière de sanction de l'incohérence contractuelle a poussé certains auteurs à faire un choix en faveur de la bonne foi. Ainsi, toute contradiction dans le comportement d'un contractant qui manquerait à l'exigence de bonne foi devrait être sanctionnée : cela « paraît être un fondement tout à fait adéquat »³ dans la mesure où la sécurité juridique serait préservée. Désormais, « quand un contractant tente d'être incohérent au préjudice de son contractant, le laisser agir impunément, reviendrait à lui permettre de ruiner les prévisions légitimes de son cocontractant et de porter atteinte à la sécurité juridique »⁴. Ainsi entendu, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en matière contractuelle serait une sous-catégorie de la bonne foi.

Or, comme nous l'avons précédemment exposé, l'objectivation de la bonne foi est une consécration du respect de l'anticipation légitime d'autrui. Dans cette optique, il semble logique de sanctionner toute atteinte à la cohérence contractuelle puisque l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ne peut qu'être une émanation de l'obligation de respecter les attentes raisonnables d'autrui. Il devient donc possible de faire de la bonne foi le fondement unique de la sanction de l'incohérence contractuelle, à tout le moins si l'on définit la bonne foi comme « une

¹ M. Behar-Touchais M., « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 93.

² Idem p. 93.

³ Ibidem p. 95.

⁴ Idem.

véritable norme objective de comportement »¹ qui impose à chacun « de se comporter raisonnablement, loyalement, honnêtement ou équitablement envers les autres »².

Néanmoins, à cette unicité de fondement doit logiquement répondre une sanction unique. Il est évident pour Mme le professeur Behar-Touchais que la sanction de l'incohérence contractuelle doit être la déchéance de préférence à l'octroi de dommages et intérêts : « la déchéance a en l'occurrence une vertu préventive, en ce sens qu'elle empêche la victime potentielle de l'incohérence de subir un préjudice [...]. Le droit anglais de l'estoppel nous semble d'ailleurs plutôt en ce sens »³.

En ce qui nous concerne, suivant en cela les conclusions auxquelles nous sommes parvenus antérieurement⁴, il nous semblerait préférable de sanctionner l'incohérence par le jeu de la responsabilité extra-contractuelle, donc par le jeu de la réparation intégrale. Si dans une perspective logique, la sanction doit se fonder sur une source unique, il n'en demeure pas moins qu'une seule sanction ne saurait répondre à l'ensemble des attentes légitimes diversement nourries par des circonstances de fait variant d'une espèce à l'autre. La plasticité de la sanction délictuelle, au-delà de sa cohérence, permettrait donc d'adapter la sanction à la particularité de l'espèce à trancher. Il ne semble en effet pas contraire à l'exigence de sécurité juridique⁵, véhiculée par le droit contractuel, d'autoriser le juge à sanctionner intégralement une telle faute dans la mesure où il est toujours plus légitime de se mettre à la place de la victime du manquement pour rétablir la sécurité juridique à laquelle elle pouvait raisonnablement prétendre, que de se mettre à la place du contactant incohérent. Il est trop simple d'emprunter l'habit du fautif pour justifier le respect de la sécurité juridique alors que lui-même y porte atteinte : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

166. Etat des lieux de la réception du principe de cohérence. Si l'on admet avec Bruno Célèce que la continuité des comportements est « une exigence absolue du droit »⁶, il semble possible d'affirmer que la cohérence doit être un principe directeur du droit des contrats⁷. En effet, « la cohérence des comportements individuels apparaît dans cette perspective non comme un frein à l'épanouissement des relations sociales mais comme le ciment même de l'ordre

¹ X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Thèse, Coll. de la Faculté libre de Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 18.

² Idem.

³ M. Behar-Touchais, op. cit., p. 96.

⁴ L'exigence objective de bonne foi participe d'une exigence dépassant le simple domaine contractuel. Voir supra n° 145.

⁵ En ce qu'elle assure, ici, le respect de la prévisibilité.

⁶ B. Célèce, *Les réserves et le non-vouloir dans l'acte juridique*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968.

⁷ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en droit privé des contrats*, préf. H. Muir Watt, PUAM 2000.

juridique et moral ; elle est dans cette optique aussi importante que l’interdiction de mettre cet ordre en contradiction avec lui-même au moyen de la fraude, ou d’abuser des droits subjectifs dont cet ordre confère l’exercice »¹. Dès lors se pose inévitablement la question de savoir à quel moment on peut affirmer que la contradiction est fautive. A partir de quand peut-on affirmer que la confiance de l’autre a été trompée ?² L’évolution jurisprudentielle semble s’accorder sur le fait que l’interdiction de se contredire ne joue pas si une prise de position ne peut être perçue comme comportant l’engagement ferme qu’elle sera maintenue³.

Au final, il apparaît que la cohérence « trouve bien sa place dans l’ordre positif »⁴. Garantissant le respect dû aux anticipations légitimes d’autrui, l’estoppel, ou encore interdiction de se contredire aux dépens d’autrui, doit participer de ce mouvement tendant à replacer l’autre, et surtout ses raisonnables attentes, au centre du droit privé, et plus précisément, ici, du droit des contrats. L’on ne peut dès lors que se féliciter de sa réception par la Cour de cassation dans son arrêt du 8 mars 2005⁵. Au visa de l’article 1134 alinéa 3, la chambre commerciale reproche à une cour d’appel d’avoir fait jouer une clause d’unité de compte défavorable à une société cliente

¹ H. Muir Watt, « Rapport de synthèse », in *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, op. cit. p. 116.

² Ainsi, jugeant que « le seul écoulement du temps ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire » pour une expulsion à l’issue d’un bail commercial un peu moins de six ans après les derniers impayés : Cass. com. 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11194, *D.* 2008, p. 1156, obs. Y. Rouquet.

³ Comme l’observe Mme Muir Watt : « A cet égard, le contexte dans lequel la représentation est formulée détermine directement la règle de jeu, la légitimité des attentes formées par son destinataire [...]. Ainsi les relations entre professionnels n’engendrent pas nécessairement les mêmes attentes que les rapports de consommation » (op. cit. p. 183). Ceci explique que le législateur autorise expressément le consommateur à se dédire sans que cette contradiction puisse être source d’une quelconque responsabilité (voir Mazeaud D., « Les autres moyens d’appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 83 et s.).

⁴ H. Muir Watt, op. cit. p. 184.

⁵ Cass. Com. 8 mars 2005 : Bull. civ. IV, n° 44 ; R., p. 318 ; *D.* 2005. AJ. 883, obs. Delpech ; *ibid.* Pan. 2843, obs. Fauvarque-Cosson ; LPA 27 sept. 2005, note Dagorne-Labbe ; RTD civ. 2005. 391, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2005. 397, obs. D. Legeais ; RDC 2005. 1015, obs. D. Mazeaud.

En l’espèce, une seule et même société avait ouvert auprès d’une banque un compte courant subdivisé en deux sous-comptes, le premier pour les opérations en francs et le second pour les opérations en dollars. Les relations contractuelles témoignaient de l’interdépendance entre ces deux sous-comptes, formellement exprimée par une clause d’unité de compte. Pendant une période marquée par d’importantes difficultés financières rencontrées par la société, la banque fit abstraction de cette clause et, dans ses rapports avec sa cliente, se comporta comme si les deux comptes étaient indépendants. La situation financière de la société empirant encore avec le temps, la banque se prévalut alors de la convention d’unité de compte pour lui réclamer après fusion des deux comptes, la somme de 2.845.240,49 francs.

Estimant que le refus d’exécution de ces ordres de virement lui a été préjudiciable, la société agit en dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Elle fut déboutée par la cour d’appel de Paris, estimant que « la banque ne pouvait se prévaloir de la convention d’unité de compte qu’au seul moment où elle notifiait à sa cliente la clôture de son compte ». Se posa alors la question de savoir si un comportement incohérent pouvait être comparable à un manquement à l’obligation d’exécution de bonne foi du contrat, autrement dit, si un comportement contradictoire pouvait venir à l’encontre du principe de loyauté et de la confiance instaurés entre les deux parties.

Le motif de la cour d’appel entraîna la cassation sous le visa de l’alinéa 3 de l’article 1134 du code civil. La chambre commerciale de la Cour de cassation déclara en effet que la cour d’appel n’avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations, puisque la banque avait fait fonctionner les comptes comme des comptes indépendants ce qui était incompatible avec l’application de la convention d’unité de compte dont elle avait ensuite revendiqué le bénéfice, ce qui symbolisa un manquement à son obligation de l’exécuter de bonne foi.

d'une banque alors que cet organisme de crédit avait, au préalable, toujours fait fonctionner les comptes de manière séparée. La Cour sanctionne donc la banque en raison de son incohérence, en raison de la contradiction dans son comportement au préjudice de son client. Puisqu'elle n'a jamais fait application de la convention d'unité de compte, elle ne peut soudainement la mettre en œuvre sans engager sa responsabilité.

La cohérence, légitime expectative d'autrui, devient ainsi une vertu contractuelle dont l'irrespect peut être sanctionné en justice. Et inversement, respecter les anticipations légitimes d'autrui est source de cohérence.

Epilogue

167. L'épilogue étant la « dernière partie, la conclusion d'un discours, d'un poème, d'un ouvrage dramatique ou romanesque, contenant par exemple la récapitulation des principaux points d'une argumentation ou le récit des événements postérieurs à l'action principale »¹, il est alors possible, dans le cadre d'un tel exercice, à la fois de condenser (§ 1) l'essentiel de ce Titre I, et de parachever son étude au moyen de disciplines non-juridiques (§ 2).

§ 1 – Péroration

168. Autonomie de la volonté et hétéronomie de la volition. A la lueur de l'étude qui vient d'être menée en droit des contrats, il nous a été loisible de constater que le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui coordonne nombre de mécanismes positifs. Au premier rang de ceux-ci, figure indubitablement la force obligatoire des conventions : c'est, en effet, dans la confiance que la promesse du débiteur suscite chez le créancier que se trouve le fondement substantiel de sa force juridique. Dans cette perspective, le concours de volontés autonomes serait réduit à un simple signe de cette confiance. A la volonté, il convient dès lors de préférer la notion de volition dans la mesure où celle-ci désigne « une manifestation de la volonté », un simple signe, et non pas, nécessairement, la volonté elle-même. En outre, puisque ce n'est pas dans le sujet que naît la force obligatoire mais dans le chef d'autrui, il doit être soutenu que cette vigueur contraignante est issue de l'hétéronomie. L'altérité est la source de la normativité contractuelle : l'attente légitime d'autrui, au regard de ce qu'extériorise le débiteur, détermine la force obligatoire de la convention. Ce n'est donc pas dans le chef du débiteur qu'il convient de déterminer l'origine de la force contraignante du contrat : ce n'est pas tant car un contractant veut s'engager qu'il est tenu, mais bien car l'autre de la convention, le cocontractant, peut légitimement anticiper la teneur du lien obligatoire. A l'autonomie de la volonté percevant autrui tel un *alter ego* faisant pareillement usage de sa volonté par sa raison, il convient donc de substituer l'hétéronomie de la volition². Ainsi, ce principe « rend un service non par le fait qu'il s'oppose au principe de la volonté, mais par le fait que, en sacrifiant le principe de la volonté dans un nombre de cas que l'on peut prévoir modeste et négligeable, rend aisé, sûr et sans obstacles le

¹ Dictionnaire Trésor, CNRS.

² « L'équation de contrat et volonté est en effet menacée par un principe opposé, le principe de la confiance. La volonté contractuelle n'est alors, pas conçue comme un fait psychologique et interne. Le sujet est obligé car d'autres ont cru à sa parole » : R. Sacco, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, 2007-4, p. 751.

fonctionnement du principe dans toute l'étendue des hypothèses normales dans lesquelles la volonté déclarée et la volonté interne coïncident : et par conséquent il soustrait le contrat au risque d'être contesté en présence d'un conflit entre une donnée psychologique et une apparence »¹.

Cet éclairage permet, en effet, au-delà de la pétition de principe, de donner un appui théorique à la création prétorienne d'obligations accessoires telles que la sécurité : « dans un régime contractuel qui compte, parmi ses prémisses fondamentales, la protection des attentes et anticipations légitimes d'autrui, la police des contrats, dans la mesure où elle tend à cette protection, cesse d'être une anomalie »².

Il résulte d'une telle présentation la nécessité de définir ce que recouvre la légitimité puisqu'elle fait de l'attente d'autrui le vecteur du droit contractuel. Pour Lévy, « la conscience collective qui se reflète dans celle des cocontractants, est donc la véritable base de l'obligation »³. Bien que Ripert ait cru voir dans une telle définition, le retour à un étatisme par le truchement du juge, il semble préférable d'y voir une manifestation topique de ce que Lévy appelle la normalité : « si, malgré ma croyance légitime en la régularité de mon droit, en la normalité de mon activité, j'étais responsable, si je courais des risques, il n'y aurait pas plus liberté sociale qu'il n'y aurait de liberté morale si j'étais trompé par la conscience que j'ai du bien et du mal »⁴.

Ainsi, le seul fait qu'une partie nourrisse une attente ne saurait bien entendu suffire. Il convient, pour ce faire, de s'en remettre à un modèle objectif affiné⁵ : l'attente que toute partie contractante, normalement raisonnable, aurait également entretenue dans le même contexte : « c'est ainsi parce qu'il est raisonnable d'accorder foi à la déclaration par laquelle une personne manifeste sa volonté de prendre envers une autre un engagement, que l'expectative de cette dernière quant aux suites de la promesse qui lui a été faite, est légitime »⁶. Le sens commun à l'aune du degré d'altérité⁷ constitue alors le filtre de la force obligatoire, caractérisant par là-même, le passage du volontaire au raisonnable.

Il apparaît alors que des notions telles que la bonne foi, l'équité et l'estoppel synthétisent le principe selon lequel respect est dû aux attentes légitimes, raisonnables d'autrui. En effet, si

¹ R. Sacco, art. précit. P. 752.

² X. Dieux, op. cit. p. 241.

³ E. Lévy, « L'exercice du droit collectif », *RTD civ.*, 1903, p. 102.

⁴ E. Lévy, « Responsabilité et contrat », op. cit. p. 378. Le Vocabulaire technique et critique de la philosophie définit le terme légitime comme s'appliquant à « tout acte, toute attitude, tout sentiment, toute parole (toute attente) dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit (par A. Lalande, PUF, coll. Quadrige, 2006). V. H. Aubry, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005-3, p. 627.

⁵ V. supra n° 130 et infra n° 176.

⁶ X. Dieux, op. cit. p. 242.

⁷ V. infra n°s 129, 148 et 322.

historiquement la bonne foi est une valeur essentielle de la vie en société, la réflexion juridique ne saurait éluder l'idée selon laquelle elle est obligation de ne pas se désintéresser des intérêts d'autrui. Or, cette perspective se retrouve pareillement dans la dimension subjective de l'équité. La volonté de dégager en droit contractuel un principe de cohérence répondant au devoir de ne pas se contredire aux dépens d'autrui participe d'un mouvement équivalent. Prévaut en effet la théorie exigeant que l'on se conforme aux attentes raisonnables d'autrui. L'altérité, en ce qu'elle véhicule une perspective légitime de l'obligation, doit être appréhendée comme le prisme nécessaire du contrat, son principe synthétique. C'est en l'autre que tendent à s'exprimer tous les impératifs relatifs à la force obligatoire et la détermination du contenu obligationnel. Se retrouvent dès lors combinées au sein d'une théorie générale, les exigences formulées à la fois par l'autonomie de la volonté et par le solidarisme contractuel. Car, si la volonté conserve un rôle important, ce ne peut être qu'à l'aune de ce qu'autrui peut raisonnablement en déduire.

Si une telle perspective n'étonne pas au regard de l'acquis philosophique, il est heureux de constater qu'elle est également validée en morale et en économie. Ces disciplines extra-juridiques confirment qu'il est essentiel de replacer autrui au centre des toutes les théories. L'évidence d'autrui se doit d'être consacrée comme exigence.

§ 2 - Parachèvement

169. Deux disciplines sont à même de parfaire la construction relationnelle du contrat. Ricœur a en effet démontré qu'autrui constituait la clef éthique de l'existence. En faisant de l'autre le nœud de la problématique éthique, il rappelle la nécessaire dimension intersubjective de la justice à travers l'exigence d'altérité (A). Dans le domaine, cette fois-ci, de la théorie des jeux, l'on peut constater que l'appréhension d'un problème de logique économique trouve une solution optimale lorsque l'acteur prend en considération les intérêts d'autrui (B). Ainsi, même dans une perspective économique de libre échange, l'individualisme cède au profit d'une fructueuse empathie.

A - En morale : autrui comme éthique chez Ricœur

170. Éthique et morale¹. Il convient, avant tout développement sur les rapports entre morale et respect de l'attente légitime d'autrui, de remarquer qu'il semble impossible

¹ P. Ricœur, *Lectures I, Autour du politique*, Seuil, 1991 (La couleur des idées) et Points Seuil 1999, Chapitre « Éthique et morale ».

étymologiquement de distinguer la morale de l'éthique. En effet, comme l'avait parfaitement souligné Paul Ricœur, « rien dans l'étymologie ou dans l'histoire de l'emploi des termes ne l'impose. L'un vient du grec, l'autre du latin ; et les deux renvoient à l'idée intuitive de mœurs, avec la double connotation que nous allons tenter de décomposer, de ce qui est estimé bon et de ce qui s'impose comme obligatoire »¹. Toutefois, dans une perspective pédagogique, Ricœur en arrive à les distinguer. Il réserve, dans une tradition aristotélicienne, à l'éthique, « la visée d'une vie accomplie »², et à la morale, dans la tradition kantienne cette fois, « l'articulation de cette visée dans des normes caractérisées à la fois par la prétention à l'universalité et par un effet de contrainte »³. L'éthique aurait donc une dimension téléologique quand la morale entretient un rapport très étroit avec la norme et sa caractéristique *obligationnelle*. Ricœur en arrive alors aisément à ces trois observations : « 1) la primauté de l'éthique sur la morale ; 2) la nécessité pour la visée éthique de passer par le crible de la norme ; 3) la légitimité d'un recours de la norme à la visée, lorsque la norme conduit à des impasses pratiques »⁴.

Ainsi, afin d'établir en quoi doit consister la morale, ce système de normes qui s'impose aux membres d'une collectivité ou à un groupe donnés et incarne les valeurs de cette société, il faut s'entendre sur l'éthique car elle la précède. Or, pour Ricœur, l'éthique est « la visée de la "vie bonne" avec et pour autrui dans des institutions justes »⁵. Il s'agit donc de réunir le souci du soi et de l'autre. Il en résulte qu'on entre « en éthique quand, à l'affirmation pour soi de la liberté, s'ajoute la volonté que la liberté de l'autre soit. Je veux que ta liberté soit »⁶. Ainsi, l'éthique exige que le soi, comme un autre, dépasse le moi⁷. L'estime de soi est essentielle en ce qu'elle permet au sujet d'apprécier ses intentions et ses initiatives. Toutefois, cette estime n'est possible pour Ricœur, et à la suite de la pensée de l'existence, que par le jeu et l'intervention de l'autre. C'est en effet la sollicitude à l'égard d'autrui, la réciprocité qui impose au sujet une visée éthique où l'autre est reconnu tel un égal : la sollicitude rétablit l'égalité là où elle n'est pas

¹ P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Le seuil, 1990, p. 200.

² Idem.

³ Idem.

⁴ Ibidem p. 200/201.

⁵ Ibidem p. 202.

⁶ P. Ricœur, « Avant la loi morale : l'éthique », in *Encyclopédie Universalis*, 1985, p. 42

⁷ Mme Mathieu-Izorche développe une idée semblable : « A partir du moment où le sujet prend conscience de ce que l'autre n'est pas seulement un « non-Soi » mais un « comme-Soi », la perspective change totalement. Il devient capable d'imaginer que l'autre, comme lui, le perçoit comme son autre, donc comme semblable et différent de lui. Il est apte à changer de place, à se décentrer, et à considérer l'univers du point de vue de l'autre [...]. Etre capable de se considérer du point de vue de l'autre est un progrès considérable. Reste à se placer à l'extérieur, au-dessus, pour voir en même temps Soi et l'Autre » (« L'altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 74 n° 46).

donnée, comme dans l'amitié entre égaux¹. Pour ce faire, Ricœur pense que les institutions doivent jouer un rôle fondamental. S'il décrit primitivement l'institution comme « la structure du vivre-ensemble d'une communauté historique [...] irréductible aux relations interpersonnelles »², Ricœur les assimile très rapidement à la justice : « On peut en effet comprendre une institution comme un système de partage, de répartition, portant sur des droits et des devoirs, des revenus et des patrimoines, des responsabilités et des pouvoirs ; bref, des avantages et des charges. C'est ce caractère distributif - au sens large du mot - qui pose un problème de justice »³. Au-delà d'une vertu, la justice se doit toutefois de passer par le filtre de la morale afin de donner à l'éthique la dimension pratique qu'exige la vie.

171. L'épreuve de la norme. Il faut en effet soumettre la visée éthique à l'épreuve de la norme, une procédure institutionnalisée permettant de passer de la morale à l'éthique. Pour y parvenir, Ricœur fait appel à la théorie de la justice la plus aboutie, celle de John Rawls⁴. Ainsi,

¹ P. Ricœur, *Lectures I, Autour du politique*, Seuil, 1991 (La couleur des idées) et Points Seuil 1999, Chapitre « Ethique et morale », p. 260. « Alors que dans l'amitié l'égalité est présupposée », dans la relation avec les autres « l'égalité n'est rétablie que par l'aveu partagé de la fragilité, et finalement de la mortalité » (P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Le seuil, 1990, p. 225).

² P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Le seuil, 1990, p. 225.

³ P. Ricœur, *Lectures I, Autour du politique*, op. cit. p. 261.

⁴ J. Rawls, *A theory of justice*, Belknap Press, 1999 : « L'idée principale est la suivante: quand un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise de coopération mutuellement avantageuse selon des règles et donc imposent à leur liberté des limites nécessaires pour produire des avantages pour tous, ceux qui se sont soumis à ces restrictions ont le droit d'espérer un engagement semblable de la part de ceux qui ont tiré avantage de leur propre obéissance. Nous n'avons pas à tirer profit de la coopération des autres sans contrepartie équitable. Les deux principes de la justice définissent ce qu'est une contrepartie équitable dans le cas des institutions de la structure de base. Ainsi, si le système est juste, chacun recevra une contrepartie équitable à condition que chacun (y compris lui-même) coopère », § 18, p. 142.

Sa théorie de la justice énonce ainsi que dans un Etat parfaitement juste, il doit être indifférent de naître avec telles caractéristiques plutôt que telles autres. Elle repose sur deux principes :

- Le principe de liberté, c'est-à-dire un droit égal pour tous tant que celui-ci n'empêche pas la liberté d'autrui de se réaliser : chaque personne a droit à un système pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système de liberté pour tous; et dans ce système, la juste valeur des libertés, et de celles-là seulement doit être garantie.

- Le principe de différence, qui admet des inégalités sociales et économiques, justes à deux conditions :

- elles doivent être liées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité équitable des chances ;

- elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société.

Ce second principe est lié à l'égalité des chances : celle-ci doit permettre à tout le monde, à capacités égales, un même accès aux diverses fonctions de la société. Rawls ne se limite pas à la vision libérale de l'égalité : s'il n'est pas juste de naître dans telle ou telle catégorie sociale, il n'est pas juste non plus d'être né avec un faible quotient intellectuel. Il ne faut donc pas seulement prendre en compte les facteurs sociaux, mais aussi les facteurs naturels. Les inégalités ne pourraient être justifiées que si la société en tire elle-même un plus grand avantage. Une personne talentueuse aura donc droit légitimement aux revenus plus élevés que lui vaut son talent si la collectivité en profite aussi (ce qu'elle fera par exemple par l'impôt).

Ce principe de différence indique qu'il faut assurer cette égalité de chances en supprimant non pas toutes les inégalités, mais juste celles défavorisant certaines personnes. Rawls reprend le principe de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 estimant que des distinctions sont acceptables là où elles sont justifiées par l'utilité commune.

en partant de l'idée de contrat, il est possible de faire dériver les contenus des principes de justice d'une procédure équitable. La théorie de Rawls s'appuie sur deux principes. Le premier affirme que « chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base, égal pour tous, qui soit compatible avec le même pour les autres » ; le second impose que « Les inégalités sociales et économiques [soient] organisées de façon à ce que, à la fois : a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun ; b) elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous »¹. Cette justice proportionnelle au mérite connaît un aménagement d'importance par rapport à la conception aristotélicienne : dans la situation originelle, sous un voile d'apparence, on peut concevoir un partage inégal s'il est à l'avantage de chacun. Selon Rawls, ce système rencontre l'approbation de nos convictions bien pesées. Si l'on se pose la question de savoir sur quoi portent ces convictions, Ricœur répond : « A mon sens, ce sont celles-là mêmes que nous trouvons exprimées par l'antique règle d'Or : " Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te soit fait " »². C'est la raison pour laquelle il conclut qu'en « adoptant le point de vue du plus défavorisé, Rawls raisonne en moraliste et prend en compte l'injustice foncière de la distribution des avantages et des désavantages dans toute société connue. C'est pourquoi, derrière son formalisme, pointe son sens de l'équité, fondé dans l'impératif kantien qui interdit de traiter la personne comme un moyen et exige de la traiter comme une fin en soi. Et, derrière cet impératif, je perçois l'élan de la sollicitude [qui] fait transition entre l'estime de soi et le sens éthique de la justice »³.

Ainsi, la visée éthique d'une vie juste avec et pour autrui passe par une morale, l'institution de la justice, rétablissant le sens de l'autre dans la plus connue des maximes : ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse. La morale consiste donc à faire preuve de sollicitude afin de permettre la résolution de « *conflits* qui naissent de l'application même des normes à des situations concrètes »⁴.

Or, Rawls pense qu'en matière de politique nous sommes toujours tentés de juger les théories en fonction des avantages personnels que leur application nous procurerait. Il faut donc une position où les partenaires sont situés derrière un *voile d'ignorance* de telle sorte qu'ils ignorent tout de ce qui sera leur place dans la société (patron ou ouvrier, actif ou inactif), leurs aptitudes naturelles (fort ou faible, valide ou handicapé etc.) et sans conception préalable du Bien (donc non sous l'emprise d'une quelconque religion). Le contractant ignore même quelles seront les "*circonstances particulières de sa propre société*", c'est-à-dire quelle sera sa puissance économique, son régime politique, son niveau culturel. C'est dans ce cadre que les individus s'accorderont sur ce que doivent être les principes de la justice.

¹ P. Ricœur, *Lectures I, Autour du politique*, op. cit. p. 265.

² Ibidem p. 266.

³ Idem.

⁴ Idem.

172. Morale juridique et attente légitime d'autrui. L'on a vu qu'historiquement, la notion de bonne foi, en ce qu'elle exige que chaque contractant se comporte loyalement, trouvait ses origines dans l'idée d'altruisme, une sorte de morale sociale. Domat et Ripert ont ainsi clairement établi le lien entre la morale et le concept de bonne foi. L'originalité de la dimension morale du concept réside dans le fait qu'elle n'est pas anti-économique, bien au contraire. La bonne foi permet en effet de lutter contre l'individualisme excessif des parties, voire de sanctionner leur égoïsme. L'on fait triompher la nécessité de prendre en considération les intérêts et les attentes d'autrui, en permettant notamment à l'échange de se réaliser, parfois au moyen d'une renégociation en vue d'éviter la disparition du lien contractuel, et donc économique. De ces propos sur la bonne foi, il est aisé d'effectuer une incise au regard du respect de l'anticipation légitime d'autrui. Bien que les fondements de cette doctrine ne soient pas moraux¹, il n'en reste pas moins vrai que l'idée selon laquelle le fondement de la force obligatoire repose sur l'attente raisonnable ou légitime de l'autre, confirme qu'autrui est au centre de la problématique. Or, un tel renversement corrobore un altruisme dans les prémisses de la théorie : l'attention n'est pas obligatoirement portée sur la volonté et son rôle créateur quand elle est imputée à un sujet rationnel ; l'essentiel se situe désormais dans l'idée que l'autre a pu raisonnablement se faire des signes objectifs envoyés par son contractant.

Les incidences de cette théorie sont quant à elles parfaitement conformes à la morale juridique, telle que l'éthique de Ricœur a pu la définir. Il convient afin de déterminer les zones d'évolution du contrat, de continuellement se référer à cette norme objective de comportement que le respect des anticipations légitimes d'autrui véhicule. Encore faut-il admettre qu'altruisme ne rime pas nécessairement avec sacrifice de ses propres intérêts. Domat affirmait, en effet, que « les manières dont chacun ménage ses intérêts lors de la convention, et la résistance de l'un aux prétentions de l'autre dans l'étendue de ce qui est incertain et arbitraire et qu'il faut régler, n'ont rien de contraire à la bonne foi »². L'angélisme souvent reproché aux théories mettant principalement en avant le rôle créateur d'autrui dans le rapport contractuel n'a tout simplement pas lieu d'être. La morale ne l'exige pas, comme le démontrent les sciences mathématiques et économiques.

B – En économie des jeux : l'altérité comme optimum³

¹ Ils sont sociaux pour Lévy et tout simplement juridiques chez Xavier Dieux.

² Voir supra n° 138.

³ Cette courte étude se fonde sur le chapitre 7 du manuel de A. Schotter, *Microeconomics, A modern approach*, South-Western College Pub., fév. 2008.

173. Terminologie. En ce que le contrat représente un outil économique incontestable, il ne semble pas inutile d'envisager en quoi la prise en considération d'autrui est susceptible de véhiculer un droit contractuel efficace. A cet effet, la théorie des jeux est un outil d'analyse des comportements humains qui a connu un essor considérable depuis la parution de l'ouvrage de Von Neumann et Morgenstern « *The theory of games and economic behavior* »¹ en 1944. Elle permet de décrire et d'analyser de nombreuses relations économiques et sociales sous la forme de jeux stratégiques. Bien que ses domaines d'application soient multiples, les économistes ont été, de loin, les premiers à s'approprier cet instrument².

Il convient ici d'entendre par jeu stratégique la situation dans laquelle une personne est engagée avec une autre personne, ou plusieurs personnes, et, où son utilité et ses biens sont affectés non seulement par les actions qu'il entreprend mais aussi par les actions des autres. Il est incontestable que de nombreuses situations économiques se ramènent à des jeux stratégiques. Il en est ainsi en ce qui concerne les profits d'une firme automobile dans la mesure où ils ne dépendent pas seulement de ses choix en matière de prix mais également des prix pratiqués par ses concurrents ainsi que de la stratégie adoptée par le consommateur. De façon plus précise, l'on peut affirmer qu'un jeu stratégique est un ensemble de règles qui encadrent le comportement des joueurs et qui déterminent les gains des joueurs sur la base des actions entreprises. Un jeu stratégique suppose donc une définition claire des règles de comportement des joueurs.

Ces règles doivent premièrement nous dire qui sont les joueurs et si la chance ou le hasard est présent dans le jeu.

Deuxièmement, les règles d'un jeu stratégique doivent préciser l'ordre dans lequel les joueurs effectueront leur choix : il faut savoir qui joue le premier, qui joue le second et ainsi de suite. Les choix possibles des joueurs doivent également être précisés.

Enfin les règles doivent déterminer quelle utilité (gain ou perte) chaque joueur retirera à la fin du jeu pour chaque combinaison de choix possibles.

Il sied d'ajouter que l'on entend par jeux à information parfaite, les situations où les joueurs, au moment de prendre leur décision, sont au courant de tout ce qui s'est passé auparavant. Dans ce cas chaque nœud d'un arbre est visible par les joueurs. Dans d'autres jeux cependant nous devons supposer que lorsqu'un joueur atteint un point de décision, il ne connaît

¹ J. Von Neumann et O. Morgenstern, *The theory of games and economic behavior*, Princeton University press, 2004 (réédition).

² Elle est notamment à la base de théories sur les concentrations, les ententes et les diverses attitudes anti-concurrentielles. La théorie des jeux est principalement connue, en droit, pour avoir influencé les grandes lois anti-trust aux Etats-Unis.

pas tous les choix des autres joueurs qui l'ont précédé. De tels jeux sont appelés jeux à information imparfaite.

Lorsque le jeu implique de multiples joueurs et de multiples choix, l'arbre peut devenir complexe à représenter. Pour éviter de telles difficultés, il est courant de simplifier la présentation du jeu en spécifiant la stratégie de chaque joueur¹.

L'analyse d'un jeu permet alors de prédire l'équilibre qui émergera si les joueurs sont rationnels. Un équilibre se définit comme un état ou une situation dans laquelle aucun joueur ne souhaite modifier son comportement. De façon plus précise, il s'agit d'une combinaison de stratégies telle qu'aucun des joueurs n'a d'incitation à changer sa stratégie compte tenu des stratégies des autres joueurs. En effet, une fois que l'équilibre est atteint dans un jeu, il ne doit y avoir aucune raison de le quitter.

Cependant, afin de pouvoir utiliser le concept « d'équilibre d'un jeu », l'on doit être plus précis quant à sa signification. Si un équilibre constitue une combinaison de choix stratégiques où, une fois les choix arrêtés, aucune modification n'interviendra², les jeux correspondent, ici, à des situations dans lesquelles chaque joueur arrête seul ce choix stratégique sans consulter les autres joueurs. De tels jeux sont appelés jeux non coopératifs parce qu'ils n'offrent pas la possibilité d'une coopération formelle, c'est-à-dire d'une coordination des stratégies des différents joueurs. Ainsi, quand seront déterminés les équilibres d'un jeu non coopératif, l'on ne prendra pas en considération les incitations des groupes de joueurs à modifier leur comportement conjointement, étant donné le comportement des joueurs restant ; les incitations des joueurs pris individuellement seront seules prises en compte. Pour ce faire, il est classique de présenter l'équilibre conceptualisé par le célèbre mathématicien John Forbes Nash³.

174. L'équilibre de Nash. Il s'agit d'un concept fondamental en théorie des jeux qui décrit une issue dans laquelle aucun joueur ne souhaite modifier son comportement ou sa stratégie étant donné le comportement ou la stratégie de ses rivaux. Il résulte de l'algorithme développé par John Nash qu'une combinaison de choix stratégiques adoptés par un joueur est considérée comme un équilibre à partir du moment où toute variation dans ses choix impliquera un gain inférieur à sa position d'équilibre. Les conditions d'équilibre supposent qu'aucun joueur ne peut bénéficier d'une déviation favorable de son gain et ce quelle que soit la stratégie qui est

¹ Par stratégie, il convient d'entendre un plan d'action complet pour chaque joueur précisant ce que fera ce dernier à chaque nœud de l'arbre et face à chaque situation pouvant survenir au cours de jeu.

² C'est-à-dire qu'aucun joueur ou groupe de joueurs n'a d'incitation à modifier ses actions s'il suppose que ses rivaux ne modifieront pas non plus les leurs.

³ V. notamment J. F. Nash, *Essays on game theory*, Edward Elgar Publishing, 1997.

choisie dans son ensemble de stratégies. En d'autres termes, si nul ne peut bénéficier d'une déviation de stratégie alors aucun ne le fera, ce qui est bien la preuve qu'il s'agit d'un équilibre¹.

Il résulte de cet équilibre, et d'un jeu tel le dilemme du prisonnier, que l'on adopte une stratégie dite dominante quand elle est la meilleure réponse face à toutes les stratégies possibles des rivaux. Par conséquent, un joueur rationnel ne doit jamais utiliser une stratégie dominée, c'est-à-dire une stratégie qui est battue en termes de gain par au moins une autre de ces stratégies au regard de toutes les stratégies possibles des rivaux.

Une manière de déterminer les équilibres d'un jeu consiste alors à éliminer en premier toutes les stratégies "dominé", puis de rechercher, dans le jeu ainsi réduit, les équilibres².

Cependant, bien qu'il semble évident qu'un joueur rationnel n'utilisera jamais une stratégie dominée, en participant à un jeu, l'on ne sait pas toujours si notre adversaire est suffisamment rationnel ou intelligent pour saisir que certaines stratégies sont dominées. Lorsque de tels doutes surgissent, il n'est plus tout à fait clair que l'équilibre dérivé par l'élimination de stratégies "dominé" soit celui que nous observons dans la réalité.

En outre, tous les jeux n'ont pas d'équilibres pouvant être déterminés par simple élimination des stratégies "dominé". Enfin, certains jeux sont caractérisés par des équilibres multiples, c'est-à-dire de multiples combinaisons de choix stratégiques satisfaisant la définition d'un équilibre de Nash. C'est ce que l'on appelle les jeux de coordination.

Sans entrer plus en avant dans les détails, cette brève présentation de la théorie des jeux permet de mettre en avant, les modalités de calcul des agents face à une problématique les liant mutuellement. A rebours de la théorie économique classique, la théorie des jeux permet de déterminer les actions de chacun non seulement en étudiant son propre gain mais également en s'intéressant de très près à ce que l'autre peut également en retirer et ce, afin de déterminer une stratégie optimale.

Les théoriciens des jeux ne se sont pas contentés de la simple approche statistique afin de déterminer les stratégies optimales, certains résultats expérimentaux rétablissant naturellement l'équité au sein de la stratégie, sont également pris en considération.

¹ Pour comprendre ce concept il faut supposer, initialement, que les joueurs ont déjà arrêté une certaine configuration de choix stratégiques. Nous considérons alors uniquement la déviation unilatérale possible de cette configuration dans laquelle chaque joueur envisageant de dévier suppose que tous les autres joueurs n'ont pas ce dessein. Dans ces circonstances, le concept de l'équilibre de Nash soutient qu'aucun joueur n'aura d'incitation à dévier étant donnée la configuration stratégique.

² Lorsque nous sommes opposés à un joueur rationnel, nous pouvons supposer que ce dernier n'utilisera jamais une telle stratégie ; nous pouvons donc l'éliminer de son ensemble de stratégies possibles.

175. Rationalité et équité. Les théories néoclassiques affirmant que chaque individu est rationnel et intéressé par ses seuls gains, constituaient la première base sur laquelle la théorie des jeux s'est construite. Les théoriciens des jeux supposent donc qu'un joueur est intéressé par ses seuls gains et ne porte attention à ceux de ses adversaires que dans la mesure où ces gains orientent leur choix. Toutefois, cette vision traditionnelle a récemment été contestée par des résultats expérimentaux. Ainsi, de nombreux économistes ont montré que des individus placés dans des situations de jeu sont très soucieux de l'équité quant à l'issue du jeu, ce qui viole les hypothèses classiques de rationalité et d'égoïsme. Une des expériences les plus célèbres a été réalisée en Allemagne par Guth, Schmittberger et Schwarze¹. Ils ont demandé à des individus de participer à un simple jeu d'ultimatum : dans ce jeu à deux personnes, le joueur 1 partage une somme d'argent C entre lui et le joueur 2. Il annonce la part qu'il souhaite garder pour lui et celle qu'il « compte donner » au joueur 2. Soit le joueur 2 accepte le partage et chacun emporte ce que le joueur 1 a proposé, soit, le joueur 2 refuse, et rien n'est gagné. Dans ce type de jeu à information parfaite (le joueur 2 connaît le choix du joueur 1, les décisions ne sont pas simultanées), il existe une méthode simple pour déterminer des équilibres : l'induction à rebours. Il s'agit d'un processus de résolution des jeux qui consiste à commencer par la fin du jeu puis à remonter jusqu'au point de départ afin de comprendre la façon dont chaque joueur va se comporter. En utilisant cette méthode pour résoudre le jeu, il est clair qu'un joueur 1 rationnel offrira au joueur 2 une part aussi petite que possible. A la dernière étape par induction, le joueur 2 comprend qu'il a en fait le choix entre un gain minime mais positif ou un gain nul. Si le joueur 2 est rationnel, il acceptera donc le partage quel qu'il soit. D'après les hypothèses traditionnelles, il est possible de prédire que l'argent devrait être partagé de telle manière que le joueur 1 reçoive presque tout et le joueur 2 presque rien.

Or, ce n'est pas le résultat observé dans les expériences menées par Guth, Schmittberger et Schwarze. Ces expériences ont en effet démontré que les individus dans le rôle du joueur 1 réclamaient seulement 50 à 60% de la somme totale nonobstant leur avantage stratégique. En outre, les individus en position de joueur 2 refusaient très souvent le partage lorsque celui-ci était dérisoire. Ils le déclinaient quand ils le percevaient comme injuste ou inéquitable.

Le professeur Axelrod est quant à lui parvenu à systématiser cette tendance en économie des jeux : la coopération serait selon lui, au-delà d'une posture morale, une perspective optimale.

¹ W. Güth, R. Schmittberger et B. Schwarze, « An experimental analysis of ultimatum bargaining », *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1982-3, p. 367.

176. Théorie des jeux et validation de la coopération. Dans son œuvre « Comment réussir dans un monde d'égoïstes »¹, le professeur Robert Axelrod, chercheur en sciences politiques de l'université du Michigan, s'interroge sur le développement de la coopération alors que l'homme a tendance à être égoïste. Si Thomas Hobbes pensait que la coopération n'était possible que par la présence d'un gouvernement central fort afin de contrôler des comportements égoïstes résultant d'une compétition impitoyable, Axelrod observe, quant à lui, en 1984 plusieurs cas de coopération sans intervention de pouvoir central. Ainsi en est-il entre pays, par exemple, pour réduire la course aux armements. C'est aussi le cas du cadre qui rend un service pour obtenir un retour d'ascenseur, ou d'une entreprise qui fixe un prix élevé, en espérant que le marché le suivra. Pareillement, en ce que les sénateurs américains sont en concurrence pour gagner des voix, ils peuvent entrer en conflit entre eux. Cependant, parfois, ils se sont mis à en respectant une règle de réciprocité, car ils se sont aperçus que leurs intérêts n'étaient pas toujours opposés. Enfin, un chapitre entier du livre est consacré à l'exemple le plus frappant : pendant la guerre des tranchées, furent observés des cas de coopérations réciproques entre ennemis².

L'objectif de l'étude est alors d'analyser la coopération, sous ce nouvel aspect qui est l'absence de pouvoir central. Pour étudier la viabilité de la coopération sous cette condition, M. Axelrod s'est posé trois questions : Comment une stratégie potentiellement coopérative peut-elle

¹ R. Axelrod, *Comment réussir dans un monde d'égoïstes : Théorie du comportement coopératif*, Ed. Odile Jacob, 2006. Les références sont néanmoins issues de la version originale : *The evolution of cooperation*, Perseus Books group, 2006.

² Dans le chapitre III de cet ouvrage (p. 73 et s.), le professeur Axelrod remarque que la situation historique des secteurs calmes le long du front de l'Ouest s'apparente à un dilemme du prisonnier multiple. A tout moment, pour les deux petites unités qui se font face, le choix consiste à tirer pour tuer ou à tirer en évitant délibérément de faire des victimes. Des deux côtés, il est primordial d'affaiblir l'ennemi, car c'est un facteur de survie. A court terme, il vaut donc mieux faire des victimes immédiatement, que l'ennemi riposte ou non.

La guerre des tranchées diffère de la plupart des autres modes de combat, car elle expose pendant des périodes longues deux petites unités dans des secteurs immobiles. Le jeu n'était plus alors un dilemme du prisonnier à un coup, dans lequel le choix dominant consiste à tirer le premier, mais un dilemme du prisonnier itératif, dans lequel des stratégies conditionnelles sont possibles. Le résultat est conforme aux prévisions de la théorie : dans une situation interactive et itérative, il est possible de déboucher sur une coopération mutuelle stable fondée sur la réciprocité. En l'occurrence, les deux unités ont suivi la stratégie consistant à ne pas tirer les premiers, mais à riposter en cas de rupture de ce pacte implicite.

Lorsque les positions se sont stabilisées, la non-agression entre les troupes s'est installée spontanément en de nombreux endroits du front. Elle a peut-être commencé à s'instaurer au moment des repas, servis à la même heure des deux côtés du *no man's land*. Un témoin a alors noté que sur une section du front, la période comprise entre 8 et 9 heures du matin était considérée comme réservée aux affaires privées, et certains endroits indiqués par un drapeau étaient interdits aux tireurs des deux camps. Durant l'été 1915, un soldat a fait remarquer que cela aurait été un jeu d'enfant d'attaquer la route qui menait aux tranchées de l'ennemi, encombrée de camions de ravitaillement et de citernes, et de faire un massacre. En réalité, c'est le silence qui régnait. Car après tout, si l'on empêche l'ennemi de s'approvisionner, sa réaction sera simple : il fera de même avec vous.

Ces stratégies prévoyaient la possibilité de répondre aux provocations. Pendant les périodes de restriction réciproque, les ennemis veillaient bien à se prouver les uns aux autres qu'ils pouvaient lancer des représailles si nécessaire. Ainsi, les tireurs allemands avaient l'habitude de faire la démonstration de leur force aux britanniques : ils visaient les murs des maisons et faisaient feu jusqu'à ce qu'un trou apparaisse.

Le professeur Axelrod appellera cette stratégie le « vivre et laisser vivre » dans le chapitre III éponyme de « Comment réussir dans un monde d'égoïstes ».

émerger dans un environnement composé principalement de non-coopérants ? Quel type de stratégie peut prospérer dans un environnement hétérogène et complexe avec une grande diversité de stratégies ? Comment une telle stratégie peut-elle résister à l'invasion d'une stratégie moins coopérative ?

177. Les hypothèses¹. Axelrod a découvert que la coopération peut évoluer en trois phases. La coopération peut émerger même dans un monde où tout le monde fait cavalier seul, à condition que les individus puissent se rencontrer. Des éléments de morale comme l'honnêteté, la générosité ou le civisme ne sont pas nécessaires s'il existe des intérêts personnels pouvant se développer grâce au phénomène de réciprocité. De plus, la stratégie fondée sur la réciprocité peut prospérer dans un monde où il existe de nombreuses stratégies différentes. Enfin, une fois établie, la coopération peut résister contre d'autres stratégies moins coopératives.

Il souligne alors quatre comportements individuels pouvant favoriser la coopération : ne pas être jaloux de la réussite de l'autre, ne pas être le premier à faire cavalier seul, pratiquer la réciprocité dans tous les cas et ne pas être trop malin.

A la suite de ceci, le professeur Axelrod élabore quelques suggestions pour créer un environnement favorable à la coopération : Augmenter l'ombre portée par l'avenir sur le présent : plus la conséquence de l'action prise maintenant aura des répercussions sur le futur, et plus la coopération sera efficace ; modifier les gains de façon à rendre la coopération plus bénéfique ; enseigner les gens à se soucier les uns des autres ; enseigner la réciprocité ; améliorer les capacités de reconnaissance (de la stratégie de l'autre, et savoir reconnaître la coopération et la réciprocité) ; une structure sociale est nécessaire à l'établissement de la coopération (il ne faut pas d'isolement).

Alors le professeur Axelrod examine quatre facteurs pouvant engendrer des structures sociales : l'étiquette d'une personne (ensemble repérable de ses caractéristiques immuables, comme le sexe) aide à présupposer un comportement, et oriente donc notre choix initial de coopérer ou non. L'inconvénient est que cela entraîne des stéréotypes qui peuvent d'une part conduire à des erreurs, et d'autre part induire des comportements en conformité avec ces stéréotypes. En ce sens, les forts deviennent plus forts, et les faibles plus faibles, les hiérarchies peuvent ainsi se créer et se renforcer dans la durée. En outre, la réputation que l'on se crée sert de force de dissuasion, car elle rend la menace plus ou moins crédible. Il ajoute que la réglementation se doit d'être suffisamment sévère pour être utile, mais pas trop pour emporter la

¹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 3 et s.

participation des administrés et éviter des conflits systématiques qui coûtent cher. Enfin, le principe de territorialité fait qu'on entraîne plus facilement son voisin à imiter un type de comportement, qu'un inconnu. En ce sens, un exemple percutant, même s'il n'est pas le meilleur, pourra entraîner une forte imitation chez les voisins.

L'auteur termine son étude en reprenant le principe de réciprocité, et en mesurant sa robustesse¹ (sa capacité à résister à l'invasion d'autres stratégies). Il en conclut que ce principe est une ouverture vers un monde meilleur, appliquant une valeur commune, et stable car dans l'intérêt de tous.

178. Les postulats. Pour que la coopération se développe dans un monde d'égoïstes, le professeur Axelrod affirme que le jeu doit être à somme non nulle : il n'y a pas un gagnant au détriment d'un perdant. Tous les joueurs peuvent gagner plus ou moins fortement, ce qui ressemble beaucoup plus à la vie réelle. Par exemple, il vaut mieux gagner 500€, même si l'autre joueur gagne 1000€, que de gagner plus que l'autre joueur, en n'empochant que 100€.

Les conséquences de la façon d'agir doivent influencer sur l'avenir. L'exemple de la guerre des tranchées illustre ce concept : « si je tire sur mon ennemi, j'obtiens un avantage à court terme, mais je risque par la suite des représailles, où est mon intérêt ? ».

179. Démonstration. Il fallait alors trouver un modèle qui permette de reproduire simplement ces postulats. C'est le cas du jeu du "dilemme du prisonnier". Chaque joueur peut coopérer ou faire cavalier seul et doit choisir sans connaître la décision de l'autre. Quoi que fasse l'autre, il est plus payant de faire cavalier seul, mais s'ils font tous les deux cavalier seul, ils s'en sortent moins bien que s'ils avaient coopéré. Cela peut être résumé dans le tableau suivant² (les gains du joueur de ligne sont donnés en premier) :

¹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, chapitre V, p. 169 et s.

² R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit. p. 8.

		<i>Joueur de la colonne</i>	
		Coopérer	Cavalier seul
<i>Joueur de la ligne</i>	Coopérer	R=3, R=3 Récompense pour la coopération	S=0, T=5 Salaire de la dupe Tentation de l'égoïste
	Cavalier seul	T=5, S=0 Tentation de l'égoïste Salaire de la dupe	P=1, P=1 Punition de l'égoïste

Pour comprendre, prenons l'exemple du joueur de la ligne. S'il fait cavalier seul et que l'autre coopère, il obtient 5 points (c'est la tentation "T") : il n'obtient qu'un seul point si l'autre ne coopère pas (c'est la punition "P"). Toutefois, s'il coopère, il obtient 3 points si l'autre coopère aussi (c'est la récompense "R"), dans le cas contraire, il ne marque pas de point (c'est le salaire de la dupe "S"). La tentation de jouer seul existe, mais le risque est que l'autre fasse de même et qu'ils ne marquent tous les deux qu'un seul point. Il est donc tentant de coopérer, mais avec le risque de tout perdre...

On émet une règle de jeu : à chance égale d'exploiter l'autre ou de se faire exploiter, la moyenne des résultats sera inférieure à celle de la coopération mutuelle (les points $(T+S)/2$ sont inférieurs à R). Si la partie ne se joue qu'en un seul jeu on sera tenté de jouer cavalier seul : on marquera au moins aussi bien que l'autre, et il n'y a pas de futur à influencer. Il en est de même si le nombre de jeux est déterminé¹. Toutefois, si le nombre de jeux est indéterminé, le dilemme est de tout autre nature, surtout que l'objectif n'est pas de battre l'autre, mais de marquer le plus de points possibles.

Le modèle contient la gestion d'un autre aspect : l'avenir est moins important que le présent². Dans la vie réelle on est plus attaché aux gains immédiats, et la probabilité d'avoir à coopérer avec quelqu'un d'autre va en s'amenuisant dans le futur. Pour intégrer ceci, on multiplie les futurs gains potentiels par un paramètre de réduction "p". Par exemple, si on veut donner moitié moins d'importance à l'avenir, le modèle multipliera les scores de l'avenir par 0,5. La

¹ C'est évident pour le dernier coup, puisqu'il n'y a pas de futur à influencer ; pour l'avant dernier coup puisque le suivant est connu, on ne peut donc pas l'influencer : par conséquent, cela est vrai pour tous les coups précédents.

² R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit. p. 12.

valeur de ce paramètre pourra aller en diminuant au fur et à mesure que l'avenir est lointain et perdra de son importance. Il faut que ce paramètre soit suffisamment important, pour que le futur ait un minimum d'intérêt, sinon on se retrouve dans le même cas que celui du jeu à une seule manche. Le professeur Axelrod en arrive à cette proposition¹ :

« Proposition 1 : si le paramètre de réduction "p" est suffisamment élevé, il n'existe pas de meilleure stratégie qui soit indépendante de celle de l'autre joueur » .

Dans ce jeu, avec le paramètre "p" suffisamment élevé, la stratégie qui fonctionne le mieux dépend directement de la stratégie adoptée par l'autre : il n'existe donc pas de meilleure stratégie absolue. Il vaut mieux coopérer avec quelqu'un qui rendra la pareille à l'avenir, plutôt qu'avec quelqu'un qui fera toujours cavalier seul.

180. Application de la coopération au dilemme du prisonnier. La modélisation du dilemme du prisonnier repose sur les règles suivantes². Tout d'abord, il n'est pas nécessaire que les gains des joueurs soient comparables : par exemple, les échanges peuvent être de « tuyaux » pour des journalistes contre de la considération pour des politiques. Ils n'ont pas davantage à être symétriques : un joueur qui gagne, peut obtenir plus que l'autre. Il faut néanmoins que les gains d'un joueur soient proportionnels à ceux définis par la règle du jeu. Il n'y a toutefois pas d'échelle absolue des gains, il suffit de les mesurer entre eux. Quant aux tiers, ils n'ont pas à juger la coopération souhaitable : c'est le cas par exemple des ententes entre entreprises ; si elles leur sont favorables, ce n'est généralement pas le cas pour le reste du monde. En outre, les joueurs n'ont pas à être rationnels : les actions des joueurs n'ont pas à être des choix conscients car on ne réfléchit pas nécessairement à la stratégie qu'on emploie. Il n'est donc pas utile d'élaborer beaucoup d'hypothèses sur la perspicacité ou le niveau de réflexion des joueurs³.

Le professeur Axelrod a alors demandé à des spécialistes (psychologues, sociologues, mathématiciens, économistes et informaticiens) d'établir des stratégies. En général, une stratégie détermine ce qu'il faut faire dans chaque situation pouvant se présenter (par exemple "toujours seul" est une stratégie, "aléatoire" en est une autre, il en existe bien d'autres beaucoup plus complexes). Soixante trois stratégies différentes ont été présentées. Le professeur Axelrod a alors organisé un tournoi informatique où chacune de ces stratégies jouait contre toutes les autres, et

¹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit. p. 15.

² R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit. p. 17.

³ Cependant, les limites de ce jeu résident dans fait qu'il ne tient pas compte de la complexité des interactions entre personnes (possibilité de communiquer verbalement, de l'influence de tiers, de savoir ce qu'a fait réellement l'autre au coup précédent etc...)

aussi contre elle-même¹. Il s'avère que la stratégie gagnante a été lors de ces jeux la stratégie "donnant donnant" qui coopère au premier coup puis imite le comportement de l'autre joueur au coup précédent. L'analyse des tournois a révélé quatre propriétés qui contribuent à la réussite d'une stratégie : éviter les conflits inutiles en coopérant aussi longtemps que l'autre coopère ; se montrer susceptible si l'autre fait cavalier seul de manière injustifiée ; faire preuve d'indulgence après avoir riposté à une provocation ; avoir un comportement transparent pour que l'autre joueur puisse s'adapter à votre mode d'action.

Au terme de son ouvrage, M. le professeur Axelrod en arrive à la conclusion suivante : la coopération dans un monde d'égoïstes est possible en l'absence d'un pouvoir central. Il faut néanmoins que les individus aient suffisamment de chances de se rencontrer à nouveau et que leur prochaine interaction soit importante².

181. Leçon. A en croire la théorie classique des jeux, les équilibres permettant d'obtenir les optima passent nécessairement par la prise en considération des intérêts de l'autre sans pour autant qu'un individu désire se sacrifier : bien au contraire, dans cette perspective, l'agent demeure parfaitement égoïste mais se rend compte qu'il doit s'intéresser à la position de son adversaire afin de déterminer la stratégie la plus adaptée et définir un équilibre. Cependant, la plupart des expériences concrètes ont démontré que les individus ne désirent pas adopter une attitude aussi égoïste et désintéressée à l'égard des gains d'autrui. Dans la pratique, les êtres humains ont davantage tendance à opter pour des solutions plus équitables. Or, il apparaît que l'outil informatique a permis de démontrer que la thèse de M. le professeur Axelrod reposant sur un équilibre donnant-donnant, représente un optimum de satisfaction à condition que quelques règles, au demeurant fort simples, soient respectées. Il en résulte que l'instrument statistique, qu'il soit purement économique ou mathématique, infirme la théorie néoclassique défendant l'idée selon laquelle la poursuite des seuls intérêts personnels permet d'atteindre une satisfaction maximale. Si l'outil théorique et expérimental permet de démontrer que les postulats de base de la théorie de l'autonomie de la volonté et sa réciproque, l'individualisme, sont scientifiquement erronés, il ne sert plus à rien de prôner un droit contractuel efficace³ sur la base de tels axiomes⁴. Puisque l'outil mathématique, scientifique et informatique démontre que la prise en considération des intérêts d'autrui est la meilleure voie pour que chacun soit satisfait au plus haut point, il ne

¹ Les résultats sont consultables in R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, p. 192 et s.

² R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit. p. 190-191.

³ V. G. Lardeux, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », D. 2006, chron., p. 1406 et A. Sériaux, « Droit et économie, sur l'unité de deux disciplines », *RRJ droit prospectif*, 2000-2, 887.

⁴ V. P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation, Archives de philosophie du droit*, tome 44, Dalloz-Sirey, 2000, p. 163.

semble plus exister d'obstacle faisant échec à la réception de ce principe, en droit contractuel comme au-delà.

Titre II – L'anticipation légitime d'autrui, principe analytique de la relation métacontractuelle

182. Relations, sécurité juridique et altérité. Au-delà du lien contractuel, l'idée selon laquelle l'attente raisonnable d'autrui doit être respectée présente des manifestations certaines. La responsabilité civile extra-contractuelle participe en effet du même mouvement. En permettant à chacun d'obtenir réparation de préjudices causés de manière fautive ou non, le droit accorde protection au souhait des justiciables de vivre dans un environnement juste : dans ce milieu, toute atteinte à l'équilibre juridique serait ainsi sanctionnée. Or, en sanctionnant de manière prévisible les atteintes à cet équilibre, le droit consacre l'idée selon laquelle l'anticipation légitime d'autrui doit être respectée en ce que toute atteinte injuste à une situation stable doit être corrigée ; cette perspective confine, dès lors, à l'exigence de sécurité juridique puisqu'elle accorde à toute prévision légitime une solide protection sur le fondement du droit objectif. Il semble, en effet, difficile de nier que la sécurité devant être assurée par le droit est nécessairement véhiculée par l'idée selon laquelle toute lésion d'un intérêt légitime est juridiquement sanctionnée. L'altérité se veut donc ici garante de la prévisibilité, de la sécurité en donnant à la responsabilité civile une assise légitime : le droit véhicule ainsi la sécurité à l'aune de ce qu'autrui peut légitimement anticiper (chapitre I).

Si entre parties privées non liées par un contrat, le respect des anticipations légitimes d'autrui confine à la protection de la sécurité juridique, la réflexion relative au mouvement du droit dans le temps permet de dégager une orientation identique. En prenant appui sur le droit européen, il est possible de voir dans la thématique relative à la sécurité juridique une conceptualisation de l'application du droit dans le temps à l'aune d'autrui. L'espérance légitime en droit conventionnel, la confiance légitime en droit communautaire témoignent de la prévalence d'autrui dans la garantie de l'exigence première de sécurité juridique lorsque le droit se meut (chapitre 2). La thématique développée au regard de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ne peut que parfaire ce constat tant autrui semble, plus que jamais, au centre de la résolution de cette problématique.

Le respect dû à l'anticipation légitime d'autrui est ainsi à l'origine d'un droit orienté vers la sécurité des justiciables en leur garantissant la sanction juridique des atteintes portées à ce principe et en assurant que le mouvement du droit lui-même se fasse en toute sécurité à l'égard

de leurs attentes raisonnables. L'anticipation légitime d'autrui est ainsi le principe analytique à l'aune duquel doivent être appréhendés les mécanismes juridiques, extra-contractuels, contractuels¹, permettant de garantir l'exigence de sécurité juridique. Si la relation entre tiers apparaît marquée par le respect des anticipations légitimes d'autrui, tel qu'il s'est synthétiquement dégagé du droit contractuel, la sécurité juridique est, en effet, à même de dépasser l'opposition classique entre relations contractuelle et extracontractuelle² au profit d'une altérité analysée, sur la scène du droit, dans une dimension métacontractuelle : à côté, au-delà et avec le contrat.

¹ Voire processuels puisque la sécurité juridique à l'aune d'autrui peut justifier qu'une nouvelle règle de procédure dégagée par la jurisprudence ne soit pas appliquée à une instance en cours : v. infra n° 257 et 280 et s.

² Au-delà de la sécurité juridique, la théorie de l'apparence et la responsabilité du fait des produits défectueux (v. spéc. n° 211) démontrent pareillement la nécessité de dépasser cette dialectique (v. infra n° 203 et s.).

Chapitre I – L'altérité, une exigence de sécurité mue par le droit

183. Projections. Si le domaine contractuel constitue un champ d'application privilégié du principe exigeant le respect de l'anticipation légitime d'autrui, la relation extracontractuelle ne reste pas pour autant étrangère à son influence, l'autre devenant alors le tiers¹, celui qui n'est pas lié par une convention. La responsabilité extracontractuelle, notamment lorsque l'on se penche sur la faute d'imprudence et la question relative à la limitation des droits, semble se présenter comme « une application de cette idée générale »². Cette observation s'inscrit logiquement dans le mouvement d'objectivation du droit ; mouvement qui « parallèlement au développement des cas de responsabilité purement objective, met en exergue la dimension extrêmement réduite que le caractère subjectif de la faute a conservé, même sous l'empire du droit commun »³. La responsabilité participerait de la sorte d'un principe premier exigeant qu'autrui puisse légitimement attendre du droit qu'il vienne protéger une atteinte illégitime à un intérêt : la prévisibilité chez autrui de cette réponse juridique constituerait alors le fondement de la responsabilité que l'article 1382 consacre en exigeant la démonstration d'une faute.

Au moyen d'une relecture hétéronome, car fondée sur autrui, de la responsabilité civile délictuelle, cette dernière apparaît alors comme la dérivée d'un principe premier de respect des attentes légitimes (section 1). Sur le fondement de ce principe général de responsabilité, il est alors possible de dégager des validations autonomes en ce qu'elles ne reposent pas sur le triptyque posé à l'article 1382 du code civil (section 2). C'est ainsi la théorie des troubles anormaux de voisinage et l'apparence qui offrent l'illustration la plus nette de cette démarche dans la mesure où les controverses qui ont contribué à l'élaboration de son fondement théorique sont particulièrement éclairantes : l'on peut toutefois y ajouter la responsabilité des produits défectueux et, en droit conventionnel, dans une moindre mesure, les développements jurisprudentiels relatifs à la notion d'espérance légitime. L'altérité se présente ainsi comme le fondement juridique de la prévisibilité et de la stabilité dans la relation extracontractuelle.

¹ V. M.-L. Mathieu-Izorche, « Une troisième personne bien singulière ou "2 + 1 = tout autre chose" », *RTD civ.* 2003 p. 51.

² X. Dieux, *op. cit.* p. 161.

³ *Idem.*

Section 1 – Une relecture hétéronome de la responsabilité civile délictuelle

184. L'idée, jusqu'ici développée, selon laquelle la protection due aux attentes légitimes d'autrui constitue le socle du droit des contrats, trouve effectivement un espace vierge et fertile en droit de la responsabilité civile délictuelle. En se proposant de résoudre la problématique de l'origine de la responsabilité civile (§1), cette conceptualisation permet à des corollaires pratiques de cette responsabilité, tels que l'action dans les chaînes contractuelles, la causalité et la détermination du préjudice indemnisable, d'être éclairés sous un nouveau jour (§2), celui d'une prémisse faisant d'autrui le siège de l'appréciation du fait générateur de responsabilité.

§ 1 - L'origine de la responsabilité civile extra-contractuelle

185. L'origine indéterminée de la responsabilité aquilienne. Il est classique d'affirmer que les articles 1382 et 1383 déterminent la sphère des engagements involontaires. A l'instar des engagements volontaires, « la source de ces engagements se trouve naturellement dans le droit objectif »¹. Néanmoins, « cette observation, pas plus qu'elle ne fournit la réponse à la question de savoir pourquoi celui-ci confère une force obligatoire aux contrats, ne dévoile complètement l'origine de l'obligation générale de réparation qu'expriment ces dispositions »². Il serait tautologique d'affirmer que le fondement de cette responsabilité repose en ces articles alors qu'ils n'édicte nullement une origine : seul est expliqué un mécanisme. Dès lors, soit un texte normatif impose un comportement et dans ce cas, la source de l'obligation est connue ; soit, tel n'est pas le cas et la règle de conduite est nécessairement non-écrite. Les articles 1382 et 1383, en obligeant chaque individu à réparer les dommages causés par sa faute à autrui, ne font que postuler l'existence de la règle sans formellement l'exprimer³. Il semble alors possible de soutenir l'idée selon laquelle, ces articles ne font qu'édicter une norme de conduite secondaire en déterminant les conséquences que le droit entend attacher à la violation d'une autre règle de conduite quand un dommage est causé de manière fautive. Comme le remarquent Mme Viney et M. Jourdain, « par ces dispositions, le code civil n'impose plus l'observation de devoirs précis aux contours bien définis, mais, en sanctionnant les fautes d'imprudence et de négligence, il se

¹ Ibidem p. 164.

² Ibidem p. 164.

³ Il est cependant évident que ne pas réparer un dommage causé par une faute constitue une nouvelle faute, « mais cette faute, au second degré en quelque sorte, n'est pas à proprement parler celle dont les articles 1382 et 1383 assurent la sanction » (Ibidem p. 165).

réfère plutôt à une norme générale de conduite sociale imposant de se conduire en toutes circonstances avec prudence et diligence »¹.

Dabin expliquait que lorsqu'une norme de conduite ne trouve pas son origine dans un texte normatif, elle se doit d'être recherchée « dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenance ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »². En affirmant ceci, on sent que l'auteur, comme une large partie de la doctrine, est enclin à considérer que cette origine de la responsabilité délictuelle n'est pas véritablement juridique. La règle de droit ne résiderait que dans les articles venant sanctionner une telle attitude. La doctrine a toutefois évolué et l'on parle désormais d'acte illicite³, tant pour désigner les actes que la loi ne prohibe pas, que pour désigner ceux qu'une norme impose ou interdit expressément⁴. Or, il est évident que le caractère illicite d'un acte ne peut se concevoir qu'à l'aune d'une règle de droit. Il n'est donc pas étonnant que la doctrine ait fait du dommage la lésion d'un droit : tout acte, même non prohibé ou imposé expressément par une norme, devient illicite par le dommage qu'il crée.

En Belgique, le professeur Van Ryn⁵ a toutefois parfaitement démontré que la question devait être envisagée à partir de la faute et non sous l'angle de la notion purement matérielle de dommage. L'on peut, en effet, remarquer que « l'idée de lésion suppose que l'on se demande si la victime du dommage avait le droit de compter que la personne dont la responsabilité est mise en cause, agisse différemment »⁶. Désormais, il est possible de soutenir que la lésion d'un intérêt, même sans correspondre à un droit effectivement défini, peut être qualifiée d'acte illicite « dès lors que cet intérêt présente une stabilité suffisante et qu'il est légitime »⁷. Il convient alors de reconnaître à la norme primaire que les articles 1382 et 1383 du code civil sanctionnent un caractère juridique, même lorsque la règle violée n'est pas édictée par un texte mais par un commandement imposé par la morale sociale. Si l'intérêt lésé est permanent, légitime et qu'il induit un droit subjectif à réparation, il s'agit, à n'en pas douter, d'un droit civil⁸.

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^e éd., n° 450, p. 380.

² J. Dabin, « Examen de jurisprudence – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », in RCJB, 1949, p. 57 n°15.

³ V. C. Bloch, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, av. propos Ph. Le Tourneau, préf. R. Bout, Dalloz-Sirey, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

⁴ V. G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 366 et s.

⁵ Note sous Bruxelles 12 avril 1944, RJC, 1947, p. 113.

⁶ X. Dieux, op. cit. p. 167.

⁷ Idem.

⁸ Si le professeur Puech la nomme « norme fondamentale de comportement » (*L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, LGDJ, 1973, n°s 31 et s.), Darbellay, en Suisse, la qualifie plus précisément de « norme générale de civilité » (*Théorie de l'illicéité*, Genève, 1955, p. 1650 et s.).

186. Une origine déterminable. S'il est une chose d'affirmer que la norme primaire, dont la violation entraîne la mise en jeu de la responsabilité, a un caractère juridique, il en est une autre de déterminer précisément en quoi consiste une telle norme. Les auteurs ont, en la matière, multiplié les théories et les définitions¹, ce qui a sans doute participé « au fait que la notion de faute aquilienne a perdu progressivement de son crédit »².

Si l'on part des postulats selon lesquels, en vertu des articles 1382 et 1383 du code civil, ni le fait de causer à autrui un dommage, ni le fait d'exercer une activité susceptible de causer un dommage, ne sont en soi des fautes, il convient, pour définir sur quoi repose la faute, de déterminer ce qu'il faut entendre par lésion d'un intérêt légitime. En effet, la lésion d'un intérêt ne peut justifier une action en réparation, se transformer en fait générateur de responsabilité, que si la victime était en droit de s'attendre à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à son expectative : il s'agit de déterminer si elle est en mesure de faire valoir qu'un intérêt a été lésé. Il paraît donc logique de se mettre à sa place pour apprécier cette légitimité. L'on glisse alors de la notion d'intérêt légitime à celle d'expectative, dans la mesure où l'intérêt bénéficie d'une protection sur laquelle son titulaire peut légitimement compter. Ainsi, au-delà des droits dont la loi assure la protection par la mise en jeu de la responsabilité en cas de violation et de dommage lié de manière causale, il existe des intérêts à l'égard desquels chacun est en droit de s'attendre à ce qu'ils soient laissés intacts par autrui³. Or, il semble évident que l'on a le droit de compter sur le fait que chacun respectera la loi car « il doit en être raisonnablement ainsi, dans la société légalement organisée à laquelle chacun prend part. Il y va du minimum de confiance dont quiconque a besoin pour entrer en contact avec les autres dans la pratique sociale »⁴. Comme le relevait Batiffol, « la confiance et la prévisibilité qu'appelle la vie en société impliquent que l'on ne craigne pas outre mesure les dommages causés par autrui, donc que s'ils surviennent, ils seront réparés »⁵.

Néanmoins, cette analyse ne saurait se limiter aux situations expressément prévues par la loi. Elle a, à n'en pas douter, vocation à être étendue à des situations de même nature où il

¹ Voir notamment les inventaires dressés par Demogue dans son *Traité des obligations en général*, t. III, n° 223 à 292 et Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1^{er}, 6^e éd. N° 380 à 440.

² Dieux X., op. cit. p. 169.

³ Si depuis la jurisprudence « Dangereux » (Cass., Ch. mixte, 27 févr. 1970 : R. 1969-1970, p. 71 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 181-182 (II) ; D. 1970. 201, note Combaldieu ; JCP 1970. II. 16305, concl. Lindon, note Parlange ; RTD civ. 1970. 353, obs. Durry) l'on sait qu'il ne s'agit pas forcément d'un intérêt juridiquement protégé en soi, l'on peut observer que s'il n'est plus exigé que la « jouissance d'un avantage soit conforme au droit pour que sa disparition soit réparable, encore faut-il que son obtention ne lui soit pas contraire » (Ph. Stoffel-Munck, JCP G n° 37, 12 septembre 2007, I 185) : l'intérêt doit donc être légitime.

⁴ Idem.

⁵ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ 1979, p. 508.

convient d'assurer la confiance sans laquelle l'interactivité sociale deviendrait trop risquée pour en valoir la peine¹. La jurisprudence semble s'orienter en ce sens lors de l'appréciation de la faute. Elle semble en effet avoir opté pour la théorie de l'appréciation *in abstracto* affinée². L'on se réfère à la conduite normale, dans les mêmes circonstances de fait, d'un individu raisonnable, à tout le moins doté du sens commun. Or, « ce qui rend surtout indispensable, [...] cette référence au modèle de l'homme prudent et avisé, c'est qu'elle garantit un minimum de sécurité en donnant à chacun le droit d'exiger en principe des autres un comportement raisonnable. Le droit est fondé sur la normalité des comportements, car tout individu doit pouvoir faire confiance au respect par autrui des normes de conduite sociale »³. Cette tendance renvoie inexorablement à la notion de droit subjectif puisque c'est ainsi que s'envisage une prérogative mise en œuvre par l'action en responsabilité : « le lien d'appartenance entre tel sujet et tel intérêt qui transforme ce dernier en un tel droit, dépend fondamentalement de sa potentielle appartenance à quiconque se trouverait dans les mêmes conditions »⁴.

187. Des attentes légitimes d'autrui comme prémisse. En tant que norme primaire, la protection due aux anticipations légitimes d'autrui paraît être à la base du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. En effet, la responsabilité instaurée par les articles 1382 et 1383 du code civil a pour fonction de sanctionner la méconnaissance de droits subjectifs légalement définis⁵ ; « mais plus généralement, le non-respect d'intérêts physiques, moraux et patrimoniaux,

¹ Ceci revient à affirmer que la condition *sine qua non* de la vie en société réside dans la capacité du droit à garantir les intérêts légitimes des citoyens, ce qui est, on le sait, l'idée-force de John Locke : *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1999, trad. Goyard-Fabre S.

² Voir notamment Cass. 2^{ème} Civ. 24 avril 2003, Bull. civ. n° 116. Comme le rappellent les professeurs Viney et Jourdain, « même les plus chauds partisans de l'appréciation *in abstracto* de la faute civile ont toujours admis que le juge doit tenir compte, pour déterminer la conduite qui devait être observée, de toutes les circonstances de fait extérieures à la personne de l'agent », G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^e éd., p 403. Adde Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, tome n° 337, 2000, n° 219 et s.

Au demeurant, il est opportun, en la matière, de s'en remettre à la célèbre conclusion de Dejean de La Bâtie : « Il faut nuancer à un double point de vue la proposition aux termes de laquelle la prudence et la diligence dues se déterminent en principe *in abstracto*. D'une part en effet les juges ont égard aux infériorités individuelles lorsque celles ci sont de nature à affecter la conduite d'un homme avisé. Et, d'autre part, même dans l'ordre psychologique, ils se réservent la possibilité de prendre en considération les aptitudes supérieures à la moyenne. En revanche, il demeure constant que les tribunaux font abstraction des dispositions psychologiques qui diminuent le sens social ou altèrent la sûreté de jugement chez un sujet particulier », *Application in abstracto et in concreto en droit civil* français, LGDJ, 1965, n° 54.

³ G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 402.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 174.

⁵ Quand ces droits subjectifs ne sont pas soumis à un régime particulier de protection. Ainsi en matière de protection de la présomption d'innocence, la Cour de cassation fait échapper la réparation à l'article 1382 du code civil au profit de l'article 9-1 du code civil et de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : Civ. 2e, 8 mars 2001 : « Les abus de la liberté d'expression prévus par l'art. 9-1 ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'art. 1382 », (D. 2001. IR. 1076 ; LPA 18 mai 2001, note Derieux ; Gaz. Pal. 17-19 juin 2001, note Guerder ; 21 juin 2001 : LPA 29 août 2001, note Derieux ; Civ. 2^{ème}, 29 mars 2001 : Bull. civ. II, n° 67 ; JCP 2002. I. 122, n° 3 s., obs. Viney ; Civ. 2^{ème} 29

en obligeant celui qui, par sa faute dit-on, y a porté atteinte, à réparer le préjudice causé par lui au titulaire de l'intérêt lésé »¹.

Néanmoins, cet intérêt ne bénéficie pas d'une protection inconditionnelle : encore faut-il qu'il soit légitime. En d'autres termes, son titulaire doit pouvoir légitimement s'attendre à ce que les tiers soient attentifs à ne pas lui porter atteinte. Sera donc en faute celui qui viole le droit objectif, ou les attentes légitimes d'un tiers lorsque ces attentes, en tant qu'intérêts, ne font pas l'objet d'une disposition expresse. Malgré le recours dans ce type de construction à la notion de faute, il ne faut pas pour autant considérer que la responsabilité est subjective : en matière extracontractuelle comme en matière contractuelle, « la légitimité des attentes auxquelles le droit objectif accorde sa protection, ne dépend que très accessoirement de la situation personnelle spécifique des parties en cause, et de la personne dont on prétend engager la responsabilité en particulier »². Le recours constant à l'appréciation *in abstracto* exige que ce soit à l'aune du critère objectif de l'homme raisonnablement attentif aux intérêts d'autrui, que les attentes de chacun soient jugées dignes ou non de protection au nom des articles 1382 et 1383 du code civil. Il en résulte que lorsque l'on se retrouve dans une situation où il n'existe pas de norme légale particulière, la faute se confond avec la méconnaissance d'un intérêt légitime qu'il faut apprécier du point de vue d'autrui, de la victime. Certes la responsabilité n'est peut-être pas purement objective dans la mesure où l'imputation personnelle doit demeurer, mais l'on sait combien cette nuance s'est affaiblie au regard de la loi du 3 janvier 1968³ et des jurisprudences en date du 9 mai 1984⁴ : il semble alors « permis de considérer que la responsabilité aquilienne n'est qu'une

nov. 2001 : Bull. civ. II, n° 176 ; Gaz. Pal. 2002. I. 650, concl. Joinet, et note P.-L. G. ; Civ. 2^{ème} 14 mars 2002 : Bull. civ. II, n° 45 ; Civ. 2^{ème} 10 oct. 2002 : Bull. civ. II, n° 222 ; 6 févr. 2003 : JCP 2003. IV. 1567). Civ. 2e, 8 juill. 2004 : Ceux qui «sont prévus par la loi du 29 juill. 1881 et qui portent atteinte à la présomption d'innocence peuvent être réparés sur le fondement unique de l'art. 9-1 C. Civ. » (Bull. civ. II, n° 387 ; R., p. 374 ; D. 2004. 2956, note Bigot ; JCP 2005. I. 143, n° 7, obs. Tavieaux-Moro ; Gaz. Pal. 2004. 2508, note P.L.G. ; RTD civ. 2005. 176, obs. Théry).

¹ X. Dieux, op. cit. p. 248.

² X. Dieux, op. cit. p. 249.

³ La loi n° 68-5 du 3 janv. 1968 créant l'article 489-2 (en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2009, art. 7 de la loi 2007-3008 du 5 mars 2007) : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ».

⁴ Les juges du fond, qui ne sont pas tenus de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte, peuvent estimer, sur le fondement de l'art. 1382, que l'enfant victime a commis une faute qui a concouru avec celle du défendeur à la réalisation du dommage dans une proportion souverainement appréciée. Cass., ass. plén., 9 mai 1984 (arrêts Lemaire et Derguini) : Bull. civ. n° 2 et 3 ; R., p. 104 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 186 ; D. 1984. 525, concl. Cabannes, note Chabas ; JCP 1984. II. 20256, note Jourdain ; RTD civ. 1984. 508, obs. J. Huet. - R. Legeais, Defrénois 1985. 557. - H. Mazeaud, D. 1985. Chron. 13. Viney, JCP 1985. I. 3189. Ainsi, les juges du fond ne sont pas tenus de vérifier si un mineur est capable de discerner les conséquences de son acte pour caractériser une faute commise par lui (à l'égard d'un tiers) : Civ. 2^{ème} 12 déc. 1984 : Bull. civ. II, n° 193 ; RTD civ. 1986. 120, obs. J. Huet. Enfin, la faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte : Civ. 2e, 28 fév. 1996 : D. 1996. 602, note Duquesne ; ibid. 1997. Somm. 28, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 1997. I. 86, note Jacques ; JCP 1996. I. 3985, n° 14, obs. Viney ; RTD civ. 1996. 628, obs. Jourdain - 19 févr. 1997 : Bull. civ. II, n° 54.

application, particulière et qualifiée, d’une règle plus générale par laquelle le droit objectif protège les attentes légitimes que les acteurs de la pratique sociale nourrissent les uns envers les autres, dans la mesure où ces attentes correspondent avec le sens commun »¹. Autrui se présente ainsi comme l’entité à l’aune de laquelle il convient de vérifier si le droit assure une prévisibilité légitime à la protection des intérêts transgressés.

Afin de démontrer que cette norme sociale de comportement réside dans les expectatives légitimes d’autrui, l’on peut appréhender les problématiques concrètes générées.

§ 2 – Incidences pratiques de la théorie des attentes légitimes en matière extra-contractuelle

188. Le fait d’apprécier la responsabilité délictuelle, en ce qui a trait à des limites de droits, et à l’aune de la victime, afin d’apprécier la légitimité de l’expectative, n’est pas qu’un « pur jeu de l’esprit »² : elle permet d’expliquer le régime des actions et exceptions entre contractants extrêmes dans les chaînes de contrat (A), l’obligation pour la victime d’un dommage de prendre les mesures raisonnables pour restreindre l’étendue de son préjudice (B) et de tempérer l’opposition classique entre causalité adéquate et équivalence des conditions (C).

A - Actions et exceptions entre contractants extrêmes dans les chaînes de contrat

189. Problématique des contractants extrêmes. On sait que la question essentielle qui se pose dans les ensembles contractuels³, notamment dans le cadre des contrats de sous-traitance, est de déterminer si, et dans quelles limites, le bénéficiaire final de la prestation (le plus souvent le maître de l’ouvrage) peut exercer directement contre le sous-débiteur (le plus souvent le sous-traitant), auquel le débiteur principal (l’entrepreneur) a confié tout ou partie de l’exécution de ses obligations, une action en responsabilité, et si, inversement, le sous-débiteur peut lui opposer des

¹ X. Dieux, op. cit. p. 250.

² X. Dieux, op. cit. p. 250.

³ Sur les contrats de groupe assurance/emprunteur et le lien contractuel direct entre adhérent et assureur permettant le jeu de la législation sur les clauses abusives, v. Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2008, JCP G, II, 10133, p. 43, note A. Sériaux, D. 2008.1547, note D. R. Martin, RTD Civ. 2008 p. 477, obs. B. Fages. C’est dire que la stipulation pour autrui est susceptible de se prêter à des « virtualités que ne récuse pas l’article 1121 du code civil, dont la généralité des termes autorise des variations du modèle théorique » (D. R. Martin, « Consécration d’une figure : la stipulation de contrat pour autrui », note précit.). Au-delà de la simple stipulation contractuelle permettant d’intégrer un tiers dans le périmètre contractuel, il semble possible de stipuler une convention pour autrui (v. déjà, D. R. Martin, « La stipulation de contrat pour autrui », D. 1994 p. 145), voire des servitudes pour autrui (J.-F. Quievry, « De la stipulation de servitude pour autrui », D. 2005 p. 2061). Le tiers, comme *autre de la relation juridique*, devient alors *l’autre dans la relation* (v. note suivante).

exceptions issues de dispositions limitatives ou exonératoires de responsabilité figurant dans son contrat avec le débiteur principal¹. Au nom de l'article 1165 du code civil, la solution favorable à une action délictuelle entre des maillons de la chaîne n'ayant pas contracté ensemble, devrait s'imposer. Or, au terme d'une lente évolution, la Cour de cassation française est parvenue à un équilibre reposant sur la distinction entre chaînes translatives et chaînes non-translatives de propriété. Alors que dans la première situation, la Cour de cassation impose une action de nature contractuelle, elle appréhende les secondes dans le cadre d'une action purement délictuelle. Au demeurant, un récent arrêt est venu remettre en cause cette construction.

190. Chaînes translatives. Alors que la première et la troisième chambre civile reconnaissaient au maître de l'ouvrage une option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, un arrêt de première chambre en date du 9 octobre 1979² mit un terme à l'option au profit d'une responsabilité contractuelle dans le cadre d'une chaîne translatrice de propriété : « l'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire, pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication, est nécessairement de nature contractuelle ». La solution de l'option fut néanmoins maintenue par la troisième chambre jusqu'à l'important arrêt rendu en assemblée plénière le 7 février 1986 : il ressort de cette décision que « le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur; il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée »³. Ainsi, la reconnaissance d'une action directe de nature contractuelle entre les membres d'un même groupe de contrats suppose la présence de contrats qui ont tous un effet translatif de propriété. La transmission *intuitu rei* des accessoires juridiques d'une chose apparaît comme le fondement de l'action directe dans les chaînes de contrats translatives de propriété. En outre, la transmission des actions attachées à la chose vaut non seulement pour l'action en délivrance conforme, mais pour l'action en dommages-intérêts liée au vice de la chose ou encore l'action réhibitoire⁴. Il en résulte que, dans le respect de la transmission *intuitu rei* des accessoires juridiques d'une chose, le demandeur exerce les droits et actions de son auteur. Le vendeur originaire peut donc opposer

¹ Ici, le maître de l'ouvrage n'est pas seulement *l'autre dans la relation contractuelle* avec l'entrepreneur, mais *l'autre de la relation contractuelle* entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

² Civ. 1re, 9 oct. 1979 : Bull. civ. I, n° 241 ; Gaz. Pal. 1980. 1. 249, note Plancqueel ; D. 1980. IR. 222, obs. Larroumet.

³ Cass., Ass. plén., 7 févr. 1986 : Bull. civ. n° 2 ; R., p. 189 ; GAJC, 11e éd., n° 252 ; D. 1986. 293, note Bénabent ; JCP 1986. II. 20616 (deux arrêts), note Malinvaud ; Gaz. Pal. 1986. 2. 543, note Berly ; RTD civ. 1986. 364, obs. J. Huet et 605, obs. Rémy.

⁴ Civ. 1ère, 27 janv. 1993 : Bull. civ. I, n° 45 ; JCP 1993. I. 3684, n° 5, obs. Ghestin ; Defrénois 1993. 1437, obs. Vermelle 4 mars 1997 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 93, note Leveneur ; LPA 19 sept. 1997, note Mouloungu.

au sous-acquéreur tous les moyens de défense dont il aurait pu se prévaloir contre l’acquéreur intermédiaire.

191. Chaînes non-translatives. Dans les chaînes non translatives de propriété et dans les ensembles contractuels, l’action entre deux membres du groupe qui n’ont pas contracté ensemble fit l’objet d’une controverse avant que le célèbre arrêt « Besse », rendu en assemblée plénière, ne vienne clarifier la position de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 8 mars 1988, la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet affirmé que « dans le cas où le débiteur d’une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l’exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d’une action de nature nécessairement contractuelle, qu’il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l’étendue de l’engagement du débiteur substitué »¹. A peine trois mois plus tard, la troisième chambre civile rendit une décision en sens inverse : « l’obligation de résultat d’exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l’entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l’ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance »².

Alors que la première chambre civile conclut dans le cadre des chaînes de contrat non translatives de propriété à l’existence d’une action contractuelle entre le maître d’ouvrage et le sous-traitant, la troisième chambre y voit une action délictuelle, d’où la nécessité pour l’assemblée plénière d’intervenir, ce qu’elle fit le 12 juillet 1991³.

En l’espèce, un maître d’ouvrage (M. Besse) avait confié à un entrepreneur du bâtiment le soin de construire un immeuble à usage d’habitation, mission que ce dernier a sous-traitée à un tiers dans sa partie plomberie. En raison du caractère défectueux des travaux de plomberie, le maître de l’ouvrage assigna l’entrepreneur et le sous-traitant en réparation de son préjudice. Par arrêt rendu le 16 janvier 1990 par la Cour d’appel de Nancy, le maître de l’ouvrage fut débouté de ses demandes formulées notamment à l’endroit du sous-traitant, motif pris que « dans le cas où le débiteur d’une obligation contractuelle a chargé une autre personne pour l’exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d’une action nécessairement contractuelle, dans la limite de ses droits et de l’engagement du débiteur substitué ». Aussi, la Cour d’appel en a-t-elle déduit qu’en l’espèce, « le sous-traitant était en droit d’opposer au maître

¹ Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, n° de pourvoi : 86-18182.

² Civ. 3^{ème} 22 juin 1988, n° pourvoi 86-16263.

³ Cass., Ass. plén., 12 juill. 1991, “Besse” : Bull. civ. n° 5 ; R., p. 105 et 353, concl. Mourier ; GAJC, 11ème éd., n°171-174 (IV) ; D. 1991. 549, note Ghestin ; D. 1991. Somm. 321, obs. Aubert ; JCP 1991. II. 21743, note Viney ; RTD civ. 1991. 750, obs. Jourdain ; ibid. 1992. 593, obs. Zenati.

de l'ouvrage tous les moyens de défense tirés du contrat de construction conclu entre ce dernier et l'entrepreneur principal, ainsi que des dispositions légales qui le régissent, en particulier la forclusion décennale ». Le maître de l'ouvrage forma alors un pourvoi en cassation.

Aux termes de son contrôle en droit, la Cour de cassation, au visa de l'article 1165 du code civil, a estimé, en sens exactement contraire à l'arrêt attaqué, que « le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage » : les juges ne peuvent donc décider que celui-ci ne dispose à l'encontre du sous-traitant que d'une action nécessairement contractuelle.

Depuis l'arrêt « Besse », la position de la Cour de cassation semblait alors acquise : en vertu de l'article 1165 du code civil, l'action entre le sous-débiteur et le créancier est de nature délictuelle¹ sauf si la chaîne de contrats est translatrice de propriété : dans ce cas là, le sous-débiteur est assimilé à un sous-acquéreur et le respect de la transmission *intuitu rei* impose que l'action soit contractuelle².

Néanmoins, un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 28 novembre 2001 remet en cause cet équilibre. Dans le cadre d'une chaîne de contrats translatrice de propriété (contrat de vente suivi d'un contrat d'entreprise avec remise de la chose objet du premier contrat), la troisième chambre civile affirme « qu'ayant exactement relevé que la société Normacadre, sous-traitant, engageait sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement délictuel, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le fournisseur de ce sous-traitant, la société Haironville, devait, à l'égard du maître de l'ouvrage, répondre de ses actes sur le même fondement »³. Bien que diversement apprécié par la doctrine, il semble évident que cet arrêt remet en cause l'acquis issu de l'arrêt d'assemblée plénière du 7 février 1986 au profit d'une responsabilité délictuelle unique entre contractants extrêmes dans une chaîne de contrats : l'absence de convention entre les parties à l'instance fait échec à toute action de nature

¹ Voir notamment : Civ. 1^{ère} 23 juin 1992 : Bull. Civ. I, n° 195 ; 7 juill. 1992 : ibid. I, n° 221 ; Com. 4 mai 1993 : ibid. IV, n° 173 ; Civ. 3^{ème}, 18 nov. 1992 : Gaz. Pal. 1993. 2. 432, note Boubli (responsabilité délictuelle pour faute prouvée) ; 3 avr. 2002 : RD imm. 2002. 242, obs. Malinvaud (responsabilité «de nature nécessairement délictuelle»). Action de nature délictuelle du locataire-attributaire contre le constructeur : Civ. 3^{ème}, 11 oct. 1995: Contrats Conc. Consom. 1996. 21, obs. Leveneur.

² Ainsi en est-il lors de ventes successives (Civ. 1^{ère} 9 oct. 1979 : Bull. civ. I, n° 241 ; Civ. 1^{ère} 27 janv. 1993 : Bull. civ. I, n° 45 ; JCP 1993. I. 3684, n° 5, obs. Ghestin ; Defrénois 1993. 1437, obs. Vermelle ; 4 mars 1997 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 93, note Leveneur ; LPA 19 sept. 1997, note Mouloungui. V. aussi Civ. 3^{ème}, 28 mars 2001 : Contrats Conc. Consom. 2001, n° 118, note Leveneur ; RD imm. 2001. 259, obs. Malinvaud), lors d'un contrat d'entreprise suivi d'une vente (Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1967 : D. 1968. 163 ; Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999 : Contrats Conc. Consom. 1999, n° 153, note Leveneur. Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003 : Bull. civ. I, n° 18 ; D. 2003. 2993, note Bazin-Beust ; Defrénois 2003. 1172, obs. Aubert) ou encore dans le schéma vente/contrat d'entreprise (Civ. 3^{ème}, 10 mai 1990 : Bull. civ. III, n° 116 ; RD imm. 1990. 376, obs. Malinvaud et Boubli - 26 mai 1992 : Bull. civ. III, n° 168 ; R., p. 285 - 8 févr. 1995 : ibid. III, n° 39 ; Gaz. Pal. 1996. 1. Somm. ann. 229, obs. Peisse - 12 déc. 2001 : RD imm. 2002. 92, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2002. 303, obs. Jourdain).

³ Civ. 3^{ème}, 28 nov. 2001 : Bull. civ. III, n° 137 ; D. 2002. 1442, note Karila ; JCP 2002. II. 10037, note Mainguy ; ibid. I. 186, n° 2 s., obs. Viney ; Defrénois 2002. 255, obs. Libchaber ; RCA 2002, n° 67, note Groutel ; RGDA 2002. 719, note Carcenac ; RD imm. 2002. 92, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2002. 104, obs. Jourdain.

contractuelle. Cependant, dès le 12 décembre 2001, la troisième chambre civile revenait à la solution antérieure en ne sanctionnant pas une cour d’appel pour avoir retenu une responsabilité contractuelle dans une situation identique¹.

192. Invalidité de la construction. Il apparaît qu’en affirmant que dans les chaînes translatives de propriété l’action entre contractants extrêmes est de nature contractuelle, l’article 1165 du code civil est « sérieusement malmené »². En effet, même dans un tel type de chaîne, le demandeur ne fait que se plaindre d’un manquement du défendeur à une obligation contractée par ce dernier envers un tiers avec lequel le demandeur est lié dans un autre contrat. Pour défendre l’idée que le manquement est une faute au sens des articles 1382 ou 1383 du code civil, le professeur Van Ryn écrivait : « Certes, ni la loi ni le contrat ne confèrent directement un droit au tiers à qui la faute contractuelle cause un dommage. Mais il existe des droits subjectifs que la loi sanctionne sans les définir, laissant au juge le soin de les déceler dans chaque espèce qui lui est soumise »³. Il semble donc bien exister un droit, non-contractuel à ce que le sous-débiteur réponde de sa prestation. Ce droit existe quand le contrat devait profiter au tiers et que le tiers le savait⁴. Cette condition se trouve réalisée notamment lorsqu’il y a entre son créancier et ce tiers une convention dont son propre contrat est l’accessoire, ou qui forme avec lui une seule

¹ Civ. 3^{ème} 12 déc. 2001 : RD imm. 2002. 92, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2002. 303, obs. Jourdain.

² Dieux X., op. cit. p. 176.

³ Etude parue en 1930 à la *Belgique Judiciaire* col. 558, citée par X. Dieux, op. cit. p. 176-177.

⁴ Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage : Cass., ass. plén., 6 oct. 2006 : Bull. civ. n° 9 ; R., p. 398 ; BICC 1er déc. 2006, note et rapp. Assié, concl. Gariazzo ; D. 2006. 2825, note Viney ; ibid. IR. 2484, obs. Gallmeister ; D. 2007. Pan. 2900, obs. Jourdain, et 2976, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2006. II. 10181, concl. Gariazzo, note Billiau ; ibid. 2007. I. 115, n° 4, obs. Stoffel-Munck ; JCP E 2007. 1523, n° 15 s., obs. Kenfack ; CCC 2007, n° 63, note Leveneur ; AJDI 2007. 295, obs. Damas ; LPA 22 janv. 2007, note Lacroix ; ibid. 16 mai 2007, note Depadt-Sebag ; RCA 2006. Etude 17, par Bloch ; RLDC 2007/34, n° 2346, note Brun ; RD imm. 2006. 504, obs. Malinvaud ; RDC 2007. 269, obs. D. Mazeaud, 279, obs. Carval, et 379, obs. Seube ; RTD civ. 2007. 61, obs. Deumier, 115, obs. Mestre et Fages, et 123, obs. Jourdain - Com. 6 mars 2007 : Bull. civ. IV, n° 84 ; D. 2007. AJ. 1078, obs. Chevrier ; JCP 2007. I. 185, n° 5 s., obs. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 1137, obs. Carval (action du cessionnaire d’une marque contre le titulaire d’un contrat de licence conclu avant la cession) - Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007 : Bull. civ. I, n° 193 ; D. 2007. AJ. 1594 ; ibid. Pan. 2901, obs. Jourdain ; JCP 2007. I. 185, n° 5 s., obs. Stoffel-Munck (action de l’acquéreur, en cas de résolution de la vente imputable au vendeur, tendant à mettre à la charge du vendeur le coût de l’emprunt souscrit) - Civ. 3e, 4 juill. 2007 : Bull. civ. III, n° 121 ; D. 2007. AJ. 2102 ; ibid. Pan. 2901, obs. Jourdain ; Defrénois 2007. 1449, obs. Savaux ; RTD civ. 2007. 562, obs. Fages (responsabilité du vendeur d’immeuble qui a refusé de signer l’acte authentique de vente à la date convenue envers une société tierce, obligée de transférer son siège social à une autre adresse) – V. aussi Civ. 2e, 10 mai 2007 : Bull. civ. II, n° 126 ; D. 2007. AJ. 1502 ; JCP 2007. I. 185, n° 5 s., obs. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 2007. 4025, note Périer ; LPA 27 nov. 2007, note Pimbert ; RGDA 2007. 592, note Kullmann (en différant de façon dilatoire le versement de l’indemnité acquise à son assuré, l’assureur commet envers le tiers victime une faute dont celui-ci peut lui demander réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle, nonobstant l’action directe qui lui est ouverte). Adde, sur cette question, les débats publiés in RDC 2007. 537 s. ; S. Carval, « La faute délictuelle du débiteur défaillant : quelques observations sur les pistes ouvertes par l’arrêt de l’Assemblée plénière du 6 octobre 2006 », et M. Espagnon, « La prévision contractuelle et l’action en responsabilité du tiers contre le contractant (de l’arrêt Lamborghini et à l’article 1342 du projet de réforme des obligations et de la prescription) », in *Liber amicorum - Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008, p. 229 et 377.

opération économique : « on conçoit parfaitement en effet que, si une personne joue un rôle actif dans une opération économique complexe, dont elle connaît l'étendue et les répercussions, ce fait suffise pour engager sa responsabilité à l'égard de ceux qui y participent et qui ont connaissance du rôle qu'elle y joue ; car ils sont nécessairement obligés de lui faire confiance, et la lésion de droit apparaît, selon une formule bien connue, dès que cette confiance légitime est trompée »¹. La responsabilité délictuelle viendrait ici sanctionner le non-respect des anticipations légitimes du maître de l'ouvrage dans une chaîne de contrats, bien que les contractants extrêmes demeurent des tiers les uns par rapport aux autres. L'autre de la relation contractuelle, le tiers, peut légitimement s'attendre à ce que les contractants exécutent parfaitement leurs obligations. En ayant un intérêt personnel à cette exécution, autrui est amenée à être victime d'une inexécution contractuelle dont il pourra demander réparation car elle porte atteinte à son attente raisonnable².

Cependant, prôner le recours logique à la responsabilité délictuelle pour toutes les chaînes de contrats s'expose à une critique traditionnelle : l'on court ainsi le risque de déséquilibrer les rapports contractuels entre les parties immédiatement liées dans la mesure où le sous-débiteur ne peut pas opposer au créancier principal les clauses limitatives ou exonératoires conclues avec le débiteur intermédiaire. Or, la théorie selon laquelle le respect de l'anticipation légitime d'autrui fonde la responsabilité civile dans les chaînes de contrats est à l'abri d'une telle objection. En effet, dès lors que la protection du créancier repose sur la légitimité, les limites que le créancier pouvait raisonnablement attendre du sous-débiteur, « on ne peut exclure *a priori* que le juge puisse considérer que les attentes en question n'étaient légitimes que dans les limites du contrat conclu par le débiteur intermédiaire avec le sous-débiteur, en ce compris les limites

¹ X. Dieux, op. cit. p. 176.

² La jurisprudence de l'assemblée plénière ne semble pas faire obstacle à cette exigence probatoire. La Cour de cassation, en sa formation la plus solennelle, ne reprend pas la formule maximaliste auparavant employée par la première chambre civile : « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve » (Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, n° 99-13.589 : Juris-Data n° 2001-008060 ; Bull. civ. 2001, I, n° 35 ; D. 2001, p. 2234, obs. Ph. Delebecque ; JCP G 2002, II, 10099, note C. Lisanti-Kalczynski ; RTD civ. 2001, p. 367, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2001, p. 712, note E. Savaux). Comme l'observe M. le professeur Stoffel-Munck, « en matière délictuelle [...] la caractérisation de la faute suppose normalement un jugement de valeur sur le comportement du défendeur. Par conséquent, en fondant la responsabilité du débiteur vis-à-vis du tiers sur l'article 1382 et en oblitérant la dispense de preuve supplémentaire que soulignait la première chambre, l'assemblée plénière n'a peut-être pas encore exclu que le tiers doive établir quel a été le comportement du débiteur et démontrer en quoi il a commis un écart de conduite au regard de ce qu'on pouvait légitimement attendre de lui, ce qui s'apprécie par rapport à l'intensité de son engagement au contrat. Cette supposition, ou plus exactement cette proposition, a un intérêt : elle interdit à un tiers de pouvoir *ipso facto* assimiler un impayé et une faute, et la nuance peut parfois être considérable » (JCP G 2007. I. 115, n° 4). Le fait que postérieurement à la décision de l'assemblée plénière, la première chambre n'ait pas réemployé la formule maximaliste (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, précit.) tend à valider cette proposition : le manquement contractuel est source de responsabilité délictuelle à l'égard de l'autre de la relation contractuelle, le tiers, s'il lui cause un préjudice et si cet autre pouvait légitimement s'attendre à ce que l'obligation contractuelle soit correctement exécutée.

concernant les responsabilités acceptées par celui-ci dans le cadre dudit contrat »¹. Tout en justifiant le recours à la responsabilité délictuelle dans le cadre des chaînes de contrats entre maillons extrêmes², la théorie des attentes légitimes permet en outre de limiter le montant de la réparation : la légitimité impose le jeu d’une clause exonératoire ou limitative si le créancier principal en a connaissance. C’est alors reconnaître, qu’en matière délictuelle, le dommage peut être restreint.

B – L’obligation pour la victime de restreindre son dommage

193. Divergence franco-belge. Le remplacement de la responsabilité civile délictuelle dans le cadre du principe plus général de la protection des attentes légitimes apparaît également utile au regard de la réflexion portant sur l’obligation de minimiser le dommage³. A l’inverse du droit français, le droit belge a consacré un tel principe tant en matière contractuelle que dans la dimension aquilienne. La Cour de cassation belge l’a nettement affirmé dans un arrêt du 14 mai 1992 : « si la victime d’un dommage a droit, en règle générale, à la réparation intégrale du préjudice qu’elle a subi », elle doit par contre « prendre les mesures raisonnables pour limiter le préjudice » à l’instar « d’un homme raisonnable et prudent »⁴. La Cour de cassation française a, quant à elle refusé, de céder à une telle perspective⁵ dans deux arrêts du 19 juin 2003 : « l’auteur d’un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables et la victime n’est pas tenue

¹ X. Dieux, op. cit. p. 178.

² A supposer que l’article 1165 ne suffise, ce qui est loin d’être certain.

³ Mitigation en droit canadien.

⁴ Cour de cassation belge 14 mai 1992, RGAR, 1994 n° 12312.

⁵ Bien qu’une partie de la doctrine l’y invite (v. notamment S. Reifergeste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002) et qu’elle-même y ait, un temps, souscrit en matière médicale (v. infra).

En outre, le rapport Catala sur l’avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription introduit le principe de la minimisation du dommage par la victime (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Doc. fr., 2006). Ainsi, d’après l’article 1373 C. civ. de cet avant projet "Il sera tenu compte de l’abstention de la victime par une réduction de son indemnisation lorsque cette victime avait la possibilité par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l’étendue de son préjudice ou d’en éviter l’aggravation". Le juge peut également réduire l’indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s’aggraver sans réagir ou n’a rien fait pour le réduire, disposition qui est complétée par l’article 1344 C. civ. aux termes duquel "les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu’elles ont été raisonnablement engagées". Selon Mme Geneviève Viney, président du groupe de travail chargé des travaux sur la responsabilité de l’avant projet de réforme : "la reconnaissance de cette possibilité de modération répond au souci de responsabiliser les victimes". Cependant, dans le rapport, un tempérament important subsiste en ce qui concerne l’indemnisation du préjudice corporel où le principe de modération est exclu. V. J.-L. Aubert, « Quelques remarques sur l’obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d’un fait générateur de responsabilité. A propos de l’article 1373 de l’avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Liber amicorum : Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008. Dans le domaine contractuel, v. supra n° 90 quant à l’avant-projet Catala et au projet gouvernemental de réforme du droit des contrats.

de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »¹. La Cour casse ainsi l'arrêt qui refuse à la victime d'un accident l'indemnisation du préjudice résultant de la perte de son fonds de commerce resté inexploité pendant plusieurs années, au motif qu'elle aurait pu le faire exploiter par un tiers, alors que l'accident avait entraîné pour la victime une incapacité l'empêchant de reprendre son activité professionnelle, ce dont il résultait l'existence d'un lien de causalité directe entre l'accident et le préjudice allégué. Elle censure également une cour d'appel ayant décidé de limiter l'indemnisation de la victime, au motif que son refus de se soigner est fautif, alors que la victime n'a pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins².

Or, la reconnaissance du respect dû aux attentes légitimes d'autrui passe par une consécration de la *mitigation* dans la mesure où cette théorie impose un comportement raisonnable du créancier.

194. Les attentes légitimes d'autrui comme fondement de la *mitigation*. A défaut d'une meilleure justification, la doctrine belge a imaginé que la victime commettrait une faute ou manquerait à l'obligation générale de loyauté, de collaboration et de modération dans l'exercice de ses droits envers autrui, en ne mettant pas en œuvre les précautions moyennes et normales pour ne pas aggraver le dommage qu'elle subit : en contrepartie, elle pourrait être privée de son droit à réparation, à proportion de son incurie ; plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation belge ont consacré cette explication³. Néanmoins, l'on est tenté de remarquer que dans la mesure où il « est difficilement concevable qu'il puisse exister une responsabilité envers soi-même, il reste cependant à expliquer par quel mécanisme juridique, cette faute produit la conséquence énoncée ci-dessus »⁴. La théorie de l'abus de droit a alors été avancée au motif qu'en ne prenant

¹ Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, Bull. civ. II, n° 203 (arrêt n° 1) ; R., p. 460 ; D. 2003. 2326, note Chazal ; D. 2004. Somm. 1346, obs. D. Mazeaud ; JCP 2003. II. 10170, note Castets-Renard ; ibid. 2004. I. 101, n° 9 s., obs. Viney ; Gaz. Pal. 2003. 3101, note Rosenfeld et Bouchez ; Defrénois 2003. 1574, obs. Aubert ; RCA 2004. Chron. 2, par Agard ; RGDA 2003. 504, note Landel (2^e esp.) ; LPA 31 déc. 2003, note Dagorne-Labbe ; Dr. et patr., nov. 2003, p. 82, obs. Chabas ; RTD civ. 2003. 716, obs. Jourdain et Bull. civ. II, n° 203 (arrêt n° 2) ; R., p. 460 ; D. eod. loc. ; Gaz. Pal. eod. loc. ; Defrénois eod. loc. ; RTD civ. eod. loc. ; RCA eod. loc. ; JCP 2004. I. 101, n° 9 s., obs. Viney ; LPA oct. 2003, note Reifegerste ; ibid. 31 déc. 2003, note Dagorne-Labbe ; Dr. et patr., nov. 2003, p. 83, obs. Chabas.

² Civ. 2^{ème}, 19 mars 1997 : Bull. civ. II, n° 86 ; R., p. 280 ; RTD civ. 1997. 632, obs. Hauser, et 675, obs. Jourdain ; LPA 8 mars 1999, note Lucas-Gallay (visa de l'art. 16-3 C. civ.).

Néanmoins, antérieurement, la Cour de cassation acceptait de réduire le droit à réparation d'une victime en considérant qu'une partie de son dommage était imputable à sa seule faute : ainsi en était-il en cas de refus d'une intervention médicale bénigne ne causant aucune gêne appréciable et qui aurait amélioré son état et diminué son dommage (Civ. 2^e, 13 janv. 1966, Gaz. Pal. 1966.1.375 ; RTD civ. 1966.806, obs. G. Durry, *a contrario* ; Crim. 30 oct. 1974, D. 1975.178, note R. Savatier ; JCP 1975.II.18038, note L. Mourgeon ; RTD civ. 1969.782, obs. G. Durry, pour une transfusion sanguine).

³ Cour de cassation belge 19 octobre 1983, Pas. 1984, I, 171 ; 25 nov. 1981, Pas., 1982, I, 418.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 179.

pas les dispositions qui s'imposent, la victime alourdit anormalement la charge de la personne à laquelle elle demande réparation de son préjudice, en cela, elle abuserait de son droit à réparation. Toutefois, il est aisé de rétorquer que la problématique posée par la *mitigation* ne se pose pas tant en termes d'exercice par la victime de son droit à réparation, mais plutôt en termes d'existence même de ce droit et de son étendue : « en réalité, tant de subtilités ne s'imposent que parce que l'on ne croit pas pouvoir attribuer à cette obligation, dont personne ne conteste qu'il est sage d'en reconnaître le principe, un fondement autonome »¹. Si l'on s'accorde à reconnaître que le respect dû aux attentes légitimes d'autrui est le principe fondateur des articles 1382 et 1383 du code civil, il est envisageable d'affirmer qu'« une fois cette idée assimilée, il devient en effet tout naturel qu'ayant à apprécier la légitimité des prétentions de la victime, dans la limite du raisonnable, le juge puisse tenir compte, sans détour inutile, du comportement qu'elle a adopté dans l'attente de la réparation de son dommage, pour considérer, s'il échet, que sa prétention cesse, par sa faute et dans la mesure de l'aggravation qui en a résulté, d'être légitime »².

Il semble en effet cohérent d'affirmer que s'il est légitime d'exiger une réparation à celui qui a causé un préjudice par sa faute, cette légitimité a tendance à s'affadir si la victime, par sa propre inertie, décide de laisser le dommage s'aggraver alors qu'elle a les moyens de l'empêcher. La légitimité d'un droit ne saurait être absolue envers autrui : tous les moyens raisonnables doivent être mis en œuvre afin de limiter le montant de la réparation due par l'auteur du fait générateur.

Cette position est en outre vérifiée par l'analyse économique du droit : l'obligation de minimisation du dommage « exprime à elle seule un choix idéologique, ou de politique juridique, relatif à la place qu'il convient de reconnaître à la poursuite de l'efficacité économique, ou si l'on veut, aux besoins des marchés, dans le régime juridique des échanges »³. C'est dire si l'obligation de minimiser le dommage entretient des rapports très étroits avec le temps : « le jeu de la mitigation est conditionné par son environnement institutionnel... C'est ainsi que la *mitigation* présuppose que les dommages et intérêts soient évalués à la date de l'inexécution, future anticipée et que l'exécution en nature, dont elle exclut le jeu, ne soit pas de droit »⁴. L'idée ici développée ne repose, une fois de plus, que sur le bon sens et non sur la volonté de

Rappelons que jusqu'à l'arrêt du 19 mars 1997 (précit.), et à une époque où l'article 16-3 du code civil n'existait pas, la jurisprudence acceptait de réduire le préjudice de la victime en cas de refus *fautif* d'une opération bénigne de nature à diminuer le dommage (v. supra n° 193).

¹ X. Dieux, op. cit. p. 180.

² X. Dieux, op. cit. p. 180.

³ H. Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *Colloque CEDAG*, 21 mars 2002, LPA 2002, n° 232.

⁴ Idem.

contraindre le créancier à méconnaître ses propres intérêts : « il ne faut pas laisser en l'état ou s'accroître le dommage qui aurait pu être raisonnablement évité »¹.

Il paraît alors souhaitable de conclure que « s'il est certain que le principe de minimisation connu en *common law* ne peut pas être importé en son intégralité en droit français tant il repose sur des postulats différents, l'obligation s'intègre sans réelle difficulté juridique dans notre droit. Le juge français en se plaçant au jour du jugement pour évaluer le préjudice peut faire jouer le mécanisme de réduction en prenant en considération l'effet exonératoire de la faute de la victime ayant contribué à l'aggravation de son dommage »², « le temps, grandeur dynamique, constitue ainsi un instrument d'évaluation de l'action »³.

Au-delà de la *mitigation*, c'est en matière de causalité que la protection des attentes peut jouer un rôle important dans le droit de la responsabilité civile délictuelle.

C – La causalité au regard des attentes légitimes d'autrui

195. L'équivalence des conditions et les anticipations légitimes d'autrui. Il semblerait que la théorie relative au respect dû aux attentes légitimes d'autrui permette de rallier les critiques émises par une partie de la doctrine à l'endroit de la théorie de l'équivalence des conditions, conception ayant d'ailleurs obtenu les faveurs de la Cour de cassation belge. Selon cette hypothèse, le lien de causalité entre la faute et le dommage suppose seulement qu'il soit constaté que sans la faute, le dommage tel qu'il s'est présenté ne se serait pas produit. Il n'est dès lors pas requis que la faute soit la cause immédiate du dommage ni que celui-ci en résulte directement. Bien qu'adoptée au plus haut niveau de l'ordre judiciaire belge, cette théorie n'est pas sans poser des problèmes, notamment au regard de l'équité. Un exemple réel semble le prouver, de manière négative. En l'espèce, une personne âgée était décédée d'un infarctus en constatant les dégâts occasionnés à son véhicule durant la nuit. Devant examiner la question de savoir si le décès était en lien causal avec les dégâts qui s'avérèrent non volontaires, les juges d'appel répondirent par la négative en affirmant que « le dommage réparable en relation causale nécessaire avec une faute se limite à ses répercussions normales en fonction de sa nature »⁴. Il est facile de constater que la Cour d'appel a ici fait application de la causalité adéquate qui exige que soit considéré comme causal le fait qui est de nature à engendrer le dommage considéré.

¹ P. Matet, « Minimisation du dommage et temporalité », in Séminaire de la Cour de cassation *Risques, assurances, responsabilités* "Les limites de la réparation", Groupe de travail "Le temps dans la réparation du préjudice", 2-1.

² Ibidem 2-5.

³ Ibidem 2-6.

⁴ CA Bruxelles, 24 fév. 1989, RGAR 1990, n°11618, note Glansdorff F.

Dans la mesure où la haute juridiction belge a tôt manifesté sa préférence à l’égard de l’équivalence des conditions, une censure semblait s’imposer. Or, il n’en fut rien : par un arrêt du 11 octobre 1989, la Cour rejeta le pourvoi¹. Depuis, l’équivalence des conditions a conservé la faveur de la Cour, mais certains exemples permettent de démontrer « les réticences que la jurisprudence éprouve, dans certaines circonstances, à [l’]appliquer, sans nuance et dans toute sa dureté »². Au demeurant, il ne semble pas nécessaire de prêcher en faveur de la causalité adéquate afin d’éviter toute iniquité dans la mise en œuvre de la théorie de l’équivalence des conditions « car en admettant que la lésion d’un simple intérêt, pourvu qu’il soit légitime, peut être constitutive d’une faute, la jurisprudence a ouvert la voie à un contrôle, par le juge, des conditions de la responsabilité, qui dans l’ordre du raisonnement, est de nature à tempérer la rigueur abstraite, parfois excessive, de l’équivalence des conditions »³. Le respect dû aux attentes légitimes d’autrui implique, en matière délictuelle, que le comportement que l’on reproche au défendeur soit apprécié à la lumière d’autrui, en sa légitime attente. Il convient, en effet, de se placer du point de vue d’autrui pour déterminer s’il est en droit de s’attendre à ce que l’auteur du dommage agisse différemment. La faute, et la responsabilité incidente, dépendent ainsi de la question de savoir si la victime disposait d’un intérêt protégé par le droit, une expectation opposable à l’auteur du dommage. L’opposabilité de l’attente permet ainsi de passer outre toute réflexion sur la causalité dans la mesure où est considérée comme causale toute atteinte à une attente opposable. En se focalisant sur le fait générateur et non plus sur les caractères du dommage, l’on se garde de réfléchir de manière théorique sur une notion de pur fait étrangère par nature à la condition de légitimité. Si le dommage est issu d’un manquement envers une attente légitime, la faute sera qualifiée de causale au regard du dommage.

En droit français, il est classique d’affirmer que la jurisprudence n’a opté ni pour le système de la causalité adéquate, ni pour celui de l’équivalence des conditions. Comme le soulignent Mme Viney et M. Jourdain, les deux théories apparaissent complémentaires en ce qu’elles contribuent à exiger « une condition nécessaire » et une « probabilité objective »⁴. Or ces deux critères permettent d’achever le travail entrepris afin de déterminer si le comportement de l’auteur est fautif : « Le reste, qui peut venir ensuite dans l’ordre des opérations intellectuelles auxquelles le juge doit se livrer, relève de la constatation purement matérielle du dommage allégué et de la vérification que celui-ci est bien, dans les faits de la cause, la conséquence nécessaire de la faute », ce qui constituera la règle de fond en matière de causalité ; la probabilité

¹ Cour de cassation belge, 11 octobre 1989, RGAR, 1992, n°12007, note Glansdorff F.

² X. Dieux, *op. cit.* p. 182.

³ X. Dieux, *op. cit.* p. 182-183.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 194.

objective jouera quant à elle en matière probatoire dans les domaines où la démonstration de la prétention est impossible ou fort délicate¹.

196. Les termes d'une autonomisation des attentes légitimes d'autrui. Dans la perspective d'une objectivation de la responsabilité civile au profit de l'institution d'un principe fondateur de celle-ci, il est opportun de mettre en exergue les efforts produits par la Cour de cassation pour réduire, autant que faire se peut, la dimension subjective de la faute. En France, ce mouvement s'exprime parfaitement au travers de la jurisprudence sur la responsabilité civile délictuelle de l'infans². On sait que par les arrêts d'assemblée plénière du 9 mai 1984³, la Cour a abandonné le critère du discernement pour déterminer si une faute était imputable à une personne, aidée en cela, il est vrai, par la loi du 3 janvier 1968 prévoyant la possibilité d'engager la responsabilité civile des déficients mentaux⁴.

En favorisant cette évolution, la Cour a contribué à distinguer faute et culpabilité : or, ce faisant, elle développe une conception contraignante de la responsabilité civile en imposant « à chacun de réfréner sa liberté d'action pour éviter de porter atteinte aux intérêts d'autrui, dès lors qu'ils sont jugés dignes de protection, et c'est parce qu'il sera coupable d'avoir enfreint ce devoir, que celui dont le comportement aura été, dans ce sens objectif, jugé contraire à la bonne foi, sera sanctionné »⁵. Pour que la responsabilité civile soit engagée, il suffit de démontrer que la conduite de la personne ne concorde pas avec le droit objectif, qu'il soit écrit ou non, et, en cela, ne répond pas aux attentes dont ce dernier assure la protection dans la mesure où ces attentes sont raisonnables et normales, légitimes.

L'on peut observer que cette évolution dans la conception de la faute, et par ricochet de la responsabilité civile, se retrouve pareillement dans l'appréhension judiciaire des causes d'irresponsabilité. Elles sont appréciées *in abstracto*, dans la mesure où le juge tâche de déterminer si un homme normalement prudent et raisonnable, placé dans les mêmes

¹ Voir G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 223 et s. et précisément p. 229 et s. pour la matière médicale.

² Malheureusement consacrée aux dépens de l'*infans* victime : voir note suivante.

³ Cass., ass. plén., 9 mai 1984 (arrêts Lemaire et Derguini) : Bull. civ. n° 2 et 3 ; R., p. 104 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 186 ; D. 1984. 525, concl. Cabannes, note Chabas ; JCP 1984. II. 20256, note Jourdain ; RTD civ. 1984. 508, obs. J. Huet. - R. Legeais, Defrénois 1985. 557. - H. Mazeaud, D. 1985. Chron. 13. Viney, JCP 1985. I. 3189. Ainsi, les juges du fond ne sont pas tenus de vérifier si un mineur est capable de discerner les conséquences de son acte pour caractériser une faute commise par lui (à l'égard d'un tiers) : Civ. 2^{ème} 12 déc. 1984 : Bull. civ. II, n° 193 ; RTD civ. 1986. 120, obs. J. Huet. Enfin, la faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte : Civ. 2e, 28 fév. 1996 : D. 1996. 602, note Duquesne ; *ibid.* 1997. Somm. 28, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 1997. 1. 86, note Jacques ; JCP 1996. I. 3985, n° 14, obs. Viney ; RTD civ. 1996. 628, obs. Jourdain ; 19 févr. 1997 : Bull. civ. II, n° 54.

⁴ Art. 489-2 code civil (art. 414-3 C. civ. au 1^{er} janv. 2009, loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007) : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ».

⁵ X. Dieux, *op. cit.* p. 30-31.

circonstances de fait, aurait pu prévoir et résister à la circonstance de fait invoquée comme fait justificatif.

Ainsi, la responsabilité civile délictuelle, dans son approche classique, n’épuise par l’intégralité de la problématique notamment au regard de ce qui fonde les articles 1382 et 1383 du code civil. En réalité, « le principe général dont elle n’est qu’une illustration possède une dimension véritablement autonome »¹. Certaines validations de responsabilité autonome au regard de la responsabilité délictuelle permettent indubitablement d’affirmer et de se convaincre qu’il existe bien une prémisse à ces constructions.

Section 2 - Les validations autonomes au regard de la responsabilité civile délictuelle

197. Délimitation en matière extra-contractuelle. En partant de l’idée que les articles 1382 et 1383 du code civil ne sont qu’une application particulière, fondée sur la culpabilité, du principe général de responsabilité exigeant que l’on ne porte pas atteinte aux attentes légitimes d’autrui, doivent exister en droit positif d’autres validations de cette prémisse, autonomes au regard de la responsabilité civile délictuelle. C’est semble-t-il le cas en ce qui concerne les troubles anormaux (§1), tant en ce qui concerne le voisinage que « l’image des biens », l’apparence (§2), la responsabilité du fait des produits défectueux (§3) et, dans une certaine mesure en droit conventionnel, l’espérance légitime (§4).

Restent alors à l’écart de cette conception de la responsabilité les principes de précaution et la responsabilité du fait d’autrui. Le fait que cette dernière échappe à la théorie des anticipations légitimes d’autrui peut étonner, autrui semblant être le dénominateur commun. Or, le développement de cette responsabilité objective² ne semble pas partager le socle originel de la responsabilité civile. En permettant à une victime d’engager la responsabilité d’une personne ayant pour mission d’organiser, de diriger et de contrôler l’activité de l’auteur du préjudice³, l’on

¹ X. Dieux, op. cit. p. 192.

² Cass., ass. plén., 29 mars 1991, “Blieck” : Bull. civ. n° 1 ; R., p. 351 ; GAJC, 11e éd., n° 218-219 (I) ; D. 1991. 324, note Larroumet ; JCP 1991. II. 21673, concl. Dontenwille, note Ghestin ; Gaz. Pal. 1992. 2. 513, note Chabas ; Defrénois 1991. 729, obs. Aubert ; RTD civ. 1991. 312, obs. Hauser, et 541, obs. Jourdain. Viney, D. 1991. Chron. 157.

³ Cass., ass. plén., 29 juin 2007 : R., p. 438 ; Bull. civ., n° 7 ; BICC 1er oct. 2007, rapp. Pascal, avis Duplat ; D. 2007. 2455 ; ibid. Chron. 2408 par étude François ; ibid. AJ. 1957, obs. Gallmeister ; ibid. Pan. 2903, obs. Brun ; JCP 2007. II. 10150, note Marmayou ; JCP E 2007. 2198, note Radé ; RLDC 2007/42, n° 2690, note Mekki ; Gaz. Pal. 7-8 nov. 2007, note Polère ; RCA 2007. Étude 17, par Hocquet-Berg ; LPA 13 sept. 2007, note Brusorio-Aillaud ; ibid.

ne détermine pas, en réalité, un responsable mais un garant. La responsabilité participe de l'idée selon laquelle autrui peut raisonnablement s'attendre à ce que la violation d'un des ses intérêts légitimes soit sanctionnée par le droit. Or, garantir l'indemnisation en faisant passer l'obligation à réparation de l'auteur à une personne qui présente des gages de solvabilité plus solides ne s'inscrit pas dans la même logique. Si l'on peut soutenir que l'attente légitime à ce qu'une responsabilité soit mise en œuvre s'entend, parallèlement, d'une légitime expectative à ce que la réparation soit effective, l'on ne peut prétendre au nom d'autrui à ce que la contribution à la dette passe sur la tête de celui qui organise, dirige et contrôle l'activité du responsable. Si cette construction se comprend au regard du souci d'être effectivement indemnisé, elle ne saurait être fondée sur l'idée que respect est dû à l'anticipation légitime d'autrui¹.

Quant au principe de précaution², en raison du flou de ses contours, il ne peut se concilier avec une théorie fondée sur la prévisibilité d'une expectative. A dire vrai, il semble même heurter l'idée même de responsabilité. L'on a pu soutenir que la raison pour laquelle autrui peut légitimement s'attendre à ce que la lésion d'un de ses intérêts soit sanctionnée par une obligation à réparation, réside dans le fait que l'auteur avait le choix de causer ou non le préjudice. La responsabilité entretient des rapports plus qu'étroits avec la liberté ; elle est classiquement présentée comme son pendant légitime. Or, le principe de précaution repose sur une idée contraire : si le risque redouté n'est pas avéré mais simplement potentiel, il semble douteux de vouloir faire naître une responsabilité d'une telle hypothèse. En permettant d'engager la responsabilité de ceux qui agissent, qui prennent des initiatives au motif qu'il n'est pas démontré que leur activité est parfaitement sûre bien que rien ne démontre le contraire, l'on déforme la liberté supposant la responsabilité en exigeant l'abstention. L'on ne peut soutenir qu'autrui

24 sept. 2007, note J. Mouly ; ibid. 25 oct. 2007, note Breluque ; ibid. 7 janv. 2008, obs. Vignon-Barrault ; RTD civ. 2007. 782, obs. Jourdain.

Sur la réception de la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui par l'avant projet de réforme du code civil, v. Ph. le Tourneau et J. Julien, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil », in *Liber amicorum - Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 579

¹ Depuis le 29 mars 1991, la victime peut néanmoins s'attendre raisonnablement à ce que ce mécanisme s'applique. La mise en jeu de cette « responsabilité » du fait d'autrui se doit de garantir un préjudice survenant dans les conditions posées par la jurisprudence. Toutefois, ce n'est pas l'anticipation légitime d'autrui qui fonde cette garantie, elle ne fait aujourd'hui qu'en permettre une mise en œuvre prévisible. La cause première de cette garantie ne réside pas dans l'attente d'autrui mais dans le souci que les juges ont eu à ce que le préjudice soit effectivement réparé.

² V. notamment Dossier « Le principe de précaution » au Recueil Dalloz du 7 juin 2007 : C.Noiville, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *D.* 2007, p. 1515 ; F. Ewald, « La construction du régime juridique du principe de précaution », p. 1548 ; G. Brückner, « Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé », ibidem p. 1546 ; A. Rouyère, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », ibidem p. 1537 ; G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », p. 1542. Adde C. Lepage, « Pourquoi le principe de précaution est-il remis en cause ? », *Gaz. Pal.*, 21 déc. 2007, n° 355, p. 3 ; A. Schneider, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2008, n° 137, p. 4 -Et D. Roets, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* p. 251.

dispose d'un intérêt légitime à ce que toute activité soit parfaitement et idéalement sécurisée sauf à interdire toute technologie : autrui dispose néanmoins du droit à demander des comptes en cas de survenance du dommage. Le législateur européen comme français ne s'y est d'ailleurs pas trompé puisque la loi du 19 mai 1998 transposant la directive CEE n° 85-374 du 25 juillet 1985 écarte désormais la responsabilité du fabricant s'il prouve que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut »¹. Le juge pénal l'a suivi sur cette voie en refusant de voir un état de nécessité dans la situation des faucheurs d'OGM² ; si le juge civil l'a longtemps suivi au regard du vaccin contre l'hépatite B et de ses incidences sur le développement de scléroses en plaques³, la première chambre civile⁴ vient d'abandonner cette perspective en décidant que « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ». Le fait que la Charte de l'environnement⁵ consacre expressément le principe de précaution en son article 5⁶ ne doit pas

¹ Art. 1386-11, 4°, C. civ. V. infra n° 212.

² Crim. 19 nov. 2002 : D. 2003. 1315, note Mayer ; Crim. 7 févr. 2007 : D. 2007. 573, obs. Darsonville et 1310, note Feldman ; ibid. 2007. Pan. 2636, obs. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2007. 133, obs. Saas ; JCP 2007. II. 10059, note Trébulle.

³ Cass. 2^{ème} civ. 23 sept. 2003 : Des constatations faites par les juges du fond, il résultait que « le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis » et « qu'en ne tirant pas les conséquences légales de ces constatations, la cour d'appel avait violé les textes applicables », à savoir les articles 1147 et 1382 du code civil interprétés à la lumière de la directive du 25 juillet 1985 (Bull. civ. II, n° 188 ; D. 2004. Jur. 898, note Serinet et Mislawski, et Somm. 1344, obs. Mazeaud ; RCA 2003. chron. 28, par C. Radé ; JCP 2004. I. 101, n° 23, obs. Viney ; JCP 2003. II. 10179, note Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; RTD civ. 2004. 101, obs. Jourdain).

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2008 : « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ; D'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si les éléments de preuve, qui lui étaient soumis par M. X..., constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (arrêts, n° 05.20317, 06.10967 v. également n° 06.14952 ; 05.10593 et 06.18848 : D. 2008. AJ. 1544, obs. I. Gallmeister ; ibid. . 1935, obs. Sargos ; RDSS 2008. 578, obs. J. Peigné ; Resp. civ. et assur. 2008, étude 8 par C. Radé ; JCP G 2008, II, 10131, note L. Grynbaum ; ibidem I, 186, p. 23 et s., obs. Ph. Stoffel-Munck). Le Conseil d'Etat avait déjà soutenu que la vaccination était à la source de la maladie : CE 9 mars 2007, req. 267635, 278665, AJDA 2007. 861 ; D. 2007. Jur. 2204, note L. Neyret ; RDSS 2007. 543, obs. D. Cristol.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°51 du 2 mars 2005 page 3697. V. N. Chahid-Nourai, « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA* 2005, n° 21, p. 1175 ; B. Mathieu, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », ibid. p. 1170 ; C. Cans, « La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement ? », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 131, p. 194 ; Ch. Huglo, « Où en est-on un an après la Charte de l'Environnement ? », *Environnement*, 2006, n° 4, p. 1 ; N. Hutin, M.-A. Cohendet, « La charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal », *Revue juridique de l'environnement*, 2007, n° 3, p. 277

⁶ Article 5 : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». V. L. Fonbaustier, « Incertains lueurs concernant l'article 5 de la Charte », *Environnement*, 2006, n° 12, p. 9.

faire perdre de vue que la cause première de ce principe ne réside pas dans l'anticipation légitime d'autrui à ce qu'un acteur économique démontre l'absolue innocuité de son produit ou de son activité¹. Ce principe repose sur l'idée selon laquelle, dans certains domaines, les risques éventuels sont suffisamment graves pour que l'Etat décide, au nom de l'intérêt général, de suspendre, le cas échéant, l'activité litigieuse.

§ 1 – Les troubles anormaux : définition à l'aune de l'expectative d'autrui

198. Le trouble anormal de voisinage, une construction sans fondement ? Le fait que les relations de voisinage soient souvent à l'origine de désagréments semble inéluctable. Il n'est dès lors pas étonnant que la plupart des Etats aient introduit dans leur ordre juridique une responsabilité spécifique autorisant les victimes de troubles de voisinage à obtenir réparation de leur préjudice soit sur la base d'une disposition légale expresse, soit sur le fondement d'une construction prétorienne². En France, c'est la Cour de cassation qui, très tôt, a admis le principe d'une telle responsabilité : ainsi le 27 novembre 1844, une décision de la chambre civile cassait, au visa des articles 544 et 1382 du code civil, un arrêt d'appel ayant retenu la responsabilité du propriétaire d'une fabrique pour n'avoir pas déclaré que le bruit qui en provenait « fût, d'une manière continue, porté à un degré qui excédât la mesure des obligations de voisinage »³. L'origine de cette responsabilité, dont le fondement a longuement évolué en jurisprudence, donna lieu à de nombreuses études en raison de l'originalité de sa construction. En doctrine, cette théorie fut ainsi successivement rattachée à la faute⁴, à la théorie de l'*immissio*⁵, ou encore à la responsabilité objective fondée sur le risque⁶. De nos jours, l'on s'accorde à soutenir que « les auteurs modernes ne s'attachent plus à attribuer un fondement précis à cette responsabilité spéciale. Ils se contentent bien souvent d'observer qu'elle est engagée en l'absence de toute faute du responsable et estiment qu'elle représente un cas de responsabilité objective et autonome

¹ La cause finale restant bien évidemment d'assurer la sécurité d'un autrui généralisé, l'ensemble des citoyens vivants et à venir.

² La protection du voisinage et de l'environnement, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1976. Journées françaises de Paris et Bordeaux t. XXVII, Dalloz, 1979.

³ Cass. civ. 27 nov. 1844, S. 1844, 1, p. 211.

⁴ H. Capitant, « Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage aux voisins », *Rev. Crit. Lég. et jur.*, 1900, p. 236 et s.

⁵ Théorie que l'on retrouve chez Ulpien (livre 17 sur l'Edit, D. 8, 5, 8, 5) dans un passage de Pothier (*Traité du contrat de société*, n°235) et ayant recueilli le plus grand nombre d'agrément (v. G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 1203) : l'empiètement sur le fonds du voisin par le trouble serait la cause de cette responsabilité dès lors que la gêne qui en résulte dépasse les inconvénients ordinaires du voisinage. V. P. Villien, « Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière », *Rapport Cour de cassation 1999*, p. 269 et *RD imm.* juill./sept. 2000 p. 275-278.

⁶ G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix, 1902.

subordonnée à la seule constatation d’un trouble anormal de voisinage »¹. Il semble alors nécessaire de voir comment la jurisprudence a tenté de leur donner raison.

199. La variété des fondements retenus par la jurisprudence. Pendant longtemps, les tribunaux se sont référés, de manière plus ou moins explicite, à la faute de l’auteur pour le condamner à réparer les dommages causés à ses voisins. Ainsi, lorsque le propriétaire ne sortait pas matériellement des limites de son fonds, sa responsabilité ne pouvait être engagée qu’en cas d’usage abusif du droit de propriété ou lorsque l’on pouvait établir une faute en son chef². L’on n’avait recours à la théorie des troubles anormaux de voisinage qu’en cas d’*immissio*, de pénétration chez le voisin : il était admis que la faute résultait du simple dépassement de la mesure des obligations ordinaires du voisinage³. La faute était alors virtuelle puisqu’elle ne pouvait exister qu’à partir du moment où l’on admettait une obligation préexistante de ne pas causer à son voisin de dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage. Or, « l’attitude de la Cour de cassation qui, faute de mieux, visait dans ses arrêts l’article 1382 du code civil, entretenait une confusion regrettable en laissant entendre que la responsabilité de l’auteur du trouble était fondée sur la faute, alors que bien souvent celle-ci était introuvable »⁴. A la fin des années 1960, la jurisprudence a alors évolué en admettant que les troubles anormaux de voisinage pouvaient être indemnisés en dehors de toute faute prouvée et indépendamment d’*immissio*⁵. Les arrêts ont toutefois continué à viser l’article 1382 et à mentionner « l’obligation de ne causer à la propriété d’autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage » ; il n’en demeurait pas moins acquis qu’il s’agissait d’une responsabilité sans faute. Perfectionnant ses affirmations, la Cour a alors rapidement abandonné toute référence à l’article 1382 en affirmant que « la victime n’a pas à caractériser la faute » de l’auteur du trouble⁶. Désormais, la mise en œuvre de la responsabilité est subordonnée à la simple constatation d’un préjudice excessif ou d’un trouble anormal⁷. De plus, au visa de l’article 1382 du code civil, a été

¹ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 1204-1205.

² Par exemple : Req. 10 juin 1902, DP 1902, 1 p. 454 ; Req. 3 août 1915 « Clément Bayard », D. 1917, 1, p. 39.

³ Req. 3 janv. 1887, DP, 1888, 1 p. 39.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 1205.

⁵ Civ. 3^{ème}, 4 févr. 1971 (deux arrêts) : Bull. civ. III, n° 78 et 80 ; R. 1970-1971, p. 46 ; GAJC, 11e éd., n° 74-75 (II) ; JCP 1971. II. 16781.

⁶ Civ. 1^{ère} 23 mars 1982, D. 1983, IR p. 18 obs. A. Robert ; Civ. 3^{ème} 21 juill. 1999 : Bull. civ. III, n° 182 ; D. 1999. IR. 228 ; RCA 1999. Chron. 23, par Groutel (3^{ème} esp.) ; RD imm. 1999. 656, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2000. 120, obs. Jourdain.

⁷ Civ. 3^{ème} 24 oct. 1990 : Bull. civ. III, n° 205 ; Civ. 2^{ème}, 17 févr. 1993 : Bull. civ. II, n° 68 ; Civ. 2^{ème}, 31 mai 2000 : Bull. civ. II, n° 94 ; D. 2000. IR. 171 ; JCP 2000. I. 265, n° 6, obs. Périnet-Marquet ; Defrénois 2001. 607, étude Archer ; RD imm. 2000. 527, obs. Bruschi.

substitué le principe général du droit selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »¹.

200. Recherche d'un fondement satisfaisant. Dans la mesure où la théorie des troubles anormaux du voisinage a été détachée de la notion de faute et qu'elle s'applique entre personnes qui ne sont pas obligatoirement propriétaires², le fondement de cette construction doit être recherché en dehors des articles 1382, 1383 et 544 du code civil. En Belgique, en raison d'une jurisprudence y faisant expressément référence³, il a été proposé de rattacher cette construction à l'égalité formelle entre propriétaires voisins : l'égalité en droits que chacun retire de la propriété au sens de l'article 544 du code civil. Mais une fois de plus, si cette approche peut être défendue lorsqu'il s'agit de propriétaires, elle est impuissante à expliquer comment la protection s'étend à des individus ne bénéficiant que de droits personnels sur leur habitation.

Pour résoudre cette problématique, l'on peut observer qu'il ne peut s'agir « au départ, que d'un intérêt auquel le droit objectif accorde sa protection et qui, parce qu'il est naturellement permis de compter sur celle-ci (d'en anticiper le bénéfice, en d'autres mots), se transforme en expectative juridiquement opposable à autrui »⁴. Cela est envisageable dans la mesure où « le voisinage, situation originellement de pur fait génératrice d'intérêts concurrents, est apte à devenir un milieu juridique [...], à susciter une reconnaissance du droit objectif »⁵. Puisque chaque voisin, en dehors de la nature du droit qu'il exerce sur ledit bien, se trouve dans une position équivalente, dans une situation d'égalité s'ouvre alors une perspective de réciprocité entre les voisins. Il faut alors recourir à la notion d'équilibre pour expliquer en quoi certains désordres peuvent être qualifiés d'anormaux alors que d'autres demeureront normaux. Mme Viney et M. Jourdain soulignent : « on a également relevé une seconde originalité du trouble tenant au fait qu'il n'est insupportable qu'au-delà d'une certaine limite et est donc susceptible d'être supporté en deçà »⁶, d'où la nécessité, pour la jurisprudence, de recourir au triptyque continuité/répétitivité/durabilité⁷ pour qualifier le trouble¹.

¹ Civ. 2^{ème} 19 novembre 1986, Bull. civ. II n° 172 ; Civ. 2^{ème}, 28 juin 1995 : Bull. civ. II, n° 222 ; R., p. 320 ; D. 1996. Somm. 59, obs. A. Robert ; Defrénois 1995. 1412, obs. Aubert ; RTD civ. 1996. 179, obs. Jourdain ; RD imm. 1996. 175, obs. Bergel.

² Civ. 2e, 17 mars 2005 : Bull. civ. II, n° 73 ; D. 2005. Pan. 2357, obs. Reboul-Maupin ; RD imm. 2005. 197, note Trébulle : « Le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble du voisinage s'applique à tous les occupants d'un immeuble en copropriété, quel que soit leur titre d'occupation ». Déjà antérieurement : Cass. Soc. 9 juillet 1954, D. 1954, p. 683.

³ Cour de cassation belge 6 avril 1960, Pas. 1960, I, 915.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 197-198.

⁵ X. Dieux, op. cit. p. 198.

⁶ G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 1212.

⁷ Idem.

Par ce détour, il est aisé d'établir un parallèle entre cette nécessaire recherche d'un équilibre et les critères du raisonnable et du sens commun. Si le fondement de la responsabilité délictuelle réside dans l'attente² qu'une personne se prétend en droit de nourrir à l'égard d'une autre, la logique devrait être la même à l'égard de la théorie des troubles de voisinage puisqu'elle règle, elle aussi, un problème de responsabilité³.

Néanmoins, à la différence de la responsabilité délictuelle, la responsabilité en raison d'un trouble anormal de voisinage est engagée en dehors de toute faute : « dans cette mesure, respect est dû, en droit, directement et de manière autonome, aux attentes ou anticipations, légitimes parce que raisonnables et normales, que génère entre voisins le fait du voisinage »⁴. C'est bien car le voisinage suppose un équilibre entre droits et devoirs de chacun qu'autrui peut prétendre à réparation des préjudices dont il pourrait souffrir à raison de troubles anormaux en ce qu'ils portent atteinte à cet équilibre. L'anticipation légitime d'autrui à l'endroit d'un milieu équilibré en droit comme l'est le voisinage fonde ainsi cette responsabilité.

Cette construction originale a été récemment étendue à la protection de l'image des biens.

201. L'extension du trouble anormal à « l'image d'un bien ». Si les troubles anormaux se trouvaient cantonnés jusqu'à peu au domaine des relations de voisinage, depuis un arrêt d'assemblée plénière du 7 mai 2004, ils ont été étendus à la protection de l'image d'un bien. Il

¹ Ont été jugés par exemple comme excessifs : la diminution de l'ensoleillement et de la lumière (Civ. 3^{ème}, 18 juillet 1972, DS 1974. 73), la diminution de la vue sur un paysage (Civ. 3^{ème}, 3 novembre 1977, GP 1978. Somm. 21, DS 1978.434 ; les dommages matériels subis par des maisons voisines consécutifs à la construction ou à la démolition d'un ouvrage (Civ. 2^{ème}, 2 décembre 1982, DS.1983. IR.371 ; Civ. 3^e, 24 janvier 1973, JCP 1973.IV.95), les émanations d'odeurs ou de fumées polluantes (Civ. 3^{ème}, 23 février 1982, GP 1982. 2. Pan.225 ; Civ. 2^{ème}, 16 mai 1994, Bull. civ. II n° 131) ; les bruits et vibrations provoqués par des travaux entrepris sur le fonds voisin (Civ. 2^{ème}, 19 février 1992, Bull. civ. II n° 60) ; les aboiements incessants d'un chien pendant des années (Civ. 2^{ème}, 14 juin 1967, DS 1967. 674) ; les désordres provoqués par des arbres plantés à 2m20 de la ligne séparative, c'est-à-dire pourtant à distance légale (Civ. 3^{ème}, 4 janvier 1990, GP 1990, Somm. 76).

La jurisprudence est désormais de plus en plus large dans l'accueil des prétentions en la matière : constitue un trouble anormal le préjudice lié à une transformation de l'environnement résultant d'une carrière. dès lors que la maison de la victime était située en pleine campagne et avait une vocation de résidence secondaire (Cass. 2^{ème} civ. 29 nov. 1995 n° 93.18036).

Les troubles anormaux peuvent aussi bien consister en des nuisances sonores malgré la dominante industrielle du site : Cass. 2^{ème} Civ. 28 avril 1975 n° 74-10378 ; la dépréciation d'une habitation même inoccupée comme une résidence secondaire peut donner lieu à indemnisation du fait de l'installation d'une laiterie (Cass. 2^{ème} civ. 18 juin 1995 n° 93612) ; la présence d'un chantier à proximité d'un hôtel est constitutive de troubles anormaux (bruits importants causés par le fonctionnement de la grue, d'une pelleteuse, le déchargement de camions) lorsque ce chantier ouvert l'été dans une station balnéaire, entraîne une baisse des recettes de l'hôtel et une atteinte à son image (Com. 1er juin 1995, Coin cl SCI Plaza : Juris-Data n°049318). Même solution pour un hôtel de luxe situé dans une rue calme (CA Paris. 23^{ème} ch. A., 27 nov. 1996, SCI 39-41 rue Cambon c/ SOPAC Juris-Data n° 02321) - ou lorsque les travaux ont créé des nuisances sonores en dehors des heures prévues par l'arrêté du 28 juin 1984, créant une gêne insupportable avant 8 h et après 19 h et des troubles divers dus à l'absence de mesures de protection suffisantes du chantier (CA Paris, 7^{ème} ch.. 6 juill. 1994, Amaro c/ Amourou : Juris-Data n° 024104).

² Attente légitime bien que non supportée par un droit légalement préétabli.

³ V. X. Dieux, op. cit. p. 198-199.

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 199-200.

n'est toutefois pas inutile de rappeler la chronologie de la controverse relative au prétendu « droit à l'image des biens » afin de bien saisir la portée de cette jurisprudence.

En 1999, la Cour de Cassation rendit un arrêt diversement apprécié, et surtout critiqué, dans lequel elle condamna une société qui commercialisait sans autorisation l'image d'un célèbre café parisien sous forme de cartes postales¹. En posant comme principe que « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien », et que « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire », la Cour sembla accorder un blanc-seing aux propriétaires désireux d'obtenir la condamnation de toute exploitation de l'image de leur bien sans leur autorisation. Un an plus tard, la haute juridiction précisa donc le champ d'application de ce monopole d'exploitation reconnu au propriétaire sur l'image de son bien, en exigeant que l'immeuble photographié soit le sujet principal de la photo². Certains reprochèrent alors à la Cour d'assimiler le droit de propriété au monopole d'exploitation de l'auteur sur sa création³ ; or, le premier concurrencerait anormalement le droit exclusif de l'auteur d'autoriser ou non l'exploitation de son œuvre. De surcroît, une fois la durée légale des droits d'auteur épuisée⁴, subsistait le droit du propriétaire sur l'image du bien.

Dès lors, certains auteurs virent dans l'arrêt rendu en mai 2001 par la première chambre civile de la Cour un coup d'arrêt à cette interprétation extensive du droit du propriétaire sur l'image de son bien⁵. Dans cette espèce, une société civile immobilière reprochait au Comité Régional de Tourisme de Bretagne (CRT) d'avoir diffusé, sous forme de campagne d'affichage et sans son autorisation, une photo représentant un paysage avec en premier plan un îlot dont elle était propriétaire. Les juges du fond avaient condamné le CRT de Bretagne sans prendre la peine de préciser en quoi l'exploitation de ladite photographie aurait porté un trouble certain au droit de jouissance du propriétaire. La Cour précisa « qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un

¹ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999 « Gondrée-Pritchett » : Bull. civ. I, n° 87 ; R., p. 390 ; GAJC, 11^e éd., n° 63 ; D. 1999. 319, concl. Sainte-Rose, note Agostini ; D. 1999. Somm. 247, obs. Durrande ; D. 2000. Somm. 281, obs. Tournafond ; JCP 1999. II. 10078, note Gautier ; ibid. I. 175, n° 2, obs. Périnet-Marquet ; JCP E 1999. 819, note Serna ; ibid. 1482, obs. Chevet ; Defrénois 1999. 897, étude Caron ; LPA 24 févr. 2000, note Meralli et Bosse ; RTD civ. 1999. 859, obs. Zenati.

² Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000 : « La commercialisation de cartes postales représentant, comme sujet principal, la péniche dont une personne est propriétaire cause à celle-ci un trouble manifestement illicite ». Bull. civ. I, n° 24 ; D. 2000. IR. 61 ; JCP 2001. II. 10554, note Tenenbaum ; LPA 24 nov. 2000, note Le Bars ; RTD civ. 2001. 618, obs. Revet.

³ Article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁴ 70 ans après la disparition de l'auteur.

⁵ Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001 : Bull. civ. I, n° 114 ; R., p. 419 ; D. 2001. 1973, note Gridel ; JCP 2001. II. 10553, note Caron ; JCP E 2001. 1386, note Serna ; Defrénois 2002. 329, note S. Piedelièvre ; LPA 21 juin 2001, note Charbonneau ; ibid. 20 juill. 2001, note Derieux ; ibid. 22 août 2001, note Bruguière ; Gaz. Pal. 2001. 788, note Pansier ; ibid. Somm. 2079, obs. Vray et alii ; RD imm. 2001. 358, obs. Bruschi ; RTD civ. 2001. 618, obs. Revet.

trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Suite à cet arrêt, les tribunaux se mirent à exiger un trouble certain et consécutif à la diffusion de la photo, pour que le propriétaire puisse en interdire l’exploitation. Cependant, la notion de trouble certain n’est pas un critère facile à appréhender, par conséquent, il ne garantit pas une sécurité juridique satisfaisante tant du point de vue de l’annonceur que du propriétaire. Consciente de ces imperfections, la Cour, en son assemblée plénière rendit le 7 mai 2004 un arrêt, qui, sans aucune référence au droit de propriété privée, précise désormais les contours de ce trouble.

La Cour de cassation, a ainsi affirmé que « le propriétaire d’une chose ne dispose pas d’un droit exclusif sur l’image de celle-ci ; il peut toutefois s’opposer à l’utilisation de cette image par un tiers lorsqu’elle lui cause un trouble anormal »¹. Il faut observer que le contenu du trouble anormal n’a pas été défini par l’arrêt de 2004.

Dès lors, toute exploitation de l’image du bien d’autrui n’est pas en soi illicite, mais pourrait être interdite et ouvrir droit à des dommages et intérêts si par cette exploitation la publicité génère un trouble anormal pour le propriétaire. Ainsi la charge de la preuve est inversée² par rapport à la jurisprudence antérieure³ : il incombe au propriétaire de démontrer que la forme ou les particularités de l’exploitation de l’image de son bien caractérisent le trouble anormal.

202. Appréciation : analyse à l’aune d’autrui. Si plusieurs auteurs s’accordent pour voir dans l’arrêt de 2001 et dans celui de 2004 des revirements de jurisprudence eu égard au précédent de 1999, il semble possible de soutenir une autre appréciation de cette évolution. L’on peut en effet voir dans ces différentes jurisprudences la construction progressive de la décision rendue en assemblée plénière en mai 2004. Il ressort de l’arrêt rendu le 10 mars 1999 que, titulaire d’un droit réel sur son bien, le propriétaire peut s’opposer à l’exploitation lucrative de

¹ Cass., ass. plén., 7 mai 2004 : Bull. civ. n° 10 ; R., p. 201 et 344 ; BICC 15 juill. 2004, rapp. Collomp, concl. Sainte-Rose ; D. 2004. 1545, note Bruguière et note Dreyer ; ibid. Somm. 2406, obs. Reboul-Maupin ; JCP 2004. II. 10085, note Caron ; ibid. I. 147, n° 12, obs. Tricoire ; ibid. I. 163, n° 24 s., obs. Viney ; ibid. I. 171, n° 1, obs. Périnet-Marquet ; Gaz. Pal. 2005. 1256, note Tellier-Loniewski et Revel de Lambert ; Defrénois 2004. 1554, note S. Piedelièvre et Tenenbaum ; Dr. et patr., juill.-août 2004, p. 34, étude Revet ; LPA 10 janv. 2005, concl. Sainte-Rose ; Comm. com. élec. 2004. Etude 35, par Siiriainen ; Cah. dr. entr. 2004, n° 6, étude Roman ; RD imm. 2004. 437, obs. Gavin-Millan-Oosterlynck ; RTD civ. 2004. 528, obs. Revet. - V. Ch. Atias, « Les biens en propre et au figuré, destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », D. 2004. 1459.

² Déjà exigeant la preuve d'un trouble certain porté au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire : Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001 : précit.

³ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, précit.

cette image. Or, il est intéressant de remarquer que jamais dans cet arrêt, la Cour n'emploie l'expression « droit à l'image d'un bien ».

Prenant conscience que la formule semble quelque peu absolue, la Cour précise dès 2001 que la possibilité de s'opposer à l'exploitation de l'image d'un bien dépend de la démonstration d'un trouble certain à ses droits d'usage ou de jouissance : le droit du propriétaire porte « non pas sur l'image du bien mais sur le bien lui-même et la question étant seulement de savoir si le droit dont le propriétaire est titulaire sur son bien l'autorisait ou non à contrôler la reproduction de ce bien par l'image »¹. Comme le rappelle M. l'avocat général Sainte-Rose dans ses conclusions sous l'arrêt d'assemblée plénière du 7 mai 2004, « le droit de propriété dont les potentialités sont considérables sinon infinies englobe le bien dans toutes ses dimensions y compris son image »². Or, « soucieuse de la nécessité de préserver les droits légitimes des propriétaires, la Cour de cassation, dans sa formation plénière, s'est attachée à rechercher le critère susceptible d'assurer le juste équilibre entre ces différents intérêts »³.

La Cour de cassation a désiré abandonner la référence au terme d'exploitation dans la mesure où il était légitime de se demander si, dans l'arrêt de 1999, l'utilisation par une structure régionale d'une image pour promouvoir les mérites et attraits de la collectivité territoriale, pouvait s'analyser en une exploitation commerciale. La Cour a préféré, dès 2001, recourir au concept de trouble. Comme le confirme la Cour dans son rapport annuel : « si le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, il peut toutefois (mais seulement) s'opposer à son utilisation par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal, celui-ci devant s'entendre au sens du droit des biens, comme étant caractérisé dès lors qu'il y a atteinte à un droit individuel, c'est à dire, dans le cas considéré, dès qu'il y aura utilisation de l'image d'un bien impliquant une contradiction, une contestation, une atteinte intolérable au droit du propriétaire et ce trouble étant constitué indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de son auteur »⁴.

L'idée sous-jacente dans ce contrôle *a posteriori* réside dans le constat que l'évaluation de l'anormalité du trouble fait l'objet d'une appréciation casuistique. Les juges pourraient cependant

¹ Rapport de la Cour de cassation 2004 - Troisième partie : La jurisprudence de la Cour - Les activités économiques, commerciales et financières - Droit de propriété.

² J. Sainte-Rose, Conclusions précit. sous AP 7 mai 2004, II-A.

³ Rapport de la Cour de cassation 2004, loc. cit.

⁴ A l'idée selon laquelle, « face à des tiers qui n'invoquent aucune liberté publique et ne justifient d'aucun droit sur sa chose, le propriétaire d'un bien exploitable par son image n'a pas à entrer dans le jeu de l'article 1382 du code civil dont les conditions d'application rendent difficile sinon impossible la défense de ses intérêts matériels, spécialement quand il n'exploite pas lui-même, soit qu'il n'y pense pas, soit qu'il s'y refuse », la Cour répond en précisant que le trouble doit être anormal : l'atteinte portée à la jouissance d'autrui sur le bien, attribut du droit de propriété, doit être qualifiée d'anormale dans la mesure où il apparaît nécessaire de faire de la propriété un droit non absolu afin de satisfaire les différents intérêts en présence.

reprendre les trois caractéristiques du trouble anormal de voisinage : la gravité, la répétitivité et la permanence des troubles pour caractériser l’anormalité d’un trouble sur l’image d’un bien. De la sorte l’on en reviendrait inexorablement à appréhender le trouble au regard de l’attente légitime de son propriétaire comme on le fait en matière de troubles anormaux de voisinage. C’est à l’aune de l’altérité en ses raisonnables attentes que s’apprécierait la normalité du trouble engendré. Ici, l’on songe immédiatement à l’hypothèse dans laquelle la tranquillité du propriétaire du bien est remise en cause en raison de l’utilisation de l’image du bien. Ainsi, dans un arrêt du 5 juillet 2005, la Cour de cassation a considéré que le trouble anormal se concrétise par une perturbation de la tranquillité et de l’intimité du propriétaire du bien¹. C’est donc ici un retour au droit des personnes, notamment au droit au respect à la vie privée d’autrui. C’est en l’autre que se situe le curseur de la casuistique du trouble anormal. Fondant la responsabilité civile, l’anticipation légitime d’autrui détermine le seuil à partir duquel le trouble cesserait d’être normal².

Si cette construction consacre le principe du respect de l’anticipation légitime d’autrui en droit des biens, l’apparence, quant à elle, semble participer d’un même mouvement dans une dynamique plus générale.

§ 2 – L’apparence à l’aune d’autrui

203. En vertu de la maxime « *ex facto jus oritur* », l’on est en mesure de soutenir que le droit a l’obligation, dans une certaine mesure, de se soumettre au fait bien que sa vocation première soit de les modeler : le développement de l’apparence en droit civil en témoigne notamment³. Après avoir envisagé ce que recouvre ce concept en droit positif (A), il conviendra d’analyser les rapports que cette notion entretient avec la protection des attentes légitimes d’autrui (B).

¹ Ce qui constitue un aperçu de l’illustration concrète de l’atteinte à la tranquillité : Civ. 1ère, 5 juill. 2005 : Bull. civ. I, n° 297 ; D. 2005. IR. 2178 ; Gaz. Pal. 2005. 3473, note Daussy-Roman ; Comm. com. élec. 2005, n° 148, note Caron.

² Pour définir le trouble anormal, il conviendrait ainsi d’établir une distinction selon que le bien objet de l’image se situe dans un lieu à la vue de public ou non. L’utilisation de l’image d’un bien non accessible au public pourrait être un trouble anormal, une violation du droit d’autrui de se clore. De plus, il serait possible de fixer le seuil d’anormalité en fonction de la fréquence d’utilisation de l’image du bien (plus la fréquence est haute, plus la gêne est grande).

³ Voir notamment : J. Léauté, « Le mandat apparent », *RTD civ.* 1947 p. 288 ; A. Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, th. Caen, 1989.

A – L'apparence en droit positif

204. Acception. Lorsqu'un individu, sur le fondement d'une croyance erronée, accomplit un acte avec une personne qui n'avait pas le droit, ou le pouvoir, de l'accomplir, l'apparence peut permettre d'admettre la validité ou l'opposabilité de l'acte ainsi accompli, alors que selon le droit strict, cet acte serait nul. Aussi une personne est-elle victime d'une apparence, lorsqu'elle croit légitimement, mais à tort, que son cocontractant est investi des pouvoirs correspondant à l'opération envisagée. Selon le principe « *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* », l'opération devrait en principe être qualifiée de nulle. Une telle rigueur serait néanmoins considérée comme contraire à l'équité. En effet, les exigences de la vie en société imposent que l'on puisse accorder du crédit aux apparences légitimes ; cependant, il est également important de vérifier que chacun est bien titulaire des droits qu'il prétend transmettre : la divergence d'intérêts est patente.

Il convient de souligner que le code civil ne consacre pas de manière générale la théorie de l'apparence, seules existent des reconnaissances ponctuelles telles que la simulation aux articles 1321 et 1321-1 du code civil ou encore le mandat apparent. Néanmoins, la jurisprudence a eu recours plus largement à la théorie de l'apparence, non seulement en droit des biens et en droit des obligations, mais aussi en droit de la famille. La doctrine parvint néanmoins à assurer une assise juridique à ces constructions : Demogue affirmait ainsi qu'il convenait de privilégier la « sécurité juridique dynamique » sur « la sécurité statique », ceci afin de « préférer les acquéreurs de droits aux titulaires de droits »¹.

Face à la nécessité de la construction (1), l'on peut toutefois remarquer que cette théorie peut recouvrir un très vaste domaine, d'où l'égal besoin de l'encadrer de manière précise dans son expansion (2).

1 – La nécessité de l'apparence

205. Justification. Plusieurs textes attachent des conséquences juridiques à une situation apparente sans qu'une réelle théorie de l'apparence ne soit décrite dans un article. Ainsi, l'article 1240 du code civil dispose que « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé », même si, subséquent, on découvre qu'une autre personne était le véritable titulaire du droit.

¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit. p. 63 et s.

Pareillement, l'article 20 alinéa 3 du code civil dispose que l'établissement de la qualité de Français, postérieurement à la naissance, en dépit de son caractère rétroactif, « ne porte pas atteinte à la validité des actes antérieurement passés par l'intéressé, ni aux droits antérieurement acquis à des tiers sur le fondement de la nationalité apparente de l'enfant ». Enfin, les articles 2005, 2008 et 2009 du code civil disposent que la révocation ou l'extinction du mandat par lequel une personne était chargée d'agir pour autrui laisse subsister l'efficacité des actes du mandataire à l'égard des tiers qui ont ignoré la disparition de ses pouvoirs¹. Ces dispositions présentent la particularité commune d'attacher des effets juridiques à la croyance de ceux qui ont tiré des conclusions légitimes de l'observation d'une situation de fait apparente : ainsi les tiers de bonne foi échappent aux conséquences de la découverte de la situation réelle.

En l'absence de disposition légale générale, certains auteurs ont cherché à rattacher l'apparence à la théorie de la responsabilité civile, et plus précisément, au principe général et compréhensif de l'article 1382 du code civil. On considère alors que ceux qui ont agi sur la foi de l'apparence subiraient un préjudice si les droits qu'ils ont cru acquérir étaient réduits à néant lorsque la situation véritable est découverte. Toutefois, pour qu'une telle illusion ait pu se développer dans l'esprit d'autrui, d'un tiers, il a fallu que le véritable titulaire du droit ait négligé d'exercer ses prérogatives, consciemment ou non. Pour empêcher le préjudice de naître, il suffit de maintenir au profit d'autrui les droits auxquels il a cru. Cette explication en termes de responsabilité civile se place ostensiblement sur le plan des intérêts particuliers, en stigmatisant le comportement du véritable titulaire du droit. En réalité, il est souvent artificiel de vouloir caractériser une faute dans les situations d'apparence, si bien qu'une théorie autonome de l'apparence est apparue nécessaire.

La Cour de cassation, dans un arrêt célèbre de l'assemblée plénière du 13 décembre 1962², a consacré cette autonomie à propos du mandat apparent. L'élément essentiel n'est pas le comportement de celui qui est investi du droit³, mais bien la croyance d'autrui en ce qu'il s'est fié au seul examen des faits. Il semble qu'il faille alors admettre qu'il existe dans notre droit un principe non écrit selon lequel la croyance erronée des tiers de bonne foi est génératrice d'effets de droit. Ce principe renvoie au besoin de sécurité juridique dynamique tel que conçu par

¹ L'apparence dépasse ainsi la dialectique contractuelle/extra-contractuelle au profit d'une dynamique métacontractuelle : au-delà du contrat mais avec le contrat (v. supra n° 182)

² Cass., ass. plén., 13 déc. 1962 : GAJC, 11e éd., n° 267 ; D. 1963. 277, note Calais-Auloy ; JCP 1963. II. 13105, note Esmein ; RTD civ. 1963. 572, obs. Cornu - Civ. 2e, 17 oct. 1979 : Bull. civ. II, n° 242 - Com. 6 juin 1989 : Bull. civ. IV, n° 179 ; RTD civ. 1990. 270, obs. Mestre ; Com. 17 oct. 1995 : Bull. civ. IV, n° 246 ; D. 1997. Somm. 57 (2e esp.), obs. Ferrier - Civ. 1re, 28 juin 2005 : Bull. civ. I, n° 284 ; D. 2005. IR. 1962 ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 202, note Leveneur ; AJDA 2005. 2124, note Dreyfus.

³ Même s'il entre en ligne de compte pour déterminer la légitimité de la croyance d'autrui.

Demogue¹. En effet, l'apparence menace les prérogatives du véritable titulaire du droit, mais la sécurité² à laquelle prétend ce dernier n'est que statique, puisqu'elle repose sur une « situation acquise ». A l'inverse, la sécurité d'autrui, l'acquéreur de droits, consacrée par l'apparence, est dynamique. L'apparence constitue alors une prime octroyée à ceux qui entreprennent. Cette justification théorique de l'apparence se situe indubitablement sur le plan de l'intérêt général³. Cependant, cet objectif d'intérêt général demeure, fort logiquement, subordonné à la vérification des conditions de l'apparence.

206. Caractère subsidiaire et conditions. A l'instar de beaucoup de constructions jurisprudentielles, la théorie de l'apparence présente un caractère subsidiaire⁴. Messieurs les professeurs Malaurie, Aynès et Gauthier y voient « une théorie *ultima ratio* »⁵ : les juges ne doivent en principe y recourir que s'il n'existe pas dans les textes existants un moyen de motiver la solution qui leur paraît s'imposer. Ce caractère subsidiaire s'explique sans doute par la volonté de limiter le champ de l'apparence qui, comme d'autres mécanismes correctifs favorisant une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des règles de droit, comporte un risque de désordre juridique.

En terme de conditions, l'apparence requiert une réalité ostensible que l'observateur prendra pour une situation de droit. Aussi la jurisprudence utilise-t-elle « un critère à double détente »⁶ pour déterminer s'il y a, par exemple, mandat apparent. Le mandat sera considéré comme apparent si la croyance de tous aux pouvoirs du prétendu mandataire est légitime, et cette croyance est légitime si les circonstances autorisent autrui à ne pas vérifier ces pouvoirs⁷. Il

¹ R. Demogue, op. cit.

² V. X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », in *Archives de philosophie du droit* n° 50 : *La création du droit par le juge*, Dalloz- Sirey, 2007 ; « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.

³ Et non plus sur celui des intérêts individuels, comme c'était le cas dans l'explication fondée sur la responsabilité civile.

⁴ Dès lors, les juges du second degré n'ont pas à se prononcer sur l'existence d'un mandat apparent dès lors que la partie qui l'invoque devant la Cour de cassation n'avait pas précisé, dans ses conclusions d'appel, les circonstances d'où résulterait l'apparence : Civ. 1ère, 26 avr. 1977 : Bull. civ. I, n° 186. En outre, sur un débat relatif à l'existence d'un mandat exprès ou tacite, les juges ne peuvent soulever d'office le moyen tiré de l'existence d'un mandat apparent sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations et que les débats aient été réouverts : Civ. 3ème, 15 oct. 1975 : Bull. civ. III, n° 298.

⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, *Contrats spéciaux*, Def., 3^{ème} éd, 2007, n° 579.

⁶ G. Cornu, obs. RTD civ. 1971 p. 151.

⁷ Cass., Ass. plén., 13 déc. 1962, précité.

A titre d'exemple, en matière de droits d'exploitation sur un œuvre filmographique, en cas de seconde cession alors que la première vient à être résiliée, une cour d'appel avait cru bon d'invalidier la seconde au motif que le cessionnaire ne pouvait être de bonne foi. Or, la haute juridiction casse au visa de l'article 1134 du code civil au motif que : « la publication des actes au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel est la condition de leur opposabilité et qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher si la consultation de ce registre, à laquelle les sociétés Studio Canal Plus services et Canal Plus avaient procédé, ne constituait pas une vérification suffisante de nature à justifier leur croyance légitime quant à la validité des droits cédés, tels qu'ils apparaissaient au

existe ainsi un élément matériel de l'apparence, et un élément psychologique. S'agissant de l'élément matériel, il s'agit généralement de circonstances qui s'imposent naturellement à autrui comme réelles¹. Quant à l'élément psychologique, l'apparence requiert une croyance erronée : ne sont protégés en principe que les tiers qui se sont fiés de bonne foi à ce qu'ils ont pu voir. Cependant, la croyance ne sera légitime qu'autant qu'elle n'est pas imputable à la propre négligence de celui qui s'en réclame.

Si l'on considère le caractère subsidiaire de l'apparence, et ses conditions d'application, il ne semble pas qu'elle soit de nature à perturber l'ordre juridique. Néanmoins, l'extension prétorienne de l'apparence à de nouveaux domaines, où l'apparence n'avait pas, jusque-là, été invoquée, peut laisser perplexe quant à cette absence de perturbation.

2 - L'extension de l'apparence

207. La propriété apparente et le mandat apparent. La jurisprudence a protégé l'apparence au profit d'autrui dans des hypothèses aussi diverses que celles du domicile apparent, de l'associé apparent, ou bien encore du commerçant apparent. Cependant, si l'on considère les manifestations les plus topiques de l'apparence en droit civil, les créations jurisprudentielles les plus remarquables concernent la propriété apparente et le mandat apparent. Les applications jurisprudentielles les plus anciennes de la théorie de l'apparence concernent le droit de propriété, et plus précisément la propriété immobilière, eu égard aux règles spécifiques gouvernant l'acquisition des immeubles. En cette matière, il semblait pourtant que la loi avait nettement circonscrit le champ de l'apparence, en organisant les règles relatives à la possession, et en instaurant la publicité foncière. Malgré tout, la jurisprudence est venue combler certaines lacunes du dispositif légal afin de renforcer la protection des tiers de bonne foi. Parmi eux, c'est l'héritier apparent qui a fait l'objet de la sollicitude jurisprudentielle la plus ancienne². Une jurisprudence ancienne et constante a maintenu l'efficacité des actes accomplis par l'héritier apparent sur les biens de la succession dans le laps de temps compris entre la prise de possession et la réclamation

registre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Civ. 1ère, 18 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 316, RTD civ. 1998 p. 668-669, obs. J. Mestre).

¹ Ainsi en matière de mandat apparent : la qualité d'avocat représentant la partie adverse à l'instance en homologation d'une transaction comportant renonciation à une servitude, susceptible de laisser croire à l'existence du mandat spécial d'aliéner exigé par l'art. 1988, al. 2 : Civ. 3^{ème}, 2 mars 2005 : Bull. civ. III, n° 56 ; les rapports de parenté avec les prétendus mandants et le fait que le mandataire apparent gère leurs biens depuis longtemps : Civ. 3^{ème}, 4 mai 1982 : Bull. civ. III, n° 111 ; les usages constants en matière de publicité, selon lesquels l'agence de publicité agit au nom de l'annonceur : Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 52.

² L'hypothèse est la suivante : une personne, que son lien de parenté avec le défunt qualifie pour recevoir sa succession à défaut de parents plus proches, se met en possession de l'hérédité ; ultérieurement, un successeur de degré préférable, dont l'existence était jusque là ignorée, se manifeste.

exercée par le véritable successeur. De la même manière, et ultérieurement, ont été validés par l'apparence les actes accomplis par une personne dont le titre d'acquisition a été annulé, ou bien encore par une personne s'étant méprise sur les parcelles lui appartenant.

Outre ce développement considérable de l'apparence en matière de propriété immobilière, c'est avec le mandat apparent que la jurisprudence a dépassé les hypothèses expressément visées par la loi¹.

En application de l'article 1998 du code civil, le mandataire exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés oblige son mandant par ses actes. Il revient alors à autrui, celui qui traite avec une personne se présentant comme mandataire, de vérifier l'existence et les pouvoirs conférés par le mandat. Cependant, certaines circonstances peuvent suffire à faire croire à des pouvoirs qui, en réalité, n'existent pas. La jurisprudence a en effet accepté de faire jouer la théorie de l'apparence dans des hypothèses distinctes de celles envisagées par le code civil, c'est-à-dire en dehors des cas de révocation et d'extinction du mandat : « si, en principe, le mandant n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le mandataire agissait en vertu d'un mandat et dans les limites de ce mandat »². Il en fut ainsi dans l'hypothèse d'absence totale de mandat, de dépassement ou de détournement de ses pouvoirs par le mandataire³. L'erreur ne sera bien entendue légitime que si les circonstances concrètes de l'espèce justifient qu'autrui n'ait pas vérifié les réels pouvoirs du mandataire⁴. Ces solutions sont d'une importance pratique certaine dans le domaine des opérations immobilières conclues par l'intermédiaire d'un notaire ou d'un agent d'affaires : « on en voit la raison d'être : la sécurité des transactions ; il faut pouvoir se fier aux apparences »⁵.

Néanmoins, en droit de la famille, et plus précisément dans le domaine du mariage, la jurisprudence est plus sévère dans la réception de la théorie du mandant apparent en ce qu'elle permet d'engager un époux au prétexte qu'un tiers a cru que son conjoint disposait du pouvoir

¹ A la différence de la théorie du propriétaire apparent, il n'est pas nécessaire en matière de mandat apparent que l'erreur commune s'ajoute à la bonne foi du tiers : la croyance légitime suffit.

² Civ. 1re, 30 mars 1965 : D. 1965. 559.

³ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 579.

⁴ Ainsi, parmi les circonstances autorisant le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs de son cocontractant, peuvent être relevés, la qualité d'agent immobilier du contractant, qui avait fait paraître une annonce de mise en vente du bien et signé le compromis de vente en qualité de mandataire (Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994 : Bull. civ. I, n° 1) ; ou encore, l'autorité et l'honorabilité s'attachant aux fonctions de notaire (Civ. 3ème, 2 oct. 1974 : JCP 1976. II. 18247, note Thuillier ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 1991 : JCP N 1992. II. 372, note Leveneur. - V. aussi Civ. 3ème, 4 oct. 2000 : Bull. civ. III, n° 160 - 5 juin 2002 : ibid. III, n° 131 ; Defrénois 2002. 1601, note Gelot - 15 déc. 2004 : Bull. civ. III, n° 246 (2 arrêts) ; JCP 2005. II. 10012, concl. Guérin ; Gaz. Pal. 2005. 2732, note Barbiéri ; Defrénois 2005. 1441, obs. Gelot ; AJDI 2005. 399, obs. Prigent). Pareillement, et aussi insolite que cela puisse paraître, l'utilisation par un associé du papier à en-tête de la société peut être un élément pris en compte afin de le qualifier de mandataire apparent de la société : Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998 : Bull. civ. I, n° 194 ; RTD civ. 1998 p. 669, obs. J. Mestre.

⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, loc. cit.

pour agir sur un bien précis¹. Dans un arrêt de principe, la Cour a en effet affirmé que « la preuve de l'apparence d'un mandat de la femme à son mari pour la vente d'un immeuble commun ne résulte pas de l'attitude purement passive de la femme lors des pourparlers ni du concours de deux avocats à la rédaction de l'acte, qui ne dispensaient pas l'acheteur de s'assurer de l'étendue des pouvoirs de son vendeur dont il ne pouvait ignorer qu'il était marié, l'erreur légitime étant ainsi exclue »². Elle n'a infléchi sa position qu'en ayant recours à un acte notarié établissant le chimérique pouvoir : « un acquéreur ayant traité avec le mari seul, présenté comme agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de mandataire de son épouse a pu légitimement croire aux pouvoirs du mandataire résultant, en apparence, d'une procuration notariée, mentionnée dans l'acte litigieux, dressé par un notaire, officier public tenu par son devoir de conseil de s'assurer de l'existence de la procuration à laquelle il se référerait et de l'étendue des pouvoirs du mandataire »³. C'est dire la réticence de la Cour à protéger les tiers, au moyen de l'apparence, en droit familial⁴.

208. Apparence, droit de la famille et état des personnes. L'importance qui peut être octroyée à l'apparence en droit de la famille est singulièrement perceptible dans le domaine matrimonial. Au-delà de la reconnaissance du mariage putatif aux articles 201 et 202 du code civil, c'est dans la célèbre affaire dite des "mariages de Montrouge" que la Cour de cassation a admis la validité d'unions célébrées par un conseiller municipal irrégulièrement délégué dans les fonctions d'officier d'état civil⁵. En affirmant que « l'incompétence de l'officier de l'état civil ne constitue qu'un cas de nullité facultative laissée à l'appréciation des juges », la Cour a ostensiblement cherché à ne pas soumettre à une nullité automatique des mariages dont l'irrégularité était indépendante des époux.

En matière de filiation, il est possible de rapprocher apparence et possession d'état. Si, traditionnellement, la possession d'état constitue un mode de preuve de la filiation légitime⁶, elle n'est devenue un mode d'établissement légal et autonome de la filiation hors mariage que depuis

¹ Notamment en matière d'immeubles appartenant à la communauté où l'article 1424 instaure la codécision.

² Civ. 1^{ère}, 24 mars 1981 : JCP 1982. II. 19746, note Le Guidec ; RTD civ. 1982. 407 et 413, obs. Nerson et Rubellin-Devichi ; 1983. 346, obs. Durry.

³ Civ. 1^{ère} 11 mars 1986 : Bull. civ. I, n° 67 ; Defrénois 1987. 404, obs. Aubert.

⁴ L'on peut inclure dans cette tendance la jurisprudence refusant d'étendre la solidarité matrimoniale, prévue à l'article 220 du code civil, à des concubins alors même que ceux-ci se sont présentés à leur créancier comme mariés ; l'extension est ainsi rejetée en dépit de l'apparence volontairement créée par eux : Civ. 1^{ère}, 11 janv. 1984 : Gaz. Pal. 1985. 1. 133, note J. M. ; Defrénois 1984. 933, obs. Champenois ; RTD civ. 1985. 171, obs. Mestre. Lorsque l'on se penche sur la rigueur imposée par la Cour pour que la société de fait leur soit appliquée (Com. 23 juin 2004 : Bull. civ. IV, n° 135 ; D. 2004. Somm. 2969, obs. Vigneau ; JCP 2005. I. 116, n° 3, obs. Favier ; RTD civ. 2004. 487, obs. Hauser), on ne peut que conclure à une inclination certaine en jurisprudence à protéger la famille des créanciers.

⁵ Civ. 7 août 1883 : DP 1884. 1. 5.

⁶ Ancien article 320 du code civil.

la loi n° 82-536 du 25 juin 1982¹. En application de l'article 311-1 du code civil, elle « s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir », faits que l'on résume souvent au moyen du *nomen*, du *tratatus* ou de la *fama*. Si cette possession d'état est continue, paisible, publique et univoque, il sera possible pour le juge d'instance de délivrer un acte de notoriété établissant la filiation d'un enfant à l'égard d'un de ses parents². Dans la mesure où cet acte « établit légalement la filiation de l'intéressé »³ en ne se basant que sur des faits, et sans qu'une réalité biologique ne soit utile, les effets attachés à la possession d'état en matière de filiation sont proches de ceux de l'apparence ; or, si la possession d'état permet aux tiers de regarder l'enfant comme étant bien l'enfant des parents, on sait que sa fonction principale est de protéger l'intérêt de l'enfant lui-même. C'est, de la même manière, aux principaux intéressés et non aux tiers que profite l'apparence si l'on considère l'état des personnes, et plus précisément l'exemple du transsexualisme.

En effet, dans le domaine de l'état des personnes, suite à la condamnation de la France par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mars 1992⁴, la jurisprudence française, par la voie de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, a opéré un revirement en admettant la possibilité d'un changement d'état civil du transsexuel sur le fondement de l'apparence⁵. La Cour de cassation se montre néanmoins exigeante dans l'appréciation de l'apparence, qu'elle entend non seulement comme l'apparence physique, mais aussi comme le comportement psychologique se rapprochant de l'état revendiqué.

Au-delà de ses domaines classiques d'application, l'apparence a su conquérir de nouveaux horizons. En se fondant sur la croyance légitime, il s'avère possible que le droit consacre ce que la réalité semble soumettre à l'observation d'autrui. Cette construction évolutive ne peut dès lors qu'être rapprochée de la théorie du respect des anticipations légitimes d'autrui. Pour que le mandat soit qualifié d'apparent, la croyance de tous aux pouvoirs du prétendu mandataire doit être légitime en ce que les circonstances autorisent autrui à ne pas vérifier ces

¹ Ancien article 334-8 al.2 du code civil.

² Article 317 du code civil.

³ Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002 : D. 2003. Somm. 2118, obs. Granet-Lambrechts ; Dr. fam. 2002, n° 96, note Murat ; Defrénois 2002. 1163, obs. Massip.

⁴ CEDH 25 mars 1992, Van Oosterwijck c/ Belgique : Série A, n° 40 ; Jur. CEDH, 5^{ème} éd., n° 127, obs. Berger ; D. 1993. 101, note Marguénaud ; D. 1992. Somm. 325, obs. Renucci ; JCP 1992. II. 21955, note Garé ; RTD civ. 1992. 540, obs. Hauser.

⁵ Cass., Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts) : Bull. civ. n° 13 ; R., p. 67, rapp. Gélinau-Larrivet ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 22-23 (II) ; JCP 1993. II. 21991, concl. Jéol, note Mémeteau ; Gaz. Pal. 1993. I. 180, concl. Jéol ; Defrénois 1993. 431, note Massip ; RTD civ. 1993. 97, obs. Hauser.

pouvoir : la double détente¹ de l’apparence repose inexorablement sur l’anticipation légitime d’autrui.

B – L’apparence au regard des attentes légitimes d’autrui

209. L’apparence comme mesure du raisonnable. Sur la base de deux célèbres arrêts de la Cour de cassation il est possible d’affirmer que l’apparence repose sur les deux principes suivants : « si, en principe, le mandant n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le mandataire agissait en vertu d'un mandat et dans les limites de ce mandat »² ; en outre, « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs »³. Il résulte clairement de ces deux jurisprudences que la Cour paraît avoir admis, sans ambiguïté, qu’il existe, parallèlement aux situations où les effets reconnus à l’apparence peuvent se justifier par les principes de la responsabilité civile délictuelle, d’autres circonstances où ces effets ne se produiront que par « la seule vertu de la croyance légitime des tiers à la concordance de l’apparence sur la base de laquelle ils ont traité, avec la réalité »⁴. Dès lors, toute personne qui, usant de sa liberté d’action dans la vie sociale, crée ou laisse se créer une situation apparente ne correspondant pas à la réalité, ou simplement susceptible d’une appréciation erronée par autrui, doit engager sa responsabilité.

L’on pourrait ainsi croire que c’est la déception des attentes raisonnables de la victime dans la perspective d’une réciprocité qui constituerait la faute du pseudo-mandant ; cela permettrait de donner un fondement juridique certain à l’apparence. Pourtant, il ne semble pas que l’on puisse se rallier sans réserve à une telle théorie dans la mesure où le détournement par la faute semble artificiel au regard, tout d’abord, des termes mêmes employés par la jurisprudence et, surtout, de la logique de la construction. Certes, « dans l’abstrait, il n’est pas impossible de concevoir que commette la faute [...] le pseudo-mandant qui, en ne s’appropriant pas le contrat

¹ V. supra n° 206.

² Civ. 1^{ère}, 30 mars 1965 : D. 1965. 559.

³ Cass., Ass. plén., 13 déc. 1962 : GAJC, 11^e éd., n° 267 ; D. 1963. 277, note Calais-Auloy ; JCP 1963. II. 13105, note Esmein ; RTD civ. 1963. 572, obs. Cornu ; Civ. 2^{ème}, 17 oct. 1979 : Bull. civ. II, n° 242 ; Com. 6 juin 1989 : Bull. civ. IV, n° 179, RTD civ. 1990. 270, obs. Mestre ; Com. 17 oct. 1995 : Bull. civ. IV, n° 246 ; D. 1997. Somm. 57 (2^{ème} esp.), obs. Ferrier (franchisé considéré comme mandataire apparent du franchiseur du fait de son absence d’autonomie).

⁴ X. Dieux, op. cit. p. 203.

conclu par le pseudo-mandataire, déçoit les attentes raisonnables du tiers avec lequel ce dernier a traité [...]. Mais dans les faits concrets, auxquels il faut se reporter pour l'appréciation de la faute et de la culpabilité de celui dont on prétend engager la responsabilité, la présentation d'un tel raisonnement risque d'apparaître assez artificielle »¹. Dans la pratique, le recours à la théorie du mandat apparent est le plus souvent invoqué dans des circonstances où une personne a usurpé des pouvoirs qui ne lui avaient pas été conférés, ou a excédé ceux dont elle était investie. Il paraît difficile de vouloir imputer au pseudo-mandant la discordance entre la réalité et l'apparence. Vouloir lui imputer une faute lorsqu'il refuse de couvrir les actes que son pseudo-mandataire a accomplis est à tout le moins délicat. Ce que l'on sanctionne en vérité dans ces conditions réside dans le risque que le pseudo-mandant a créé en mettant son mandataire en position de tromper autrui sur la réelle teneur de sa mission et de ses pouvoirs. Dans la mesure où le risque ne peut, sauf disposition légale expresse, constituer une faute, il convient de trouver une autre explication à cette responsabilité. En l'occurrence, le droit positif protège directement et objectivement les attentes d'autrui qui a de bonne foi traité avec une personne sur la réalité des pouvoirs de laquelle il s'est mépris, comme se serait méprise toute personne raisonnable dans la même situation. Ainsi, l'on peut sans risque soutenir que « la théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime »² : « la croyance légitime vaut titre »³. Comme le relèvent MM. les professeurs Malaurie, Aynès et Gauthier, au sujet de la jurisprudence sur le mandat apparent, « on doit déduire un critère juridique, puisque le mandat apparent est une notion de droit contrôlée par la Cour de cassation [...]. Il y a mandat apparent lorsque la croyance légitime est vraisemblable et raisonnable »⁴.

Difficile dès lors de ne pas voir dans cette construction la consécration de la protection due aux attentes légitimes d'autrui. Puisqu'il a été soutenu que les articles 1382 et 1383 du code civil ne sont qu'une illustration de ce principe dans la dimension de la culpabilité individuelle, il n'est pas interdit, comme en matière de troubles anormaux de voisinage, de voir dans la théorie de l'apparence, une émanation de la protection des attentes légitimes d'autrui, autonome à l'égard de la responsabilité civile délictuelle classique. Encore faut-il découvrir dans cette théorie l'existence d'un intérêt légitime.

¹ X. Dieux, op. cit. p. 209.

² P. Voirin, D.P., 1929.II.81.

³ J.-L. Souriaux, « La croyance légitime », *JCP*, 1982.I.3058.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 584.

210. L’existence d’un intérêt légitime. En protégeant autrui en ce qu’il s’est mépris sur la réalité d’une situation ostensible, l’on est tenté de se demander si l’on ne sacrifie pas de manière disproportionnée les intérêts de la personne à laquelle l’apparence est opposée. Il est ainsi opportun de se demander si cette théorie ne renverse pas de manière trop exagérée l’ordre des intérêts. La théorie demeure-t-elle admissible « sur le terrain fondamental, sur lequel on entend [la] placer, de l’équilibre entre les devoirs et les droits des personnes impliquées dans une situation juridique déterminée »¹ ? Cette interrogation a poussé certains auteurs belges² à ramener dans le giron de la responsabilité civile classique ou de l’abus de droit, la théorie de l’apparence. En effet, en procédant ainsi, l’on est sûr que le mécanisme ne peut être mis en œuvre que si un dommage résulte de la croyance légitime en l’apparence, dommage en relation causale avec un fait fautif. Cela permettrait « de contrôler en droit comme en fait que le sacrifice des intérêts de l’une au profit de l’autre est justifié sur le plan patrimonial »³. Or, cette problématique n’est pas nouvelle au regard des actes apparents dans la mesure où une même question fut soulevée en matière de simulation.

Si l’article 1321 du code civil dispose que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractantes ; elles n’ont point d’effet contre les tiers », il fut opportun de se demander si les tiers pouvaient exiger la prévalence de l’acte apparent sur l’acte réel, sans devoir établir l’existence d’un préjudice en raison de la simulation. Un vieil arrêt de la Cour de cassation en date 8 mars 1893, depuis non remis en cause, avait affirmé qu’autrui pouvait s’en tenir à l’acte ostensible, dans la mesure où il avait à l’inopposabilité de la contre-lettre, un intérêt légitime, sans devoir pour autant établir l’existence d’un préjudice. La jurisprudence la plus récente, afin de faire prévaloir la contre-lettre sur l’acte ostensible cette fois-ci, se contente d’un simple intérêt⁴, mais nul ne doute que celui-ci se doit d’être légitime dans la mesure où l’article 31 du code de procédure civile affirme que « l’action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention ». En n’exigeant pas la démonstration d’un préjudice pour faire jouer l’acte ostensible ou la contre-lettre au profit d’autrui, la Cour semble instaurer une responsabilité plus répressive que réparatrice laissant au tiers le choix entre un acte ou l’autre⁵. Si l’on accepte de voir dans l’article 1321 du code civil, une application particulière de la théorie de l’apparence, il faudrait donc considérer que la Cour de cassation a consacré l’effet créateur de

¹ X. Dieux, op. cit. p. 217.

² Voir le résumé des idées du professeur Foriers, in X. Dieux, op. cit. p. 217-218.

³ Idem.

⁴ Civ. 1^{ère}, 19 juin 1984 : Bull. civ. I, n° 205 ; Com. 14 mai 1985 : ibid. IV, n° 153 (acte apparent déclaré inopposable à l’administration fiscale) ; Civ. 1^{ère}, 17 sept. 2003 : Bull. civ. I, n° 181 ; RTD civ. 2004. 93, obs. Mestre et Fages.

⁵ A supposer que la simulation ait été, bien entendu, démontrée : Civ. 1^{ère}, 21 juill. 1980 : Bull. civ. I, n° 232 ; 5 janv. 1983 : ibid. I, n° 10 ; R., p. 44.

droits attaché à la théorie de l'apparence. En outre, dans la notion d'intérêt légitime l'on retrouve un concept qui ne se confond pas avec le dommage : les anticipations, prises en considération par le droit objectif, en raison de « leur caractère raisonnable, et [de] leur correspondance avec le sens commun »¹.

Si dans le cadre de la responsabilité subjective, la prise en considération de l'intérêt se fait de manière négative en ayant égard au point de vue de celui qui a déçu l'espérance, dans le domaine de la responsabilité objective, l'on focalise son attention sur l'intérêt légitime positif, le point de vue de celui dont on estime qu'il doit pouvoir compter sur un événement. En cela, la protection des expectatives d'autrui est épurée des particularismes aménagés par le législateur : de la même manière que la protection accordée à toute personne en cas de trouble anormal de voisinage est désolidarisée de l'article 544 du code civil définissant et protégeant la propriété, la protection de l'apparence n'exige pas la démonstration d'une faute et d'un préjudice causal comme l'exigent les articles 1382 et 1383 du code civil.

Demeure néanmoins la condition de légitimité à laquelle l'attente doit répondre pour mériter la protection du droit objectif : « le respect de cette exigence subsiste tout au contraire et s'impose, autant sinon plus encore peut-être, dans ces cas que dans les autres, dès lors que le filtre du sens commun y constitue le seul instrument légitimant la transformation en droit à l'égard d'autrui, de ce qui n'est au départ qu'une seule prétention »². Une telle perspective n'est pas de nature à créer un déséquilibre que l'on pourrait croire contraire à la sécurité juridique : l'on favorise simplement la sécurité dynamique des échanges aux dépens de la sécurité statique des situations acquises³. En faisant du respect des anticipations légitimes d'autrui le principe fondateur de la responsabilité civile, le sens commun imposera que l'on prenne compte du fait que celui qui cherche à s'en prévaloir a, ou n'a pas, activement impliqué son patrimoine sur la foi de l'apparence⁴. On le voit, l'application à des situations concrètes va à l'encontre à la sécurité statique des situations acquises ; néanmoins elle favorise la sécurité dynamique des échanges en ce qu'elle permet au système d'alimenter les différentes opérations économiques ayant comme fondement l'apparence. Autrui, une fois de plus, constitue un vecteur économique certain dans ses attentes raisonnables. Or, en faisant de ces légitimes expectatives le fondement d'une responsabilité particulière déliée de la réalité, l'apparence démontre qu'elle est une validation

¹ X. Dieux, op. cit. p. 220-221.

² X. Dieux, op. cit. p. 221.

³ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit. p. 63 et s.

⁴ Il semble concevable qu'une protection soit accordée autrui s'il a conclu un acte à titre onéreux avec un mandataire apparent ou s'il a, en raison des promesses faites par ce mandataire, pris des engagements envers des tiers ; elle pourrait, en revanche, être refusée au bénéficiaire d'un acte purement gratuit, bénéficiaire se bornant à vouloir en faire son profit en en réclamant l'exécution.

autonome de l’idée selon laquelle cette protection est à l’origine de la responsabilité civile au sens large. L’exemple de la responsabilité des produits défectueux constitue, à n’en pas douter, une autre preuve certaine de cette théorie.

§ 3 – La responsabilité du fait des produits défectueux et l’attente raisonnable d’autrui

211. Responsabilité spéciale et objective. La responsabilité du fait des produits défectueux a été intégrée dans le code civil aux articles 1386-1 à 1386-18 par une loi n° 98-389 du 19 mai 1998. Elle est la transposition d’une directive européenne adoptée le 25 juillet 1985¹ dont l’objectif était d’offrir une protection juridique efficace face à la multiplication des risques provoquée par l’utilisation de certains biens². L’idée était d’instaurer un régime de responsabilité sans faute afin de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité des personnes devant en répondre.

Dès lors, conformément à la directive, l’article 1386-1 dispose : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit ». Le législateur a néanmoins ajouté : « qu’il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». Il en résulte une responsabilité objective fondée sur le seul défaut de la chose ; l’article 1386-11 confirme cette analyse puisqu’il affirme que « le producteur est responsable de plein droit à moins qu’il ne prouve ... ». Cette responsabilité s’applique en outre dans le domaine contractuel ou extra-contractuel : la responsabilité est la même pour toutes les victimes du produit, peu important le lien entretenu avec le producteur. Il y a « abolition de toute différence entre contractants et tiers, les uns et les autres étant soumis aux mêmes règles lorsqu’ils exercent contre le fabricant une action en responsabilité fondée sur le défaut de sécurité du produit »³. Cette précision permet ainsi de dépasser la dualité des responsabilités délictuelle et contractuelle dans la mesure où un manquement à une obligation de sécurité ne saurait engager les producteurs à l’égard de leurs seuls contractants⁴. De surcroît, cette responsabilité ne vient pas se substituer aux autres : elle ne

¹ Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985.

² Suite à deux condamnations de la France pour transposition incorrecte de la directive, la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 sur la simplification du droit a modifié certains articles du code civil. Pour autant, cette loi n’a pas suffi à mettre le droit français en conformité avec la directive européenne. Une nouvelle procédure a été engagée par la commission européenne contre la France : elle s’est soldée par une condamnation prononcée par la CJCE le 14 mars 2006 (CJCE, gde ch., 14 mars 2006, C-177-04 : D. 2006. IR. 1334). Le législateur a donc dû, à nouveau, modifier le code civil par une loi n° 2006-406 du 5 avril 2006 (relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux)

³ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 859.

⁴ Cette logique fut fortement soulignée lors des négociations menées à Strasbourg et Bruxelles. Les experts ont notamment mis en exergue que dans tous les Etats de l’Union européenne, la distinction entre les deux régimes de

fait que se superposer. Les victimes d'un produit défectueux ont ainsi le choix d'invoquer les articles 1386-1 et suivants du code civil ou la responsabilité du fait des choses, voire une éventuelle responsabilité contractuelle¹.

212. Mécanisme basé sur l'attente légitime d'autrui. Puisque le producteur est responsable de plein droit du dommage causé par un défaut inhérent à son produit, l'article 1386-9 explique que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage »². Dès lors, « l'exigence du défaut ne doit pas en effet être conçue comme permettant seulement de présumer la faute du producteur ; il constitue, par lui-même, le fait générateur de responsabilité et il doit donc être défini, non pas en fonction du degré de sécurité que le producteur était normalement en mesure d'atteindre en faisant preuve de toute la diligence souhaitable, mais en fonction d'un critère objectif : l'attente légitime du public »³. Afin de

responsabilité a pour conséquence de créer des disparités entre les victimes de dommages. Or, en cas d'accident dû à la survenance d'un défaut de sécurité du bien, la différence de traitement apparaît particulièrement injuste et complexe si l'accident touche à la fois l'acquéreur du produit et des tiers : « le fait que la responsabilité d'une personne et l'indemnisation d'une victime dépendent de l'existence d'un contrat qui les lie est en effet de moins en moins bien accepté, spécialement lorsque le dommage résulte d'un défaut du produit » (Jamin Ch., « *Responsabilité civile* », RTD civ. 1998, p. 765). La Cour de cassation a elle-même anticipé et inauguré ce mouvement en affirmant, le 17 janvier 1995, que l'obligation de sécurité mise à la charge du vendeur professionnel devait jouer « tant à l'égard des tiers que de son acquéreur » (Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995 : Bull. civ. I, n° 43 ; R., p. 307 ; D. 1995. 350, note Jourdain ; D. 1996. Somm. 15, obs. Paisant ; RTD civ. 1995. 631, obs. Jourdain).

¹ L'article 1386-18 dispose en effet : « Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité ». L'alinéa 2 ajoute : « Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond ».

La transposition est en cela conforme au texte européen qui prévoit en son article 13 que : « La présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive ». Néanmoins, la Cour de justice européenne a adopté une interprétation restrictive de l'article 13 en jugeant à plusieurs reprises que la responsabilité du fait des produits défectueux ne pouvait pas se conjuguer avec d'autres régimes de responsabilité de même nature (CJCE, 24 avr. 2002, aff. C-183/00, « *Comm. c/ France* », § 21 : D. 2002, p. 2462, note C. Larroumet ; D. 2003, p. 463, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 523, obs. P. Jourdain ; RDC 2003, p. 107, obs. Ph. Brun ; CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-402/03 : JCP G 2006, II, 10082, note L. Grynbaum ; D. 2006, p. 1936, obs. Ph. Brun ; RTD civ. 2006, p. 333, obs. P. Jourdain). Selon la Cour, la directive « ne saurait être interprétée comme laissant aux Etats membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par ladite directive » (CJCE, 24 avr. 2002, § 39). En revanche, d'autres régimes peuvent coexister avec celui des produits défectueux s'ils reposent sur des fondements différents « tels que la faute ou la garantie des vices cachés » (Idem). Il faut, semble-t-il, en déduire que lorsqu'un produit vendu est défectueux, la victime ne devrait pas pouvoir engager la responsabilité du fait des choses ou le manquement à l'obligation de résultat du vendeur professionnel car il s'agit de responsabilités sans faute. Au demeurant, la jurisprudence française n'a toujours pas tranché cette question du cumul possible de responsabilités. Si tel était le cas, la hiérarchie des normes imposerait que le juge français applique la directive communautaire, telle qu'interprétée par la CJCE.

² Le principal souci des rédacteurs de la directive fut d'écarter l'exigence de la preuve par la victime d'une faute personnelle et individualisée du producteur ; ceci apparaît clairement dans l'exposé des motifs :

« Considérant que seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de la technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne ».

³ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 859.

garantir à cette responsabilité spéciale une dimension objective, les auteurs de la directive, et le législateur dans sa transposition, ont fort logiquement fait référence à l’attente légitime d’autrui afin de définir le défaut, fait générateur de responsabilité civile ; l’article 1386-4 dispose alors : « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu’il n’offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre », l’alinéa 2 ajoute que « [d]ans l’appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l’usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation ».

Ainsi, l’insécurité du produit est nécessairement une notion objective : en se référant explicitement à l’attente légitime d’autrui pour définir le fait générateur de cette responsabilité spéciale, les rédacteurs et le législateur ont clairement opté en faveur d’une appréciation abstraite du défaut de sécurité entendu comme le caractère anormalement dangereux du produit¹. En effet, alors que le « On » renvoie non à l’utilisateur singulier mais au public dans sa généralité, l’adverbe « légitimement » renvoie « à la sécurité normale que le consommateur est raisonnablement en droit d’attendre du produit »². Il s’agit à n’en pas douter d’un concept mou, un « standard législatif »³ permettant aux juges de faire évoluer leur jurisprudence au gré de l’évolution de la société, « en fonction de leur perception, très largement subjective, de la sociologie du moment »⁴.

Néanmoins, assez logiquement cette abstraction est tempérée par l’alinéa 2 en ce qu’il rappelle la nécessité d’avoir recours à la présentation, l’usage et le moment de la mise en circulation du produit. Il est évident que les mises en garde influencent la connaissance du danger potentiel du bien et par ricochet l’attente légitime du public. De la même manière, l’usage qui peut être raisonnablement attendu du produit « invite à se référer à une utilisation normalement prévisible par le professionnel »⁵. Le moment de la mise en circulation est également très important dans la mesure où les rédacteurs avaient parfaitement conscience que l’attente légitime du public évolue en fonction des progrès de la science et des techniques ; c’est la raison pour laquelle, l’alinéa 3 de l’article 1386-4 du code civil, dans la lignée de la directive précise qu’un

¹ Il est ici intéressant de remarquer que la Cour de cassation n’a pas attendu la transposition de la directive pour se référer explicitement à cette notion d’attente légitime puisqu’elle a affirmé, dans un arrêt du 3 mars 1998, que « le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, c’est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre » : Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 95 ; R., p. 277 ; D. 1999. 36, note Pignarre et Brun ; JCP 1998. II. 10049, rapp. Sargos ; ibid. I. 144, n° 18, obs. Viney ; Gaz. Pal. 1998. 2. 720, note Fouassier ; RTD civ. 1998. 683, obs. Jourdain.

² G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 876.

³ F.-X. Testu et J.-H. Moitry, « La responsabilité du fait des produits défectueux. Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Affaires* 1998, supplément au n° 125.

⁴ Ch. Jamin, « *Responsabilité civile* », RTD civ. 1998, p. 763.

⁵ Idem.

« produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation ». Aussi, désireuse de protéger de manière stricte la sécurité à laquelle l'on peut légitimement prétendre et s'attendre, la loi prévoit en son article 1386-10 que « le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou [l'obtention] d'une autorisation administrative » n'ont pas d'effet exonératoire sur la responsabilité du producteur, c'est dire que le défaut de sécurité n'entretient, *a priori*, aucun rapport avec la faute.

Pour conclure sur cette notion dans le domaine de la loi du 19 mai 1998, on peut affirmer que « les considérations qui précèdent tendent à présenter le défaut dans la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, comme une notion-cadre, qui doit être appréciée en fonction de circonstances typiques et en particulier la manière dont le producteur a rempli son devoir d'information »¹.

213. Sécurité légitime et défaut du produit. La référence à la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre implique un danger au-delà de son mauvais fonctionnement ou de son inadaptation à sa destination finale : le défaut de sécurité « est un manquement à une obligation de sécurité »². Or, le recours à l'attente légitime d'autrui pour définir ce défaut rappelle l'article L. 221-1 du code de la consommation³, article issu d'une loi du 21 juillet 1983 qui consacre le principe du droit à la sécurité en disposant que « les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

Il est, tout d'abord, facile d'observer que ce texte ne fait nullement référence à un contrat⁴. L'obligation de sécurité définie à l'aune de l'attente d'autrui est sortie du cadre contractuel : « elle naît des exigences de la vie en société et pèse sur tout professionnel qui met un produit ou un service sur le marché »⁵. Pareillement, le terme consommateur ne fait pas partie de la définition : la sécurité est due à toute personne étant susceptible de subir un préjudice du fait des produits ou de services mis en circulation sur le marché. Si les consommateurs utilisent la plus grande place, ils ne sont pas les seuls : il n'y a en effet aucune raison de limiter la sécurité au périmètre consumériste. En outre, et de manière décisive nous semble-t-il, dans le texte de

¹ F.-X. Testu et J.-H. Moitry, *op.cit.*

² G. Viney, P. Jourdain, *op. cit.* p. 874.

³ Th. Bourgoignie, « A la recherche d'un fait générateur unique et autonome dans les rapports de consommation : l'attente légitime du consommateur », *Liber Amicorum N. Reich*, Nomos, Baden-baden 1997, p. 221.

⁴ La disposition sert, au demeurant, non à fonder une responsabilité à l'égard des usagers, mais à définir les mesures que l'administration peut prendre à titre préventif.

⁵ J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., août 2006, n° 250.

l'article L. 221-1 du code de la consommation, « c'est la notion de sécurité à laquelle "on peut légitimement s'attendre" qui est essentielle »¹. Une fois de plus l'emploi de l'indéfini « on » démontre que la sécurité doit être appréhendée à l'aune d'un autrui très général, le public, et non au regard de l'opinion d'un spécialiste : « selon le considérant n° 6 de la directive "on", c'est "le grand public" - ou, si l'on préfère, l'individu moyen »². Parallèlement, « légitimement » signifie que cette sécurité ne saurait être absolue³ en ce qu'elle protège une utilisation normale, voire de manière anormale si le professionnel pouvait raisonnablement prévoir un tel détournement.

Dans la mesure où la réglementation relative à la sécurité des produits présente une très grande importance, puisqu'elle organise la prévention des dommages et assure un système de responsabilité en cas de survenance, il n'est dès lors pas anodin de retrouver en la matière une référence constante à l'attente légitime d'autrui.

214. Défaut du produit et respect des expectatives légitimes. Puisque le défaut repose essentiellement sur la notion d'attente légitime, il est difficile, ici, de ne pas faire le lien avec l'idée selon laquelle le principe de responsabilité est induit du respect dû à l'anticipation légitime d'autrui.

Il a été exposé, que la problématique de la responsabilité civile, dont les articles 1382 et 1383 ne sont qu'une application axée sur la notion de culpabilité, doit se poser en termes de

¹ J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, op. cit., n° 250.

² F.-X. Testu et J.-H. Moitry, op.cit.

³ L'article 1386-11 4° prévoit, à cet effet, que « le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve [...] que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». C'est dire qu'autrui ne peut prétendre à ce que le producteur mette sur le marché un produit absolument dépourvu de défaut. Antérieurement, ce tempérament prévu par la directive permet de logiquement faire échec aux actions en responsabilité contre les fabricants de vaccins anti-hépatite B (Cass. 2ème civ. 23 sept. 2003 : Bull. civ. II, n° 188 ; D. 2004. Jur. 898, note Serinet et Mislawski, et Somm. 1344, obs. Mazeaud ; RCA 2003. chron. 28, par C. Radé ; JCP 2004. I. 101, n° 23, obs. Viney ; JCP 2003. II. 10179, note Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; RTD civ. 2004. 101, obs. Jourdain). L'on ne peut dès lors qu'être surpris que Cour de cassation, dans ses arrêts du 22 mai 2008, ait abandonné toute référence à cette perspective en affirmant que « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes » (arrêts, n° 05.20317, 06.10967 v. également n° 06.14952 ; 05.10593 et 06.18848 : D. 2008. AJ. 1544, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1935, obs. Sargos ; RDSS 2008. 578, obs. J. Peigné). Une fois de plus, l'on peut douter du fait qu'autrui ait un intérêt légitime à ce que le principe de précaution justifie une action en responsabilité sauf à considérer à ce qu'il dispose d'un droit à ce qu'un produit soit absolument sûr, ce que récuse la directive, sa transposition et la Cour de cassation elle-même. En effet, dans un des arrêts du 22 mai 2008, la Cour considère que « l'absence de certitude scientifique sur l'innocuité du vaccin n'emporte pas de présomption de défaut » (n° 06-18.848). C'est dire que la valeur des indices avancés est abandonnée aux juges du fond. Or, « laisser, sur un sujet aussi grave, la bride lâche à la subjectivité du magistrat est un pari risqué. Si, d'un juge à l'autre, il en résultait des variations d'appréciation sensibles pour des cas analogues, un sentiment de loterie et d'injustice se ferait jour » ; ainsi, « le tout est de savoir si une telle solution est juste et si elle est opportune. Les deux questions sont infiniment délicates, et on imagine que la Cour de cassation n'a pas envie de se la poser de façon précipitée. En abandonnant à la souveraineté des juges du fond la portée et la valeur des éléments de preuve, elle l'évite prudemment. Mais il faudra bien l'affronter un jour » (Ph. Stoffel-Munck, chron. Resp. civ., JCP G, 2008, I, 186, p. 24).

limite de droits, un litige entre différents intérêts qu'il faut savoir trancher¹. Or, l'idée selon laquelle protection est due aux attentes raisonnables d'autrui constitue le leitmotiv de notre étude au motif qu'il serait susceptible d'éclairer à la fois les orientations modernes du droit des contrats et les manifestations de la responsabilité civile : l'altérité serait ainsi vecteur de légitimité. Pour établir une telle conception, la méthode consistait à retrouver dans les constructions légales ou jurisprudentielles l'objectivation de mécanismes juridiques suivant un processus bien défini : le droit objectif n'accorderait sa protection qu'à la lésion d'intérêts dans la mesure où l'attente légitime ou raisonnable d'autrui, quant à cet intérêt, a été violée. Un tel mécanisme ressort clairement de la responsabilité des produits défectueux. Il s'agit en effet d'une responsabilité qui « transcende la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle »², qui ne s'appuie pas sur la notion de faute et qui définit le fait générateur comme un défaut dans « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre » quant à « l'usage qui peut en être raisonnablement attendu ». Il est dès lors évident que l'instauration de cette responsabilité, au niveau communautaire, puis au niveau national, constitue une consécration de l'idée ici soutenue : la prémisse de la responsabilité civile réside dans la protection par le droit objectif de l'attente légitime d'autrui.

Cette appréciation nécessairement objective du défaut, rappelle que l'appréciation du fait générateur, coupé de la notion de faute, doit se faire au regard d'un autrui « généralisé » : un individu « moyen » dont les attentes doivent être protégées eu égard à l'insécurité inhérente aux progrès de la technologie.

Il est également un concept qui, élaboré en droit conventionnel, rappelle cette méthode d'objectivation de la responsabilité : l'espérance légitime.

§ 4 – L'espérance légitime d'autrui

215. Précision méthodologique. Si, *a priori*, il peut être étonnant d'étudier un concept conventionnel dans le cadre d'une analyse des différentes responsabilités retenues par notre droit positif, l'impression se dissipe lorsque l'on observe le mécanisme de contrôle conventionnel. Le rôle premier de la Cour, au sens de l'article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, est de se prononcer sur la requête d'une personne « qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ». De surcroît, « [si] la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou

¹ V. supra n°s 119 et 186.

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit. n° 987, p. 955.

de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». Il résulte de ce mécanisme, qu'en cas d'atteinte à un droit protégé par la Convention, la Cour peut être amenée à condamner, au titre de l'article 41 de la Convention, un Etat membre au paiement d'une satisfaction équitable (réparation) en raison de la violation de droit (lien de causalité). S'il est excessif, ici, de parler de responsabilité¹, il n'en demeure pas moins, que le processus s'en rapproche ; il n'est d'ailleurs pas étonnant que la Cour ait recours à un concept tel que l'espérance légitime, pour déterminer si un Etat partie à la Convention a porté atteinte au droit de propriété d'un requérant puisque l'espérance légitime sert en effet à déterminer l'existence d'une créance.

Dès lors, afin de préciser les rapports que peut entretenir le concept d'espérance légitime avec le principe du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, il convient de replacer cette notion dans son contexte, à savoir, le droit de propriété et la conception de la notion de bien par la Cour européenne des droits de l'homme (A) : l'espérance légitime y protège l'attente raisonnable d'autrui à ce qu'une créance ne soit pas à mise à mal. Il sera également nécessaire d'étudier l'extension qu'a su lui octroyer la Cour en matière de protection de la vie privée (B).

A – L'espérance légitime en droit conventionnel des biens

216. Avant d'appréhender le processus prétorien de découverte de l'espérance légitime (2), il est nécessaire d'exposer la notion générale de biens (1) telle qu'elle découle de l'interprétation de la Cour de l'article 1 du Protocole 1 protégeant le droit de propriété.

1 – La notion de « biens »

217. Droit de propriété et notion de « biens ». A l'origine, la Convention européenne des droits de l'homme n'énonce pas, au titre des droits protégés, la propriété. Il faut attendre le 1^{er} Protocole additionnel en date du 20 mars 1952, entré en vigueur le 18 mai 1954, qui dispose

¹ Aussi est-il préférable de ne pas réellement placer sur le même plan cette « validation autonome » avec celles qui précèdent. L'espérance légitime constitue néanmoins un concept intéressant en ce qu'il permet de relier la sécurité assurée par le droit à la sécurité du droit. En effet, si en droit des biens et de la vie privée, l'espérance légitime peut aisément se prêter au jeu d'un rapprochement avec le principe général de responsabilité, elle exige également que le droit se meuve en toute sécurité à l'égard d'autrui (infra n° 247 et s.). Ce paragraphe se présente ainsi davantage comme un énoncé transitionnel.

en son article 1^{er} : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Dépassant cette proclamation, la Cour européenne a réellement « reformulé le droit protégé par l'article 1 du Protocole 1 »¹. Tout d'abord, la Cour affirme garantir le droit de propriété au travers du droit de disposer de ses biens, « élément traditionnel fondamental » du droit de propriété². Néanmoins, c'est à travers le concept autonome de bien que la garantie jurisprudentielle du droit de propriété a véritablement connu son expansion.

Dans son sens large, le concept de bien désigne « certains droits et intérêts constituant des actifs »³, ce qui recouvre évidemment les biens corporels comme incorporels⁴. En outre, une créance est qualifiée de bien, qu'elle soit déjà constituée⁵, ou simplement virtuelle dès lors que le requérant a une « espérance légitime de voir concrétiser sa créance »⁶. Dans cette situation, la Cour a précisé que le critère décisif pour établir une « espérance légitime » protégée par l'article 1^{er} du Protocole 1 réside dans « une base suffisante en droit interne tel qu'interprété par les juridictions pour que l'on puisse qualifier la créance du requérant de valeur patrimoniale aux fins de l'article 1 du Protocole 1 »⁷.

Pareillement, « aux fins d'une application dynamique du droit à la non-discrimination »⁸, le juge européen considère qu'une prestation sociale se situe dans le champ du Protocole au motif qu'est en jeu « un droit patrimonial »⁹. Aussi la Cour européenne retient-elle une acception très large du droit de propriété puisqu'elle admet que le droit au respect de ses biens peut être

¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF coll. Thémis, 8^{ème} éd. refondue, 2006, p. 485.

² CEDH, arrêt « Marckx », 13 juin 1979, GACEDH, n° 42, §63.

³ CEDH, arrêt « Oneryildiz c/. Turquie », 18 juin 2002, GACEDH n° 56.

⁴ Constituent dès lors des biens à valeur patrimoniale, une clientèle (CEDH « Van Merle c/. Pays-Bas », 26 juin 1986, A. 101), les intérêts économiques liés à l'exploitation d'un débit de boisson (CEDH, « Tre Traktörer Aktielobag c/. Suède », 7 juillet 1989, A. 159), ou d'une gravière (CEDH « Fredin c/. Suède », 18 février 1991, A.192), voire à un projet immobilier (CEDH « Pine Valley c/. Irlande », 29 nov. 1991, a.222), des parts sociales (CEDH, « Sovtransavto Holding c/. Ukraine », 25 juillet 2002, JCP, éd. G, 2003, I, 109, obs ; F. Sudre), des droits sur les biens successoraux, dès lors que la succession est ouverte (CEDH « Mazurek c/. France », 1er fév. 2000, GACEDH, n°44), une sûreté (CEDH « Gasus Sossier und Fördertechnik GmbH c/. Pays-Bas », 23 fév. 1995, A.306 B).

⁵ CEDH, « Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis », 9 déc. 1994, A.301, § 59.

⁶ CEDH, « Pressos Compania Naviera SA et autres c/. Belgique », 20 nov. 1995, A.332.

⁷ CEDH, « Kopecky », 28 sept. 2004, Gr. Ch., requête n° 44912/98, § 54 : JCP 2005, éd. G, I, 103, n° 18, p. 84, obs. F. Sudre.

⁸ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 8^{ème} éd. refondue, 2006, p. 487.

⁹ CEDH, « Gayguzuz c/. Autriche », 16 sept. 1996, D. 1998, p. 438, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly.

invoqué en l'absence d'un titre juridique. Ainsi, après avoir admis que la clientèle d'un exploitant de cinéma était un bien¹, la Cour est allée encore plus loin en affirmant qu'habiter avec sa famille dans un taudis construit en toute illégalité dans un bidonville non loin d'une décharge d'ordures « représente un intérêt économique substantiel » s'analysant en un « bien » au sens du Protocole n°1². Cette « socialisation de la notion de biens » est d'autant plus manifeste que la Cour accepte de protéger « les ressources économiques et les revenus » que les intéressés tirent de leurs activités économiques dans la mesure où ils constituent des biens³.

218. Sanction des atteintes au droit de propriété. Au demeurant, la construction prétorienne du droit de propriété serait restée lettre morte si elle ne s'était accompagnée d'un régime juridique de la sanction attachée à toute atteinte à ce droit. Il convient, en effet, de souligner qu'aucune disposition de la Convention, même dans ses protocoles additionnels, n'édicte de disposition relative à l'indemnisation en cas de non-respect de ce droit⁴. Il en résulte que le juge européen a complété le dispositif de l'article 1 du Protocole n°1 en incluant dans le droit de propriété le droit à une indemnité en cas d'atteinte : « L'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1 du Protocole 1 pris dans son ensemble »⁵.

La Cour a ajouté à cette sanction, des obligations positives : elle estime que la protection effective du droit de propriété peut exiger des mesures de protection « notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pouvait légitimement attendre des autorités et la jouissance par ce dernier de ces biens »⁶. Ces mesures peuvent ainsi s'inscrire dans le cadre de « l'effet horizontal » du droit de propriété : ainsi, la Convention fait peser sur les Etats membres l'obligation positive d'adopter des mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété « même dans les cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales »⁷. Plus précisément, il s'agit de l'obligation d'offrir une procédure permettant aux tribunaux de « trancher efficacement et équitablement tout éventuel litige entre des personnes privées »⁸.

¹ CEDH, « Iatridis c/. Grèce », 25 mars 1999.

² CEDH arrêt « Oneryildiz », précit.

³ CEDH, « Dogan et al. C/. Turquie », 29 juin 2004, JCP G, 2004, I, 161, n°16-17, chron. F. Sudre.

⁴ C'est d'ailleurs ce que remarque la Cour dans son arrêt James c/. Royaume-Uni : « dans les systèmes juridiques respectifs des États contractants, une privation de propriété pour cause d'utilité publique ne se justifie pas sans le paiement d'une indemnité, sous réserve de circonstances exceptionnelles étrangères au présent litige », or, « de son côté, en l'absence d'un principe analogue l'article 1 (P1-1) n'assurerait qu'une protection largement illusoire et inefficace du droit de propriété » (CEDH, « James c/. Royaume-Uni », 21 fév. 1986, GACEDH, n° 58, §54).

⁵ CEDH, « Lithgow c/. Royaume-Uni », 8 juillet 1986, A. 102, § 109.

⁶ CEDH, arrêt « Oneryildiz c/. Turquie », 18 juin 2002, précit., § 145.

⁷ CEDH, « Sovtransavto Holding c/. Ukraine », 25 juillet 2002, précit..

⁸ Ibidem, § 96.

Il est opportun d'observer qu'au stade de la sanction du droit, la Cour fait référence à l'attente légitime d'un requérant à l'égard d'un Etat partie à la Convention ; c'est dire l'importance que la Cour attache à cette notion en droit conventionnel des biens.

2 - L'espérance légitime comme hauban de la notion de « biens »

219. La création de la notion d'« espérance légitime » : l'arrêt « Pine Valley ». La notion d'« espérance légitime » a été introduite par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt « Pine Valley c/. Irlande » en date du 29 novembre 1991¹. En l'espèce, dans les années 1970, une société de promotion immobilière « Pine Valley » acquit dans le comté de Dublin un terrain. Afin de le mettre en valeur, elle sollicita un certificat préalable d'urbanisme qu'elle obtint du Ministre aux collectivités locales après le refus du Conseil du comté en raison d'une localisation dans une zone écologique. En 1980, le Conseil du comté refusa de délivrer un permis de construire. La High Court condamna ce refus et enjoignit au Conseil de délivrer ledit permis. Or, le Conseil attaqua l'ordonnance de la High Court devant la Cour suprême qui annula cette décision, le 5 février 1982, en raison d'un excès de pouvoir puisque la loi applicable, loi de 1963 sur l'urbanisme, n'autorisait pas le ministre à passer outre l'avis du conseil du comté. Le terrain, qui fut entre temps vendu à une filiale de Pine Valley, se déprécia fortement pour atteindre moins de 10% de sa valeur d'origine.

Une loi de 1982 ayant rétroactivement validé les certificats d'urbanisme annulés par la High Court au début des années 1980, Pine Valley et autres ressaisirent la High Court pour obtenir une indemnisation en raison de l'atteinte à leur droit de propriété tel que garanti par la Constitution. La High Court les débouta au motif qu'ils n'avaient pas de droit d'action en justice. Les requérants, Pine Valley, sa filiale et leur administrateur se pourvurent alors devant la Cour suprême en abandonnant leurs droits à l'administrateur. La High Court, après avoir déclaré la loi de rétro-validation inapplicable à l'espèce, confirma le débouté de Pine Valley et co. au motif « qu'une fois annulé le certificat préalable d'urbanisme, il y avait eu inexécution de la clause de transfert de propriété, ce qui aurait ouvert à Pine Valley une action en dommages-intérêts contre le vendeur. Elle aurait pu aussi lui réclamer, par une action pour enrichissement sans cause, la partie du prix d'achat imputable au certificat d'urbanisme. Faute d'avoir prouvé l'impossibilité d'obtenir ainsi réparation, elle ne démontrait pas avoir subi une injustice au sens de l'article 40 par. 3, alinéa 2, de la Constitution ».

¹ A. 222.

Les requérants saisirent la Commission le 6 janvier 1987 car, d’après eux, l’Etat défendeur avait notamment enfreint l’article 1 du Protocole n° 1 (P1-1) faute de valider rétroactivement leur certificat préalable d’urbanisme ou de leur accorder une indemnité, ou une autre réparation, pour la dépréciation de leur bien. La Commission conclut à une absence de violation, la Cour fut alors saisie.

Puisque dans la première affaire Pine Valley, la cour suprême jugea nul et non avenue, dès l’origine, le certificat préalable, la Cour considère qu’il convient de se demander si les requérants ont « jamais joui d’un droit à aménager le terrain en cause, droit auquel il ait pu être porté atteinte »¹. La Cour y répond par l’affirmative en suivant le raisonnement suivant : « Quand Pine Valley acheta le domaine, elle se fonda sur le certificat, dûment consigné dans un registre public tenu à cette fin, et elle avait tout lieu de le présumer valide (paragraphe 9 et 31 ci-dessus). Il impliquait une approbation du principe de l’aménagement projeté, sur laquelle le service d’urbanisme ne pouvait revenir (paragraphe 29 ci-dessus). Dans ces conditions, on pêcherait par excès de formalisme si l’on considérait que l’arrêt de la Cour suprême ne constituait pas une ingérence. Jusqu’à son prononcé, les requérants avaient pour le moins l’espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d’aménagement; il faut y voir, aux fins de l’article 1 du Protocole n° 1 (P1-1), un élément de la propriété en question »².

En outre, selon la Cour, l’annulation du certificat doit davantage s’analyser en une réglementation de la propriété qu’en une privation³. Cette ingérence protège, d’après la juridiction strasbourgeoise, « un dessein légitime conforme "à l’intérêt général" aux fins du second alinéa de l’article 1 (P1-1) »⁴ en ce qu’il avait pour objectif de protéger l’environnement. Dans la mesure où « les requérants se trouvaient engagés dans une entreprise commerciale qui, par nature, comportait un risque »⁵, et qu’ils « connaissaient aussi bien le plan de zonage que l’hostilité de l’autorité locale, le Conseil du comté de Dublin, à toute dérogation »⁶, « la Cour n’estime pas pouvoir tenir pour une mesure disproportionnée l’annulation du permis sans aucune mesure de redressement en leur faveur »⁷. La Cour en conclut logiquement qu’il « n’y a eu violation de l’article 1 du Protocole n° 1 (P1-1) dans le chef d’aucun des requérants »⁸.

Bien que la décision ne soit pas favorable aux requérants, la Cour leur a néanmoins reconnu un élément de propriété situé dans leur espérance légitime. L’octroi du certificat

¹ § 51.

² § 51.

³ § 55 et 56.

⁴ § 57.

⁵ § 59.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ § 60.

préalable a créé en eux cette espérance en la consolidation de leur certificat : en cela, ils disposent d’un bien protégé par l’article 1 du Protocole 1. Toutefois, la réglementation irlandaise semble proportionnée à ce droit de propriété, l’atteinte ainsi commise n’est pas de nature à justifier une réparation en raison des risques mêmes de l’opération. Les requérants pouvaient légitimement espérer que l’opération soit un succès, mais en raison des risques objectifs, zone écologique et hostilité du Conseil de Dublin, la non-réalisation du projet pouvait, pareillement, être raisonnablement attendue. Pour déterminer si l’atteinte à l’espérance légitime est susceptible d’être sanctionnée par le droit conventionnel, la Cour se livre à une appréciation concrète de la situation. S’il était légitime pour autrui de s’attendre à ce que le projet se concrétise, il semblait aussi légitime de s’attendre à ce qu’il échoue. La Cour en arrive donc à la conclusion logique que l’atteinte à cette espérance légitime d’autrui n’est pas disproportionnée.

Au demeurant, comme le rappelle M. le professeur Marguénaud, c’est « avec Pressos Compania Naviera SA et al. C/. Belgique du 20 novembre 1995 que la notion a conquis ses lettres de noblesse »¹.

220. L’essor de l’espérance légitime. Dans l’affaire « Pressos Compania Naviera SA et al. c/. Belgique »² en date du 20 novembre 1995, les vingt-cinq requérants étaient soit des mutuelles d’armement, soit des propriétaires ou curateurs de navires impliqués dans des accidents qui se sont produits dans les eaux territoriales belges ou néerlandaises à une date antérieure au 17 septembre 1988. Considérant que ces accidents étaient dus à des fautes commises par des pilotes belges à bord des navires en question, ils ont intenté, tantôt contre l’Etat belge, tantôt contre une société privée de pilotage, des actions en justice afin d’obtenir la réparation de leurs dommages.

En mars 1989, vingt quatre des requérants saisirent la Cour d’arbitrage belge de recours en annulation de la loi du 30 août 1988 « modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer », dont ils dénonçaient en particulier l’effet rétroactif : l’objectif de la loi étant de faire obstacle à une jurisprudence de la Cour de cassation faisant de l’Etat belge le responsable civil de tels accidents³. La Cour rejeta les recours le 5 juillet 1990. La vingt

¹ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, PUF Thémis, 2007, 4^{ème} éd., p. 625.

² CEDH, « Pressos Compania Naviera SA et autres c/. Belgique », 20 nov. 1995, A.332

³ En Belgique, le pilotage des bâtiments de mer est un service public organisé par l’Etat dans l’intérêt de la navigation. Il se trouve régi par la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer. En pratique, il est assumé soit par l’Etat lui-même, pour le pilotage de mer et de rivière, soit par des sociétés privées dotées d’une concession. En vertu de la loi de 1967 et des traités conclus entre la Belgique et les Pays Bas, les navires de commerce qui pénètrent dans l’estuaire de l’Escaut doivent obligatoirement avoir à leur bord un pilote disposant d’une licence accordée par l’un ou l’autre de ces Etats. Aux termes de deux arrêts rendus par la Cour de cassation

cinquième requérante, quant à elle, s’était pourvue devant la Cour de cassation belge contre l’arrêt du 26 octobre 1988 par lequel la cour d’appel d’Anvers l’avait déboutée de son action en garantie contre l’Etat belge. Le 19 avril 1991, la Cour de cassation rejeta ce pourvoi. Dès lors, le 4 janvier 1991, les requérants saisirent la Commission européenne des droits de l’homme d’une requête dirigée contre l’Etat belge. L’affaire fut déférée à la Cour par la Commission le 9 septembre 1994, puis par l’Etat belge le 21 octobre 1994.

Les requérants dénonçaient la loi de 1988 à double titre : en exonérant l’organisateur d’un service de pilotage de sa responsabilité pour les fautes de son personnel et en limitant celle des membres de celui ci, elle leur imposait une charge exorbitante qui rompt le juste équilibre entre les exigences de l’intérêt général et les impératifs de sauvegarde de leurs droits au respect de leurs biens. Elle violerait ainsi le second alinéa ou, tout au moins, la première phrase du premier alinéa de l’article 1 du Protocole n° 1. En outre, la rétroactivité de la loi déposséderait les requérants de leurs créances en réparation des dommages subis et violerait ainsi la deuxième phrase du premier alinéa de cet article.

En son arrêt du 20 novembre 1995, la Cour estima que, dans la mesure où elle concerne les faits antérieurs au 17 septembre 1988, date de sa publication et de son entrée en vigueur, la loi de 1988 avait violé l’article 1 du Protocole n°1 qui garantit le droit de propriété.

Le raisonnement tenu par la Cour est le suivant : dans un premier temps, elle constate que le droit interne en vigueur lors de l’ingérence alléguée prévoyait un régime qui fait naître les créances en réparation dès la survenance du dommage, qu’une créance de ce genre « s’analysait en une valeur patrimoniale »¹ et avait donc le caractère d’un « bien au sens de la première phrase

respectivement le 24 avril 1840 (Pasicrisie, 1839 - 1840, I, 375) et le 19 mars 1896 (ibid., 1896, I, 132), le pilote devait être considéré comme le préposé du capitaine, du propriétaire ou de l’armateur. Ceci entraînait l’application de l’article 1384 du code civil. Il en résultait l’exclusion de la responsabilité de l’Etat pour les fautes de pilotage. Quant aux pilotes, ils ne répondaient que des fautes commises à l’insu du capitaine. Par arrêt du 15 décembre 1983 (Pas., 1984, I, 418, rendu sur conclusions conformes de Mme Liekendaël, avocat général), la Cour de Cassation mit fin à un tel régime. En effet, il résultait de cet arrêt que le pilote ne pouvait pas passer pour le préposé du capitaine et qu’il engageait donc sa propre responsabilité aquilienne ainsi que celle de l’organisateur du service de pilotage. Cette nouvelle jurisprudence fut confirmée par un arrêt du 17 mai 1985 (Pasicrisie, 1985, I, 1159). Cette jurisprudence exposait soudainement l’autorité publique à de nombreux recours introduits par des sociétés d’armements dont les navires avaient subi des abordages à la suite de fautes de pilotage commises par des pilotes soumis à l’autorité de l’Etat dans l’embouchure de l’Escaut.

Afin de contrer les effets lourds de conséquences d’un tel arrêt pour les finances publiques, la loi du 30 août 1988 fut adoptée. S’inspirant de législations applicables dans certains pays de l’Union européenne, la loi excluait la mise en cause de toute responsabilité qu’elle soit directe ou indirecte de l’organisateur du service de pilotage pour les dommages subis ou causés par le navire piloté (article 3bis, 1).

En outre, elle prévoyait en son article 2 que le membre du personnel qui, par son fait ou son omission avait causé le dommage, n’était responsable que s’il avait commis une faute intentionnelle ou une faute grave. Il n’était tenu de réparer ce dommage causé par sa faute qu’à concurrence d’un montant de cinq cent mille francs par événement dommageable.

De surcroît, cette loi s’appliquait avec un effet rétroactif sur une durée de 30 ans à compter de son entrée en vigueur.

¹ § 31.

de l’article 1, lequel s’appliquait dès lors en l’espèce »¹. Compte tenu des arrêts rendus par la Cour de Cassation en date du 5 novembre 1920, du 15 décembre 1983 et du 17 mars 1985, les requérants pouvaient prétendre nourrir une « espérance légitime »² de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité. Telle était en effet la situation pour les accidents en cause qui se sont tous produits avant le 17 septembre 1988, date d’entrée en vigueur de la loi de 1988.

Dans un second temps, la Cour considéra que la loi du 30 août 1988 avait entraîné une ingérence dans l’exercice des droits de créance en réparation qu’on pouvait faire valoir en vertu du droit interne en vigueur jusqu’alors et, partant, du droit de toute personne, et notamment de chacun des requérants, au respect de ses biens. La Cour en concluait donc, que dans la mesure où cette loi concernait les accidents survenus avant le 17 septembre 1988, seuls en cause dans la présente affaire, cette ingérence s’analysait « en une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l’article 1 »³.

Dans un troisième temps, la Cour recherchait si cette ingérence avait eu lieu pour cause d’utilité publique et dans le respect du principe de proportionnalité. La Cour concluait que la loi de 1988 avait violé, dans la mesure où elle concerne les faits antérieurs au 17 septembre 1988, date de sa publication et de son entrée en vigueur, l’article 1 du Protocole n° 1. En effet, les considérations budgétaires invoquées par le Gouvernement « ne pouvaient pas légitimer une rétroactivité dont le but et l’effet étaient de priver les requérants de leurs créances en indemnisation. Une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés ne respecte pas un juste équilibre entre les intérêts en présence »⁴.

Ainsi, une créance d’origine délictuelle n’ayant encore été ni constatée, ni liquidée par une décision judiciaire, est un bien, car la jurisprudence traditionnellement suivie en la matière a pu faire naître l’espérance légitime de la voir concrétiser. De la sorte, la créance, en tant que valeur patrimoniale, peut être qualifiée de bien dès l’instant où le requérant a pu avoir une espérance légitime d’obtenir sa réalisation. L’idée d’espérance légitime, constitue alors un nouveau critère, facilitant la qualification de « bien ». Cependant, comme on le constate, avec ce nouveau critère, il n’est plus nécessaire que les créances soient actuelles ou liquides, d’où le

¹ Idem.

² § 31.

³ § 34.

⁴ § 43

développement de jurisprudences postérieures rappelant que cette notion demeure insusceptible de créer un droit à acquérir des biens¹.

221. La limitation de l'« espérance légitime ». La notion d'« espérance légitime » a des limites dans la mesure où le Protocole 1 en son article 1, ne protège que les biens actuels et non les biens à venir tels que le droit à devenir propriétaire d'un bien². Dès lors, ni « l'espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis bien longtemps impossible d'exercer effectivement »³, ni « une créance conditionnelle s'éteignant du fait de la non-réalisation de la condition »⁴ ne peuvent être analysés comme un bien au sens du protocole 1. Le « conditionnement »⁵ de la notion a néanmoins réellement eu lieu le 28 septembre 2004, dans l'arrêt *Kopecky c/. Slovaquie*⁶.

Dans cet arrêt, la Cour commence par formuler une véritable « théorie générale »⁷ de l'espérance légitime. Elle synthétise sa propre jurisprudence en affirmant que dans les affaires où la notion a été appliquée, « les personnes concernées pouvaient légitimement escompter que l'acte juridique sur la base duquel elles avaient contracté des obligations financières ne serait pas rétroactivement invalidé à leur détriment. Dans ce type de cas, l'"espérance légitime" résulte donc de la circonstance que la personne concernée se fonde de façon raisonnablement justifiée sur un acte juridique ayant une base juridique solide et une incidence sur des droits de propriété »⁸. Elle en vient néanmoins à relativiser sa jurisprudence en affirmant que « l'espérance légitime identifiée dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* n'était pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial ; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de "valeur patrimoniale" serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés »⁹. La Cour rappelle alors que, dans une série d'affaires, elle « a jugé que les requérants n'avaient pas d'"espérance légitime" lorsque l'on ne pouvait considérer qu'ils possédaient de manière suffisamment établie une créance

¹ Sur les rapports entre l'espérance légitime et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi « anti-Perruche », v. infra n° 248 et s.

² CEDH, « *Marckx* », précit.

³ CEDH, « *Malhous c/. République tchèque* », 13 déc. 2000.

⁴ CEDH, « *Mosteanu et autres c/. Roumanie* », 26 nov. 2002.

⁵ J.-F. Flauss, AJDA, 2005 p. 559.

⁶ CEDH, « *Kopecky* », 28 sept. 2004, précit.

⁷ J.-P. Marguénaud, in Sudre F. et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF Thémis, 2007, 4^{ème} éd., p. 626.

⁸ § 47.

⁹ § 48.

immédiatement exigible »¹. Pareillement, elle ajoute qu'« on ne peut conclure à l'existence d'une "espérance légitime" lorsqu'il y a controverse sur la façon dont le droit interne doit être interprété et appliqué et que les arguments développés par le requérant à cet égard sont, en définitive, rejetés par les juridictions nationales »². Ainsi, « à la lumière de ce qui précède, on peut conclure que la jurisprudence de la Cour n'envisage pas l'existence d'une « contestation réelle » ou d'une « prétention défendable » comme un critère permettant de juger de l'existence d'une « espérance légitime » protégée par l'article 1 du Protocole n° 1 »³. En effet, « lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux »⁴.

Par conséquent, à l'aune de cette jurisprudence, on peut sans nul doute avancer que le concept d'espérance légitime reste « essentiellement un instrument d'arrimage au système de protection conventionnelle des biens incorporels que sont les créances incertaines »⁵. Cela semble constituer « le pendant logique »⁶ de la règle implicite dégagée dans l'arrêt *National et Provincial Building Society c/. R.-U.* du 23 octobre 1997⁷ : si les créances ne peuvent être tenues pour suffisamment établies ou fondées sur une « espérance légitime », le juge européen ne retient qu'à titre d'hypothèse de travail leur qualification de « bien ».

L'attente d'autrui se voit de la sorte concrétisée en droit conventionnel. En prenant comme repère l'espérance d'autrui pour déterminer si un justiciable disposait d'une créance, bien protégé par la Convention, le juge strasbourgeois ne fait que rappeler qu'un Etat est susceptible de violer la Convention et d'être amené à payer à un justiciable une satisfaction équitable, s'il ne prend pas suffisamment en considération les intérêts de cet autre. Les attentes des justiciables doivent être respectées dès qu'elles présentent un degré suffisant de stabilité. L'exigence, au-delà de la sphère privée, s'impose donc également à un Etat. Dans la mesure où même les Etats possèdent une altérité, le lien avec les justiciables, il semble logique de lui imposer le respect de l'anticipation légitime d'autrui.

Toutefois, si le domaine de l'espérance légitime fut quelque peu limité par l'arrêt « *Kopecky c/. Slovaquie* », la Cour européenne a su lui ouvrir un champ, qui jusqu'ici lui était inconnu, celui de la vie privée.

¹ § 49.

² § 50.

³ § 52.

⁴ § 52.

⁵ Marguénaud J.-P., in Sudre F. et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., 626.

⁶ Idem.

⁷ CEDH, « *National et Provincial Building Society c/. R.-U.* », 23 octobre 1997, JCP 1998, I, n° 30, obs. F. Sudre.

B – L'espérance légitime et le respect de la vie privée

222. Point de départ de l'extension. C'est dans le cadre de l'arrêt « Von Hannover c/. Allemagne »¹ en date du 24 juin 2004, que la Cour européenne des droits de l'Homme a, pour la première fois, recouru au concept d'espérance légitime afin de concilier la liberté d'expression, d'une part, et la protection de la vie privée de l'image, d'autre part.

En l'espèce, depuis le début des années 1990, plusieurs magazines allemands publièrent des photographies montrant Caroline de Monaco dans le cadre d'activités quotidiennes relevant de la vie privée : au restaurant, au marché, avec son ami, ses enfants, en train de faire du sport... Naturellement, ces photos firent l'objet de légendes qu'un auteur a pu légitimement qualifier de « mièvres »². Les juridictions allemandes saisies afin de sanctionner cette atteinte à son droit au respect de la vie privée rendirent des décisions qui ne lui furent pas favorables, notamment en raison de l'article 23 § 1 de la loi allemande sur les droits d'auteur faisant d'elle une « personnalité absolue » de l'histoire contemporaine, à l'égard de laquelle la protection de la vie privée cesse à la sortie de son domicile. Même si la Cour fédérale eut une conception un peu moins restrictive de l'intimité en y incluant les endroits isolés, à l'écart du public, l'exposition de Caroline de Monaco dans des lieux publics mettait à l'abri tout éditeur publiant une photo prise à cette occasion.

Elle saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme pour qu'elle se livre, à son tour, à une balance des intérêts, au regard de l'article 8 de la Convention, protégeant le droit à la vie privée³, entre l'intérêt du public à être informé et les intérêts légitimes de la personne représentée. Pour ce faire, « la Cour rappelle l'importance fondamentale que revêt la protection de la vie privée pour l'épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui - comme elle l'a dit plus haut - va au-delà du cercle familial et intime et comporte également une dimension sociale. Elle estime que toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une "espérance légitime" de protection et de respect de sa vie privée »⁴. Pour contrôler

¹ CEDH, 3e sect., 24 juin 2004, requête n° 59320/00, « Von Hannover c/ Allemagne », Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2004, comm. 147 par A. Lepage.

² A. Lepage précit.

³ « Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale :

1 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2 - Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁴ § 69.

l'équilibre de la balance, le juge européen doit alors « vérifier s'il n'existe pas un intérêt contraire suffisamment fort pour faire céder cette protection »¹. Ainsi, « l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général. Or, force est de constater qu'en l'espèce cette contribution fait défaut, la requérante ne remplissant pas de fonctions officielles et les photos et articles litigieux se rapportant exclusivement à des détails de sa vie privée »². La Cour ajoute que « le public n'a pas un intérêt légitime de savoir où la requérante se trouve et comment elle se comporte d'une manière générale dans sa vie privée, même si elle apparaît dans des lieux qu'on ne saurait toujours qualifier d'isolés, et ce malgré sa notoriété »³.

Selon la Cour, le droit allemand, en ce qu'il établit une distinction entre personnalité absolue et personnalité relative et emploie le critère de l'isolement spatial pour déterminer si le requérant a, ou non, un droit au respect de la vie privée, ne protège pas suffisamment ce droit ; ce critère, « s'il peut paraître clair en théorie, apparaît en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée : en l'espèce, le seul fait de qualifier la requérante de personnalité "absolue" de l'histoire contemporaine ne suffit pas à justifier une telle intrusion dans la vie privée de celle-ci »⁴.

Dès lors, « les critères définis par les juridictions internes n'étaient pas suffisants pour assurer une protection effective de la vie privée de la requérante, et cette dernière aurait dû bénéficier dans les circonstances de l'espèce d'une « espérance légitime » de protection de sa vie privée » ; partant, les juridictions n'ont pas établi un « juste équilibre des intérêts en présence »⁵, l'article 8 a donc été violé.

223. Evaluation au regard du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Le raisonnement de la Cour semble ici encore plus important que les concepts employés. En posant le problème en termes d'équilibre des intérêts, la juridiction strasbourgeoise nous rappelle que cette problématique juridique se ramène à déterminer la limite des droits. Nul ne niera ici la légitimité des droits de la presse et de la requérante au respect de sa vie privée. Les deux droits sont respectivement consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme aux articles 10 et 8. Néanmoins, lorsque ces droits entrent en interaction et sont amenés à s'opposer, il convient, pour le juriste, de déterminer un moyen de trancher le conflit qui les oppose. La théorie

¹ A. Lepage, précit.

² § 76.

³ § 77.

⁴ § 75.

⁵ § 79.

du respect dû aux anticipations légitimes d’autrui pose comme postulat l’exigence d’une réflexion sur la limitation des droits et en arrive à la conclusion que pour résoudre le différend, il convient de déterminer, *in abstracto*, ce à quoi pouvait légitimement, raisonnablement s’attendre la victime. Comme il l’a été démontré¹, il ne s’agit pas en réalité d’une appréciation purement abstraite : il faut davantage se placer dans les mêmes circonstances objectives pour essayer de définir l’attitude et l’expectative d’un individu raisonnable.

Or, il semble que la méthode de la Cour soit, ici, identique. En partant de l’idée que Caroline de Monaco est un personnage public, la Cour se demande si le droit allemand protège suffisamment son droit au respect de la vie privée. En confrontation avec le droit légitime de la presse à la liberté d’expression, il revient ici à déterminer si un tel personnage peut légitimement prétendre à ce qu’une immixtion dans sa vie privée soit sanctionnée. Pour y répondre, la Cour tient à mettre en exergue le fait que ces publications ne poursuivaient pas un objectif de contribution au débat général. Puisque « le public n’a pas un intérêt légitime de savoir où la requérante se trouve et comment elle se comporte d’une manière générale dans sa vie privée »², le droit à la liberté d’expression et la liberté de la presse doivent « s’effacer en l’espèce devant le droit de la requérante à la protection effective de sa vie privée »³.

Il s’agit donc, ici, de déterminer si, du côté d’autrui, la victime, l’on pouvait légitimement s’attendre à ce que, dans les circonstances de l’espèce, le droit à la vie privée soit respecté. Dans la mesure où ces articles et photographies ne poursuivent pas un but d’intérêt général, la législation et les juridictions allemandes auraient dû sanctionner ces atteintes. Le recours à l’appréciation concrète des circonstances est bien conforme à la tradition de la Cour, mais l’emploi de la notion d’espérance légitime tend ici à contre-balancer le poids de cette appréciation concrète dans la mesure où, pour déterminer la limitation éventuelle de la liberté de la presse, on se situe du côté de la victime de l’atteinte, pour déterminer ce qui est légitime, raisonnable, en terme d’expectative juridique.

224. Bilan. Si le mécanisme conventionnel de protection des droits fondamentaux ne peut *stricto sensu* s’analyser en un système de responsabilité, il n’en demeure pas moins que les différents raisonnements effectués par la Cour en matière d’espérance légitime se rapprochent de la théorie selon laquelle le respect dû aux attentes légitimes d’autrui serait à la base de l’idée juridique de responsabilité. Dans la mesure où un tel instrument tend à assurer le respect du droit

¹ V. supra n° 186.

² § 77.

³ § 77.

objectif, il confine à n'en pas douter au principe de sécurité juridique. Néanmoins, lorsqu'en matière de droit des biens, la Cour emploie le concept d'espérance légitime afin de faire obstacle à une loi rétroactive en matière de responsabilité extra-contractuelle¹, il est évident que la Cour tend à directement octroyer au principe de sécurité juridique une protection efficiente, une fois de plus, au regard de l'altérité. La sécurité n'est plus alors l'objectif poursuivi par le droit afin de se conformer aux attentes raisonnables d'autrui, elle devient le vecteur d'un droit « se déplaçant » dans le temps² à l'aune de l'altérité. Il ne s'agit plus tant de la prévisibilité qu'autrui rattache légitimement à la protection de ses intérêts, que la consécration de l'idée que le droit lui-même peut être source d'insécurité si sa modification est de nature à violer l'attente raisonnable d'autrui.

¹ Voir CEDH, arrêt « Pressos Compania de naviera et al. c/. Belgique », supra n° 217.

² V. F. Mechri, « Voyage dans l'espace du temps juridique », in *Philosophie du droit et droit économique - Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 429.

Chapitre II – L'altérité, l'exigence d'un droit mû en sécurité

*« Les actions morales, comme les actions physiques,
ont leur sphère d'activité limitée et, comme tous
les mouvements naturels, sont diversement
circonscrites par le temps et l'espace ».*
Cesare Beccaria¹

225. Sécurité juridique et altérité. De manière purement intuitive, il peut être aisément soutenu que la sécurité juridique est une exigence fondamentale dans un Etat de droit. Puisque le droit apparaît de nos jours comment le garant d'un ordre social favorable à une harmonie certaine entre les citoyens, parler de sécurité juridique peut même paraître tautologique : « l'objet même de toute entreprise juridique, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est d'introduire dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité, dispensant les sujets du droit d'appuyer leurs revendications sur le seul usage de la force et les garantissant du sort incertain de leurs armes »² ; en effet, « qu'est-ce que le droit si ce n'est une forme de sécurité juridique ? »³. Ainsi, cette exigence élémentaire de sécurité peut être définie telle « une garantie ou une protection tendant à exclure, du champ juridique, le risque d'incertitude ou de changement brutal, dans l'application du droit »⁴. Il n'est dès lors pas étonnant que le doyen Roubier en ait fait « la première valeur sociale à atteindre »⁵.

Si l'importance du concept est indubitable, il n'en reste pas moins qu'il peut se heurter à un certain paradoxe. L'exemple de l'imprévision suffit à s'en convaincre. Alors que certains, au nom de la sécurité juridique, défendent l'idée selon laquelle les prévisions contractuelles ne peuvent être bouleversées au nom d'un changement inattendu de circonstances, d'autres, de manière tout aussi logique, soutiennent, que ne pas permettre à la convention d'évoluer, revient à prendre le risque d'une déconfiture, donc d'une inexécution du contrat. L'argument tiré de la sécurité juridique permet d'étayer les deux options alors qu'elles supposent des solutions

¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris 1991, p. 79.

² J.-P. Puissochet et H. Legal, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Cahiers du Constitutionnel*, n° 11, introduction.

³ A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, chron. p. 2815.

⁴ M. Kdhir, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.* 1993, p. 538.

⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 269.

opposées. Cette imprécision de la notion¹ a légitimement conduit certains auteurs à voir dans la sécurité juridique une exigence plutôt qu'un véritable principe de droit².

Nonobstant sa consécration positive par le Conseil d'Etat³, il apparaît que cette exigence peut être garantie par l'intermédiaire d'autres concepts, souvent issus du droit européen, et répondant à un plus grand impératif de précision : tel est le cas de la confiance légitime d'autrui au niveau communautaire et de l'espérance légitime d'autrui en matière conventionnelle, l'altérité apparaissant alors comme le vecteur commun de l'exigence de sécurité (section 1).

Au demeurant, le fait que la Cour de cassation française ait eu recours à un autre concept issu du droit européen, le procès équitable, pour appliquer et moduler dans le temps⁴, respectivement, lois interprétatives et revirements de jurisprudence, ne doit pas pour autant inciter à départir les deux domaines de la perspective liée à l'altérité. L'équité, comme source de sécurité juridique lorsque le droit se meut dans le temps, peut pareillement être analysée à l'aune d'autrui (section 2).

Cette appréciation de la sécurité juridique à l'aune d'un autrui destinataire de normes participe à la réception de l'altérité dans sa dimension relationnelle, que le lien soit contractuel ou extracontractuel : l'anticipation légitime d'autrui dépasse ainsi la traditionnelle dichotomie au profit d'une conception métacontractuelle de la relation juridique⁵.

Section 1 – La sécurité juridique comme exigence à l'aune d'autrui

226. Le processus européen de consécration de l'exigence de sécurité juridique passe notablement par la création en droit communautaire du principe de confiance légitime (§ 1), et en matière conventionnelle par le biais de l'espérance légitime (§ 2). Dans un cas comme dans l'autre, il est aisé de remarquer que le critère employé réside dans l'expectative d'un autrui bien défini. En s'appuyant sur la légitimité d'une espérance ou d'une confiance, ces concepts rappellent à notre ordre juridique que, surtout en matière de sécurité juridique, l'attente

¹ V. notamment S. Cimamonti, « Les mécanismes d'application du droit dans le temps », *Revue du notariat*, Canada, 2008, à paraître.

² Cristau, précit. ; P. Morvan, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », note sous Cass. AP, 21 déc. 2006, *D.* 2007, p. 837. Sur l'imprécision relative à sa qualification, v. S. Cimamonti, art. précit.

³ CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, « Sté KPMG » ; n° 288465, « Sté Ernst & Young Audit et a. » ; n° 288474, « Sté Deloitte et assc. et Soc. Grand Thornton » ; 24 mars 2006, n° 288485, « Sté Price Waterhouse Cooper Audit » : *Droit Administratif* n° 5, mai 2006, Repère 5 par J.-B. Auby ; *Juris-Data* n° 2006-069857.

⁴ V. S. Mercoli, « Droits fondamentaux : à quand le principe d'une rétroactivité pour l'avenir ? », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, p. 51.

⁵ Après, au-delà mais avec le lien contractuel puisque c'est, avant tout, dans ce domaine que l'anticipation légitime d'autrui a été synthétisée. Ainsi fut dégagé un principe du droit : un précepte obligatoire mais non contraignant dont la « règle juridique » a à s'inspirer.

raisonnable d’autrui constitue une référence constante du droit. Autrui met ainsi en exergue le fait que la sécurité est un exigence juridique.

§ 1 – La dynamique communautaire : confiance légitime d’autrui et sécurité juridique

227. A travers la systématisation du concept de confiance légitime (A) effectuée par la Cour de justice des communautés européennes, apparaît le vaste rôle que semble jouer la confiance légitime dans le domaine plus large de l’objectif de sécurité juridique. En cherchant à savoir si une autorité a créé chez autrui une confiance légitime pour déterminer si un acte communautaire doit être annulé ou la responsabilité de la Communauté engagée, la Cour de justice paraît avoir construit le versant subjectif de la sécurité juridique. Néanmoins, si la confiance légitime semble se présenter en droit communautaire telle la consécration de la protection due à l’attente légitime d’autrui, il n’en demeure pas moins qu’elle doit être analysée à la lumière de ses nombreux champs d’application (B), aux niveaux tant interne que communautaire.

A – L’idéation de la confiance légitime d’autrui

228. Un emprunt germanique. Avant d’envisager le processus allemand de consécration du concept de confiance légitime, il n’est pas inutile de proposer une première vision de ce que sous-tend ce principe. Ainsi, l’on peut soutenir que « le point fixe que constitue l’idée de protection de la confiance légitime, qui exprime le désir de sécurité du citoyen, agit comme contrepoids destiné à fortifier la position menacée de l’individu face au pouvoir croissant des personnes publiques, dans la mesure où le désir individuel de stabilité et de prévisibilité de l’action publique, causé par cette dépendance accrue, ne peut pas toujours être assouvi par les moyens de droit connus par ailleurs. Le principe de protection de la confiance légitime est donc apparu en vue de limiter et de rationaliser le pouvoir étatique, dans l’intérêt de l’épanouissement libre de l’individu, et en vue de protéger la sphère de droit privé »¹.

Il est au demeurant constant de présenter ce concept de confiance légitime comme le fruit d’une création allemande qu’il est possible de repérer sous la République de Weimar, de manière isolée, et plus concrètement dans un jugement du Tribunal administratif supérieur de Berlin du

¹ S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 16.

14 novembre 1956¹. En l'espèce, la veuve d'un ancien fonctionnaire était assurée par une attestation spéciale de bénéficier d'une rente, fondée sur l'article 131 de la Loi Fondamentale, si elle quittait l'Allemagne de l'Est pour Berlin Ouest, ce qu'elle choisit alors de faire. La rente lui fut à tort accordée pendant un an, puis retirée, avec demande de remboursement des sommes versées. Le juge préféra néanmoins protéger la confiance investie par l'intéressée dans la continuité de la situation pour lui maintenir le bénéfice de la rente. Suite à un fort mouvement doctrinal tendant à systématiser ce que les juridictions affirmaient depuis une vingtaine d'années, la loi fédérale du 25 mai 1976 vint consacrer ce principe. Le législateur fut néanmoins précédé par le juge constitutionnel qui annonça le principe dans une décision du 8 juillet 1971 avant d'expressément le consacrer le 2 février 1978. Pour reprendre le propos d'un auteur allemand, « la protection de la confiance en tant que principe général de l'ordre juridique signifie que certaines expectatives, qui sont suscitées par un sujet de droit en raison d'un comportement déterminé à l'égard d'un autre sujet de droit, ou de la communauté juridique dans son ensemble, produisent des effets juridiques »². Le contenu du principe apparaît néanmoins flou en droit allemand puisqu'il semble imposer « l'obligation, pour les autorités, de protéger - par un comportement conséquent et non contradictoire -, sauf intérêt public impérieux contraire, les attentes fondées des personnes privées, qu'ils ont fait naître - par un acte ou une action antérieurs, même illégaux -, sous peine de sanction par le juge »³. Malgré l'imprécision de ce principe fondamental allemand, le juge communautaire a reçu ce concept dès 1957, soit une année après la consécration allemande.

229. La consécration communautaire : l'annulation d'actes illégaux. Dès 1957 et l'arrêt « Algera »⁴, l'idée de respect de la confiance légitime apparaît dans la jurisprudence communautaire au travers du concept de droits acquis. Ainsi, concernant le retrait d'actes administratifs illégaux, la cour s'inspire de règles communes dégagées par la législation, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres pour admettre, implicitement, la reconnaissance de ce principe en droit communautaire. Cette reconnaissance appelait néanmoins une consécration, cette fois explicite, du principe de confiance légitime.

¹ OVG Berlin VII B 12/56, DVBl 72/1957, 503ss, note Haueisen F. ; confirmation du jugement par la Cour administrative fédérale le 28 octobre 1959 : BVerwGE 9, 251ss = NJW 1960, 692.

² J.-P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Heymann, Köln-Berlin, 1971, 1.

³ Calmes S., op. cit. p. 44.

⁴ CJCE 12 juillet 1957, « Algera e.a. c/assemblée commune de la CECA », Aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57, Rec. 1957, 81, concl. Lagrange, 136 ; GAJC, 79

Ce fut rapidement chose faite dans le domaine de l’annulation des actes communautaires puisque, dès 1965, dans l’arrêt « Lemmerz-Werke »¹, la Cour détermine, parmi ses attributions prétoriennes, le contrôle du respect de la confiance légitime des opérateurs économiques en cas de retrait d’un acte illégal leur ayant toutefois considéré des droits. Cette consécration fut encore plus nette dans l’arrêt « Commission contre Conseil » du 5 juin 1973² puisque, pour la première fois, la Cour conclut à une violation du principe. Il s’agissait, ici, de déterminer si une décision précise du Conseil dans le domaine du statut des fonctionnaires, et plus précisément de leurs rémunérations, pouvait avoir des effets juridiques malgré sa modification ultérieure. La Cour, considère que le Conseil « a assumé des obligations à l’observation desquelles il s’est lié pour la période par lui définie », en l’adoptant. Elle ajoute que la « règle de la protection de la confiance légitime » implique que la décision [...] obligeait le Conseil dans son action future ». En modifiant cette décision, il a donc « violé la règle de la protection de la confiance légitime » : la nouvelle mesure doit être annulée.

Par cette décision de principe, la Cour tend à faire du principe de confiance légitime un droit efficient permettant, à lui tout seul, de justifier l’annulation d’une décision. Moins d’un mois plus tard³, la Cour ajoutera que des dispositions législatives venant modifier une loi antérieure s’appliquent, sauf dérogation, aux effets futurs de situations nées sous l’emprise de la loi ancienne. La Cour conclut, en l’espèce, à l’absence de violation de la confiance légitime des intéressés dans la mesure où il semblait difficile de soutenir que ladite modification portait atteinte à une position établie. Malgré l’absence de violation du principe, la décision est importante en ce qu’elle rapproche le principe de confiance légitime de la sécurité juridique : l’affaire est en effet analysée à l’aune du « principe de sécurité juridique en vertu duquel la confiance légitime des intéressés mérite protection »⁴.

230. Confiance légitime et responsabilité de la Communauté. L’efficacité du principe fut également reconnue dans le domaine de la responsabilité : la violation du principe de confiance légitime, au-delà de l’annulation d’actes, est à même de justifier l’octroi de dommages et intérêts à titre de réparation en cas de changement de la ligne de conduite publique, si celle-ci cause un préjudice à l’intéressé. Cette extension de la confiance légitime trouve un écho dans

¹ CJCE 13 juillet 1965 « Lemmerz-Werke GmbH c/ Haute Autorité CECA », Aff. 111/63, Rec. 1965, 836, concl. Roemer, 865.

² CJCE 5 juin 1973, « Commission contre Conseil », Aff. 81/72, Rec. 1973, 5575, concl. Warner, 588.

³ CJCE 14 mars 1973, « Westzucker », aff. 57/72, Rec. 1973, p. 321,

⁴ § 13.

l'article 288 alinéa 2 du traité CEE¹ qui dispose : « en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leur fonction ». Dès lors le 4 juillet 1973, dans l'affaire « Kampfmeier »², la Cour de justice reconnaît que les requérantes se sont « légitimement fondées » sur le régime en vigueur pour assumer certaines obligations contractuelles, et ont droit à être dédommagées pour la totalité du préjudice subi, faisant de la confiance légitime un principe général commun aux droits des Etats membres.

C'est l'arrêt « CNTA c/. Commission »³ en date du 14 mai 1975 qui fit gagner au principe ses lettres de noblesse. Dans le domaine toujours périlleux de la politique agricole commune, la Cour affirme que la confiance légitime des intéressés a été violée car la Commission a supprimé, sans avertissement, l'application des montants compensatoires avec effet immédiat, en dehors de tout intérêt public péremptoire, « sans prendre de mesures transitoires qui, au moins, permettraient à un opérateur économique soit d'éviter la perte qui lui aurait été causée dans l'exécution de contrats d'exportation dont la réalité et l'irrévocabilité sont établies par la préfixation des restitutions, soit d'être dédommagé de cette perte ». Cet arrêt présente l'intérêt de faire du principe de confiance légitime « une règle supérieure de droit protégeant les particuliers », permettant d'engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté : « cette affirmation a consacré la confiance légitime en tant que principe général supérieur faisant partie intégrante de l'ordre juridique communautaire et engendrant des obligations dans le chef des institutions communautaires, en dépit de son caractère non écrit »⁴.

Précisant le mécanisme de la confiance légitime, la Cour affirme dans l'arrêt « Mackprang »⁵ du 27 mai 1975 qu'un commerçant raisonnable ne pouvait légitimement se fier au maintien d'une situation anormale de nature à lui octroyer un « bénéfice artificiel aux frais des deniers publics ».

231. Une nécessaire mise en balance des intérêts. Afin de déterminer si les sujets de l'Union européenne sont en droit d'avoir confiance en la stabilité et l'efficacité d'une norme ou d'une décision d'un organe communautaire, le juge communautaire doit nécessairement procéder à une balance des intérêts. Comme l'a parfaitement bien démontré M. Frédéric Train, il s'agit de

¹ Ancien article 215.

² CJCE 4 juill. 1973, « Kampfmeier », Aff. 1/73, Rec. 1973, 723.

³ CJCE, 14 mai 1975, « CNTA c/. Commission », Aff. 74/74, Rec. 1975, 533, concl. Trabucchi, 550.

⁴ S. Calmes, op. cit., p. 36.

⁵ CJCE 27 mai 1975, « Mackprang », Aff. 2/75, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide c/ Mackprang, Rec. 1975, 607.

« protéger les opérateurs économiques des changements de ligne de conduite imprévisibles et préjudiciables à leurs intérêts, pour mettre les rapports juridiques à l'abri d'une insécurité qui serait néfaste pour le développement des échanges, sans pour autant assurer les entreprises contre les risques inhérents au fonctionnement normal d'une économie de marché », mais, également, « ne pas trop réduire la marge de manœuvre des institutions communautaires, nécessaire à l'interventionnisme de la Communauté »¹. La Cour se soucie effectivement d'aligner sa jurisprudence sur les objectifs fondamentaux de la construction communautaire. Les exigences économiques inhérentes à cette construction sont ainsi souvent mises en balance avec la confiance légitime afin de déterminer si l'attente d'un intéressé était raisonnable, légitime au regard des objectifs de l'Union. Le risque d'une protection trop large de la confiance légitime reviendrait en effet à soustraire au jeu de l'économie libérale et du marché un sujet de la Communauté. En permettant à tout un chacun de prétendre au maintien d'une situation juridique antérieure, l'on risque en effet de priver la construction communautaire de sa logique-même en empêchant structurellement l'évolution de l'Union : « Aussi la situation de confiance des administrés est-elle appréciée assez sévèrement et l'invocabilité du principe reste-t-elle limitée. Il s'agit, en fin de compte, de n'assurer la protection effective des intérêts des particuliers que lorsque l'équité l'exige et que l'"intérêt supérieur" ou "péremptoire" de la Communauté ne s'y oppose pas »². Si le législateur communautaire a l'obligation d'agir avec bienveillance dès que s'amorce une modification du droit positif, aussi faut-il se rappeler qu'il a également, voire surtout, le devoir de répondre de la manière la plus efficace aux évolutions économiques.

232. Le mécanisme de conciliation. M. le professeur Mengozzi³ a démontré que la Cour de justice des Communautés a modifié sa méthode d'analyse du principe, qui comporte désormais des phases clairement individualisées et distinctes, la « *two step analysis approach* ». Il s'agit tout d'abord de vérifier si l'acte est de nature à suggérer la confiance d'autrui, à créer chez lui une expectative ; si tel est le cas, la Cour s'attèle à déterminer si la confiance peut être écartée au regard de l'objectif de l'acte.

¹ F. Train, *Le principe de la confiance légitime en contentieux communautaire*, Mémoire DEA, Université de Bordeaux I, 1992, p. 134 ss.

² S. Calmes, op. cit., p. 553.

³ P. Mengozzi, « Evolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1997, p. 13.

Cette méthode est clairement exposée par la Cour dans l'affaire « Henri de Compte c/. Parlement européen », tranchée le 17 avril 1997¹ : en l'espèce, un fonctionnaire du Parlement européen, qui avait été rétrogradé en raison d'irrégularités comptables, obtient du Parlement un traitement économique pour cause de maladie professionnelle. Trois mois plus tard, cette décision est annulée avec effet rétroactif au motif qu'une maladie professionnelle ne pouvait être ainsi qualifiée que si elle tire son origine dans l'exercice régulier des fonctions, et ce, en vertu d'une jurisprudence de la Cour des communautés. Le fonctionnaire forme alors contre ce retrait un recours en annulation et réclame le versement du traitement sur la base du principe de protection de la confiance légitime. Le Tribunal de première instance² estime que, si à la date de l'adoption de la décision annulée, le requérant pouvait se fier à une apparence de légalité et exiger le maintien de la décision, cette confiance fut très rapidement annihilée, de sorte qu'à la date à laquelle le Parlement a procédé à l'annulation contestée, le requérant n'avait plus de motif valable de nourrir une confiance légitime dans la légalité de la décision. Or, la Cour de justice annule cette décision en raison de la méthode suivie.

Selon cette dernière, l'analyse de l'existence d'une confiance légitime et celle portant sur la compatibilité de la protection concrète de ces attentes avec des intérêts d'ordre public dignes d'une protection juridique supérieure, sont à effectuer isolément. Il faut en effet séparer l'existence de la confiance de sa légitimité. La confiance d'autrui n'est en effet légitime, et, à ce titre susceptible de protection, qu'à partir du moment où, confrontée aux impératifs poursuivis par la Communauté, elle l'emporte. Ainsi, une confiance engendrée à bon droit ne peut être entamée : « s'il y a lieu de reconnaître à chaque institution communautaire qui constate qu'un acte émanant d'elle est entaché d'illégalité, le droit de l'annuler avec effet rétroactif dans un délai raisonnable, ce droit trouve une limite dans la nécessité de respecter la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte, qui a pu se fier à la légalité de ce dernier »³.

Dans la mesure où la Cour remarque que, compte tenu des circonstances de l'espèce, « aucun intérêt d'ordre public ne prime l'intérêt du bénéficiaire au maintien d'une situation qu'il pouvait tenir pour stable », elle en conclut que la décision du Tribunal de première instance est entachée d'une erreur de droit.

Cette décision met en exergue le fait que, compte tenu des circonstances de l'espèce, un intérêt public impérieux empêche toute protection effective. Si le principe de protection de la confiance légitime interdit en principe aux pouvoirs publics de bouleverser brutalement, sans

¹ CJCE, 17 avril 1997, « Henri de Compte c/. Parlement européen », Affaire C-90/95 P, Recueil de jurisprudence 1997 page I-01999.

² TPICE, 26 janvier 1995, Aff. jtes T-90/91 et T-62/92, Rec. 1995, II, 1.

³ S. Calmes, op. cit. p. 549-550.

avertissement ni mesures transitoires une réglementation dans un sens défavorable aux particuliers, ces exigences succombent si un intérêt public impérieux s’oppose à de telles précautions. Dès lors, « la référence aux objectifs communautaires et au pouvoir d’appréciation dont doivent bénéficier les autorités pour les mettre en œuvre peut, en effet, justifier sans autre forme de procédure le sacrifice des attentes légitimes des personnes privées »¹. Or, la vigueur du principe de la confiance légitime devient ainsi directement contributaire de la place faite par le juge communautaire à ces objectifs.

La logique de la confiance légitime dépend alors de la conciliation que les autorités sont amenées à opérer entre les deux exigences de la sécurité juridique et de la mutabilité de la réglementation économique : « Comme un principe fondamental de droit tel que celui de la protection de la confiance légitime peut avoir un contenu et donc des effets très différents suivant que la jurisprudence en adopte une conception restrictive ou extensive, le juge communautaire a été amené à lui donner un contenu adapté aux exigences du marché commun, lui conférant par-là même une logique communautaire propre »².

Ce « mécanisme à double détente »³ permet en outre de différencier l’application du principe en fonction des domaines dans lesquels il est invoqué. Dans le cadre d’un recours en responsabilité, il conviendra de démontrer l’existence d’une confiance légitime et d’un dommage causé dans le chef du demandeur, le droit communautaire tendant ainsi à faire de la confiance légitime d’autrui, le siège de la responsabilité extracontractuelle de la communauté.

En matière de recours en annulation, le demandeur devra établir l’existence d’un dommage non justifié au regard des intérêts généraux de la Communauté.

Ceci démontre l’intérêt d’étudier le champ d’application de la confiance légitime en droit communautaire et sa réception en droit interne.

B – Le champ de la confiance légitime d’autrui

233. L’origine et le mécanisme de la confiance légitime étant définis, il convient désormais d’en préciser les champs concrets d’application. Dans une perspective horizontale (1), il est ainsi indispensable d’établir les liens que ce concept entretient, en droit communautaire, avec les principes de sécurité juridique et de maintien des droits acquis. Sur un plan vertical (2), il sera intéressant d’essayer de mesurer la réception de ce concept en droit interne.

¹ S. Calmes, op. cit. p. 550.

² S. Calmes, op. cit. p. 551.

³ I. Fournol, « L’émergence du principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire », *RRJ* 2001-1, p. 296.

1 – Champ horizontal

234. Triptyque communautaire. En droit communautaire, le champ recouvert par la nécessité de ne pas bousculer l’anticipation légitime d’autrui semble faire l’objet d’une triple protection à travers les principes du respect des droits acquis, de la sécurité juridique, et, bien évidemment, de la confiance légitime. L’étude de ces trois champs d’application permettra de dégager une synthèse de cette protection dont la sécurité juridique pourrait être le fondement objectif, la confiance légitime, le paravent subjectif, et le respect des droits acquis, un exemple concret de cette construction.

235. Principe de sécurité juridique. S’il semble, une fois de plus, évident de soutenir que le besoin général de stabilité est inhérent à tout ordre juridique, il n’en reste pas moins que « ce besoin est [...] renforcé, dans l’ordre communautaire, par les trois facteurs que constituent l’objectif d’harmonisation des logiques juridiques des Etats membres, la méthode d’intégration progressive retenue dès l’origine, enfin les modalités d’organisation du contrôle juridictionnel »¹. Il n’est dès lors pas surprenant que le juge communautaire exige constamment que la norme communautaire soit claire, précise, non ambiguë². Dans son arrêt du 9 juillet 1981, « Administration des douanes c/. Gondrand Frères³ », la Cour de justice des Communautés rappelle que « le principe de la sécurité juridique exige qu’une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu’il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence »⁴.

¹ J.-P. Puissochet et H. Legal, op. cit. I.

² *A fortiori* en matière pénale : « Le principe général de sécurité juridique, qui constitue un principe fondamental du droit communautaire, exige, notamment, qu’une réglementation soit claire et précise, afin que les justiciables puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence » ; il en résulte que le principe de légalité des délits, « qui fait partie des principes généraux du droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui est une expression particulière du principe général de sécurité juridique et des peines », « implique que les règles communautaires définissent clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l’aide de l’interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale » (CJCE, grande chambre, 3 juin 2008, « Intertanko », affaire C-308/06, § 69, 70 et 71).

³ CJCE 9 juillet 1981, « Administration des douanes c/. Gondrand Frères », Aff. 169/80 : Rec. CJCE, p. 1931 s., spécialement p. 1942.

⁴ Il s’agit désormais d’une jurisprudence constante : « la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables » (15 déc. 1987, « Irlande c/. Commission », 325/85, Rec. p. 5041) ; « le principe de sécurité juridique exige [...] que tout acte communautaire qui produit des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l’intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire ses effets juridiques » (22 janv. 1997, « Opel Austria c/. Conseil », T-115/94, Rec. p. II-39).

L'objectif d'harmonisation des différents droits nationaux, en dépit de leur diversité, passe inéluctablement par une clarté garantissant la sécurité juridique. La progressive construction européenne a, en effet, été le vecteur d'une pluralité de mécanismes d'intégration susceptibles d'amener des autorités, et des actes à se contredire. La connaissance du droit applicable peut ainsi être rendue difficile pour le sujet du droit communautaire : « Or l'intérêt du particulier est la clé de la réussite de l'entreprise »¹. Le principe de la sécurité juridique est ainsi lié à celui du respect des droits acquis par autrui, d'une part, et au du respect de la confiance légitime, d'autre part. La Cour de justice associe d'ailleurs ces principes pour constater qu'ils « font partie de l'ordre juridique communautaire »².

La Cour de justice a en particulier recours au principe de la sécurité juridique pour régler les conditions d'application dans le temps de la réglementation communautaire : ce principe « exige que toute situation de fait soit normalement, et sauf indication contraire, appréciée à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines »³. En la matière, la décision « Defrenne contre Sabena »⁴ du 8 avril 1976 constitue, à n'en pas douter, l'arrêt de principe. En l'espèce, alors que l'article 119 du Traité de Rome prévoyait l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, la grande majorité des employeurs des Etats membres de la Communauté crurent qu'une transposition en droit interne était nécessaire pour donner vie à cette exigence, confortés en cette opinion par, à la fois la Commission et les différents gouvernements nationaux. L'arrêt « Defrenne » va confirmer l'effet direct de l'article 119 mais interdire l'application rétroactive de cette interprétation du texte pour des considérations relatives à la sécurité juridique : « des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour les périodes passées »⁵. Par ailleurs, en d'autres circonstances, la Cour a eu l'occasion de rappeler que ce principe « s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire soit son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication ». Il ne peut en être autrement, et à titre

¹ Idem.

² CJCE, 21 sept. 1983, « Deutsche Milchkontor c/. RFA », aff. jointes 205 à 215/82 : Rec. CJCE, p. 2633 s.

Cette exigence se formalise fort logiquement dans le cadre d'un double objet : « celui tout d'abord de vérifier la base légale donnant compétence à l'auteur de la norme en discussion et de préciser les obligations des autorités intervenantes s'agissant de l'application dans le temps d'une règle communautaire, celui, ensuite, d'apporter au caractère unilatéral de l'acte administratif les tempéraments qu'exige la prévisibilité de la législation communautaire pour les justiciables, et en particulier pour les opérateurs économiques ».

³ CJCE, 12 oct. 1978, « Belbouab c/. Bundesknappschaft », aff. 10/78 : Rec. CJCE, p. 1915 s.

⁴ CJCE, 8 avril 1976, « Melle Defrenne », Rec. CJCE 1976, p.454, spéc. n° 69 et s.

⁵ Idem.

exceptionnel, que « lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée »¹.

Il ressort clairement de cette synthèse jurisprudentielle que le principe de non-rétroactivité ne saurait être absolu². La Cour admet effectivement que suite à l'annulation pour vice de forme d'une directive, le Conseil adopte une directive à contenu identique, prévoyant la même date d'entrée en application. Cette méthode a pour objectif d'éviter un vide juridique dans le temps, notamment au regard de l'existence d'une base juridique de droit communautaire pour les dispositions nationales prises pour se conformer à la directive annulée. De surcroît, les opérateurs économiques soumis dans leurs activités aux législations nationales adoptées en vue de l'exécution de la directive annulée ne pouvaient pas s'attendre à un changement d'attitude de la part du Conseil, d'autant que l'adoption de la nouvelle directive n'a suivi que de très peu l'annulation de la directive précédente³ ; en cela, le principe de la confiance légitime n'est pas davantage violé⁴.

On voit bien que dans la jurisprudence de la Cour des Communautés, la différence entre sécurité juridique et confiance légitime n'est pas nette dans la mesure où la Cour a principalement recours à la légitimité de l'attente du citoyen européen pour déterminer s'il y a eu atteinte à l'exigence de sécurité juridique⁵.

236. Principe de la confiance légitime : applications concrètes. Le principe de la protection de la confiance légitime a été reconnu comme faisant partie de l'ordre juridique

¹ CJCE, 25 janv. 1979, « Racke c/. Hauptzollamt Mainz », aff. 98/78 : Rec. CJCE, p. 69 s., et « Decker c/. Hauptzollamt Landau », aff. 99/78 : Rec. CJCE, p. 101 s. - 16 févr. 1982 : « Rumi c/. Commission », aff. 258/80 : Rec. CJCE, p. 487 s. - 9 janv. 1990, "Società agricola fattoria alimentare", aff. C-337/88 : Rec. CJCE, I, p. 14.

En outre, pour la Cour, « le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'il soit fait une application rétroactive d'un règlement, que cette application ait des effets favorables ou défavorables pour les intéressés, à moins qu'il ne résulte clairement, soit de son texte, soit de ses objectifs, qu'il ne dispose pas uniquement pour l'avenir » : CJCE, 29 janv. 1985, « Gesamthochschule-Duisbourg c/ Hauptzollamt München-Mitte », aff. 234/ 83 : Rec. CJCE, p. 327 s.

² Toutefois, le principe de non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des Etats membres, consacré par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il fait ainsi partie des principes généraux du droit communautaire (CJCE, 3 mai 1978, « Töpfer c/. Commission », aff. 112/77 : Rec. CJCE, p. 1019 s.).

³ CJCE, 13 nov. 1990, « La Reine c/. FEDESA », aff. C-331/88 : Rec. CJCE, I, p. 4057.

⁴ Ces considérations sont de nature à justifier qu'un règlement créant une cotisation spéciale de résorption s'applique à une date antérieure à celle de sa publication. Une telle dérogation au principe de non-rétroactivité n'est admise qu'à condition que la confiance que les intéressés pouvaient légitimement mettre dans la réglementation communautaire ne soit pas trompée : CJCE, 21 févr. 1991, « Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe », aff. C-143/88 et C-92/89 : Rec. CJCE, I, p. 415.

⁵ Ainsi, dans une affaire où la Cour était saisie pour se déterminer au regard d'une loi néerlandaise rétroactive en matière de montages financiers immobiliers, elle a affirmé, en visant à la fois l'exigence de sécurité juridique et la confiance légitime, que la loi n'était pas contraire à ces principes car le but poursuivi par la loi de modification était d'intérêt général (éviter des montages financiers de grande échelle) et que la confiance légitime des intéressés semblait avoir été respectée par la publication de nombreux communiqués de presse officiels annonçant l'intervention de cette loi : CJCE, 26 avr. 2005, aff. C-376/02, « Stichting « Goed Wonen » », Europe n° 6, juin 2005, comm. 220 par Kauff-Gazin F.

communautaire¹. Ce principe, dont la bonne foi est, selon la juridiction communautaire, le corollaire dans l'ordre international², a pour objectif de protéger les ressortissants communautaires contre des changements exagérément brutaux de la réglementation économique qui porteraient atteinte à leurs intérêts légitimes. Par conséquent, ce principe doit être rangé parmi « règles de droit conférant des droits aux particuliers »³.

Comme précédemment pour le principe de la sécurité juridique, la Cour s'efforce de tenir une juste balance entre le respect dû à la confiance légitime des administrés dans une réglementation qui leur est applicable et les exigences non moins légitimes de la flexibilité de la réglementation, spécialement en matière économique. La Cour affirme, invariablement, que « dans le cadre d'une réglementation économique telle que celle des organisations communes de marchés agricoles, le principe du respect de la confiance légitime interdit aux institutions communautaires - lorsqu'elles ont, en vue de tenir compte de situations individuelles, édicté une réglementation spécifique permettant aux opérateurs économiques, moyennant certaines obligations assumées par eux à l'égard de l'autorité publique, de se garantir, en ce qui concerne des opérations définitivement engagées, contre les effets des variations nécessairement fréquentes, des modalités d'application de l'organisation commune - de modifier cette réglementation sans l'assortir des mesures transitoires si un intérêt public péremptoire ne s'oppose pas à l'adoption de pareille mesure »⁴.

La Cour de justice exige, pour accepter la mise en œuvre de ce principe, que l'attitude de l'administration communautaire ait pu faire naître dans le chef d'autrui « des espérances fondées »⁵. Or, constituant de telles assurances, indépendamment de la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels et concordants, délivrés par des sources autorisées et fiables⁶. Dès lors qu'un opérateur économique prudent et avisé (donc raisonnable) est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire, il ne saurait se

¹ CJCE, 3 mai 1978, « Töpfer c/. Commission », aff. 112/77 : Rec. CJCE, p. 1019 s., spécialement p. 1032

² TPICE, 17 janv. 2007, aff. T-231/04, « Grèce c/. Commission », *Revue Europe* n° 3, Mars 2007, comm. 81 par Meisse E..

³ TPICE, 6 déc. 2001, aff. T-43/98, « Emesa Sugar » : Rec. TPICE 2001, II, p. 3519, pt 64 ; *Europe* 2002, comm. 41, obs. Y. Gautier.

⁴ CJCE, 16 mai 1979, « Tomadini c/ Amministrazione delle finanze dello Stato », aff. 84/78 : Rec. CJCE, p. 1801 s. - 5 mai 1981, « Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen », aff. 112/80 : Rec. CJCE, p. 1095 s. Néanmoins, le champ d'application de ce principe ne saurait, de façon générale, empêcher une réglementation nouvelle de s'appliquer « aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure en l'absence d'obligations mises à la charge de l'autorité publique ».

⁵ CJCE, 19 mai 1983, « Mavridis c/. Parlement », aff. 289/ 91 : Rec. CJCE, p. 1731 s..

⁶ TPICE, 21 juill. 1998, « Mellet », aff. jtes T-66/96 et 221/97, : Rec. CJCE 1998, II, p. 1305, pts 104 et 107.

prévaloir d'une confiance légitime dans le cas où cette mesure est adoptée¹. La Cour se montre donc très réservée lorsqu'elle est invitée à constater que le principe de la confiance légitime a été méconnu². Elle a estimé que, dès lors que les institutions communautaires disposent d'une marge d'appréciation pour le choix des moyens nécessaires à la réalisation de leur politique, les opérateurs économiques ne sont pas fondés à placer leur confiance légitime dans le maintien du moyen initialement choisi, lequel peut être modifié par ces institutions dans le cadre de l'exercice de leur compétence³. L'ordre juridique communautaire ne saurait ainsi s'opposer à une législation nationale qui assure le respect du principe de la confiance légitime dans le cadre de l'application du droit communautaire : tel est le cas de la récupération d'aides nationales contraires au droit communautaire⁴.

237. Principe du respect des droits acquis. Il est loisible de remarquer que la Cour de justice a également délimité avec une rigueur certaine les conditions permettant de se prévaloir d'un droit acquis. Ainsi, « une entreprise ne saurait invoquer un droit acquis au maintien d'un avantage, résultant pour elle de la mise en place de l'organisation commune des marchés, et dont elle a joui à un moment donné. Dans ces conditions, la réduction d'un tel avantage ne saurait être

¹ CJCE, 1er févr. 1978, « Lührs c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas », aff. 78/77 : Rec. CJCE, p. 169 s. Voir également, TPICE, 16 nov. 2006, aff. T-333/03, « Masdar (UK) Ltd c/. Commission », *Europe* n° 1, Janvier 2007, comm. 4 par Meisse E.

² En matière de marchés publics communautaires, l'acceptation initiale des offres, en raison même de son caractère conditionnel, ne peut constituer des assurances précises, susceptibles de faire naître des espérances fondées dans la signature ultérieure du contrat et de conférer ainsi aux requérantes le droit de réclamer à leur profit la protection de la confiance légitime : TPICE, 18 janv. 2000, aff. T-290/97, « Mehibas Dordtselaan » : Rec. TPICE 2000, II, p. 15, pt 59 ; *Europe* 2000, comm. 60, obs. D. Ritleng. - TPICE, 19 mars 2003, aff. T-273/01, « Innova Privat-Akademie » : Rec. TPICE 2003, II, p. 1093, pt 26 ; *Europe* 2003, comm. 160, obs. A. Bouveresse et A. Dulmet.

Pareillement, une attribution habituelle ne saurait lier la Communauté pour l'avenir, même en cas de conflits d'intérêts : TPICE, 18 avr. 2007, aff. T-195/05, « Deloitte Business Advisory NV c/. Commission », *Revue Europe* n° 6, Juin 2007, comm. 157 par Meisse E..

³ CJCE, 28 oct. 1982, « Faust », aff. 52/81 : Rec. CJCE, p. 3745 s. - 14 févr. 1990, « Delacre », aff. C-350/ 88 : Rec. CJCE, I, p. 395. - 10 mars 1992, « Canon c/. Commission », aff. C-171/87 : Rec. CJCE, I, p. 1283 s.

⁴ CJCE, 20 sept. 1990, « Commission c/. Allemagne », aff. C-5/89 : Rec. CJCE, I, p. 3453 s. - 21 mars 1991, « Italie c/. Commission », aff. C-303/88 : Rec. CJCE, I, p. 1470.

De la même manière, un Etat membre qui a versé des aides, en violation du traité CEE, ne pourrait invoquer la confiance légitime des bénéficiaires pour se soustraire à son obligation de procéder à leur récupération : CJCE, 20 sept. 1990, « Commission c/ Allemagne » et 21 mars 1991, « Italie c/. Commission », préc.

Toutefois, le bénéficiaire d'une aide déclarée contraire à l'article 92 du traité CEE au terme d'une procédure d'une durée anormale peut, se prévaloir du principe de la confiance légitime pour s'opposer à l'obligation de la rembourser (idem). De la même manière, l'injonction de la Commission tendant au retrait d'une aide étatique doit s'accompagner de mesures transitoires afin de ne pas violer la confiance légitime des entreprises en bénéficiant (CJCE, 22 juin 2006, aff. C-399/03, « Commission c/. Conseil », *Europe* n° 8, Août 2006, comm. 248 par Laurence IDOT). Fort logiquement, la mauvaise foi interdit à une entreprise d'invoquer le principe de la confiance légitime. Tel est le cas lorsque l'entreprise s'est rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur : CJCE, 12 déc. 1985, « Sideradria c/. Commission », aff. 67/84 : Rec. CJCE, p. 3985.

considérée comme une atteinte à un droit fondamental »¹. Cette fermeté dans l'analyse effective de la situation d'un sujet de la Communauté, procède du souci de ne « pas entraver à l'excès l'exercice des pouvoirs des institutions communautaires en permettant d'adapter les réglementations aux nécessaires évolutions »².

De même, le traitement préférentiel dont ont bénéficié, à un moment donné, par application d'un régime spécial de fixation des prélèvements, certains produits agricoles importés de pays tiers, ne confère pas à un importateur un droit acquis au maintien des avantages qu'il en a tirés. La Communauté doit alors, sans pour autant porter atteinte aux engagements éventuellement pris à l'égard d'Etats tiers, « réserver sa liberté de déterminer les conditions de l'importation de produits agricoles originaires de pays tiers en fonction de l'organisation commune des marchés agricoles et des besoins de sa politique commerciale »³.

238. Tentative de conciliation sur le fondement de l'altérité. Deux phénomènes parallèles permettent d'harmoniser la jurisprudence de la juridiction des Communautés. Tout d'abord, le fait que la Cour, progressivement, n'applique plus ces différentes exigences de manière séparée. Si ces différents concepts sont nés à des périodes différentes, la jurisprudence récente a nettement tendance à les mettre en œuvre de manière combinée, au préjudice d'ailleurs du respect des droits acquis. En effet, alors qu'en 1976, dans l'arrêt « Defrenne c/. Sabena », elle vise la sécurité juridique pour faire échec à la rétroactivité de l'effet direct de l'article 119 du Traité de Rome, le 5 octobre 1993, dans un arrêt « Driessen »⁴, le juge communautaire recourt à la confiance légitime pour affirmer que la rétroactivité d'un règlement du Conseil est tolérable « dès lors que cette rétroactivité ne porte pas atteinte à la confiance légitime de personnes qui sont soumises à cette application rétroactive ».

L'application conjointe de la sécurité juridique et de la confiance légitime a ainsi fait dire à un auteur que la Cour procède de la sorte à une classification combinée de ces impératifs. Si la sécurité juridique doit constituer un impératif objectif au regard d'un système juridique, le

¹ CJCE, 27 sept. 1979, « Eridania », aff. 230/78 et 6 déc. 1984 ; « Biovilac », aff. 59/83, préc. - 21 mai 1987, « Rau », aff. jointes 133 à 136/85 : Rec. CJCE, p. 2289 s. ; CJCE, 7 mai 1991, « Nakajima All Precision Co. Ltd c/. Conseil », aff. C-69/89 : Rec. CJCE, I, p. 2069.

² Jurisclasseur Europe Traité, fasc. 411. Dès lors, « le fait que le Conseil ait, pendant une longue période, antérieurement aux modifications des conditions du marché mondial, suivi une certaine politique en matière de prix agricoles, ne crée pas, pour les producteurs et les entreprises de transformation intéressés, un droit au maintien des avantages que cette politique a pu leur valoir. Ce fait ne constitue pas, non plus, une limitation pour la Commission et le Conseil de leur liberté d'adapter leur politique en fonction de l'évolution des données du marché et des objectifs poursuivis » : CJCE, 17 déc. 1981, « Ludwigshafener Walzmühle Erling c/. Conseil et Commission », aff. jointes 197 à 200, 243, 245 et 247/80 : Rec. CJCE, p. 3211 s., spécialement p. 3521.

³ CJCE, 8 nov. 1977, « Balkan Import-Export c/. Hauptzollamt Berlin-Packhof », aff. 26/77 : Rec. CJCE, p. 2031 s., spécialement p. 2046.

⁴ CJCE, 5 oct. 1993, « Driessen et a. », aff. C. 13 : LPA n°17, 9 fév. 1994, p. 20, obs. L. Cartou.

principe de confiance légitime en droit communautaire, constitue le versant subjectif de cet impératif en conférant à chaque individu, de manière précise et encadrée, le droit d'agir en justice si son attente légitime a été transgressée. En affirmant, que la sécurité juridique est « une exigence fondamentale », la Cour tend à consacrer le fait que ce principe « n'est pas seulement un principe général du droit »¹, « en réalité, la Cour de Luxembourg considère la sécurité juridique comme le dénominateur commun de beaucoup d'autres principes. C'est pourquoi elle cède parfois à la facilité en se référant au principe de sécurité juridique dans les hypothèses où elle pourrait expressément viser d'autres principes tels le principe de non-rétroactivité ou celui de la protection de la confiance légitime qui est issu du droit allemand »². L'on ne peut que relever que la confiance légitime « n'est au fond que la face subjective et concrète »³ de la sécurité juridique.

Le second phénomène, corollaire du premier, réside dans le fait que c'est à l'aune de l'altérité, que la violation de l'exigence de sécurité juridique s'apprécie. En faisant de la confiance légitime le vecteur subjectif de cette exigence, la Cour des communautés consacre de manière incontestable le rôle essentiel d'autrui dans la détermination d'une atteinte au droit objectif. A considérer que la sécurité juridique est une exigence objective, que la confiance légitime en est l'attribut subjectif et que cette dernière s'acquiert au regard d'autrui, ces espérances ne seront légitimes, rappelons-le, que si elles se fondent sur des renseignements précis, inconditionnels et concordants, délivrés par des sources autorisées et fiables, indépendamment de la forme sous laquelle ils sont communiqués⁴. Ce n'est qu'à partir du moment où la Communauté, par son activité normative, a violé le principe en vertu duquel respect est dû à l'anticipation légitime d'autrui, qu'une atteinte à la confiance légitime est effective. Or, que l'on considère la protection de l'attente légitime d'autrui en droit communautaire comme un aspect de l'exigence de sécurité juridique consubstantielle à l'Etat de droit ou comme un élément du fonds juridique commun aux Etats membres, M. le professeur Dieux remarque qu'il s'agit ici « de protéger les anticipations légitimes d'autrui par une autorité publique dans l'exercice de ses compétences. Toutefois, dans la mesure où la légitimité de l'anticipation dépend de sa correspondance avec un standard de référence qui s'apprécie dans le chef de celui qui la nourrit et non point dans le chef de celui qui la crée, dans la mesure où elle

¹ A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, Chron. p. 2817.

² *Idem.*

³ M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, n° spécial 20 juin 1986 p. 180.

⁴ TPICE, 21 juill. 1998, « Mellet », aff. jtes T-66/96 et 221/97 : Rec. CJCE 1998, II, p. 1305, pts 104 et 107.

n’est pas, en d’autres termes, liée à la spécificité des modalités d’action, nous ne voyons pas l’obstacle qui devrait empêcher l’application horizontale de ce principe entre particuliers »¹.

Ainsi, un auteur en arrive, à juste titre, à soutenir l’idée qu’il « n’apparaît plus nécessaire de consacrer en droit interne l’existence d’un principe de sécurité juridique. En revanche, il est indispensable que la jurisprudence civile et administrative reconnaisse aux justiciables le droit d’invoquer une violation du principe de confiance légitime »².

2 – *Champ vertical*

239. Dans la mesure où le droit français ne peut rester étranger à la résolution de la dialectique juridique, c’est-à-dire la conciliation entre, d’un côté, les besoins de la prévisibilité³ et de la stabilité et, de l’autre, la nécessité de flexibilité et d’innovation de la réglementation, il n’est pas étonnant que la France, à travers le législateur, la magistrature et la doctrine, ait procédé à une réflexion d’ensemble sur la sécurité juridique. En ce qui concerne plus précisément le concept de confiance légitime, l’évolution est ici notable dans la mesure où ce dernier est passé, dans la jurisprudence du Conseil d’Etat⁴, d’un confinement strict (a) à une ambiguë extension (b).

a – Un concept jadis confiné

240. Une exigence certaine. La question ici posée consiste donc à se demander si le principe de confiance légitime, tel que dégagé par la Cour des Communautés à partir d’un concept allemand, peut faire l’objet d’une réception en droit français.

Dans le cadre de la fonction juridictionnelle⁵, le rapport du Conseil d’Etat sur la « Sécurité juridique et [la] complexité du droit »¹ affirme que de nombreuses règles s’inspirent de

¹ X. Dieux, op. cit. p. 254.

² A. Cristau, op. cit.

³ V. notamment, P. Muzny, « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, p. 31.

⁴ Si la délimitation de l’étude exclut des analyses approfondies sur des illustrations de pur droit public, elle ne saurait interdire d’évoquer l’appréciation administrativiste d’une notion relevant du champ de cette thèse.

⁵ Le Conseil d’Etat rappelle dans son rapport public rendu en 2006 sur le thème « Sécurité juridique et complexité du droit » que « la sécurité juridique a inspiré de nombreuses exigences explicites du Conseil d’Etat, exprimées tant dans le cadre de ses attributions consultatives que juridictionnelles » (*Rapport public 2006*, La documentation française, p. 291). La haute juridiction précise ainsi que dans le domaine varié de ses attributions consultatives, lors de l’examen des projets de loi, d’ordonnance et de décret qui lui sont soumis, ou dans les avis émis à la demande du Gouvernement, elle applique des règles directement inspirées d’une exigence de sécurité juridique : il s’agit « du respect de la hiérarchie des normes, de la clarté des énoncés législatifs et réglementaires, de la simplicité des dispositifs et des procédures, de la cohérence du corpus normatif, de l’aménagement des régimes transitoires, de la

la sécurité juridique. L'arrêt « Dame Cachet »² du 3 novembre 1922 prévoit l'interdiction pour une autorité administrative de retirer, au-delà d'un certain délai, les actes créateurs de droit, même lorsqu'ils sont illégaux. Le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs fut également consacré par l'arrêt d'assemblée « Société du Journal l'Aurore » le 25 juin 1948³. L'on se situe dans la même logique quand le Conseil d'Etat considère que l'annulation d'un acte réglementaire reste sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit prises sur le fondement de cet acte et devenues définitives, faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux⁴.

Nonobstant le fait que le rapport rappelle que de nombreuses applications en plein contentieux attestent de la volonté d'indemniser les atteintes portées aux situations individuelles par les comportements fautifs de l'administration, les renseignements inexacts fournis ou les promesses non tenues, ses auteurs ne peuvent que concéder que « la jurisprudence n'admet qu'exceptionnellement le préjudice subi par un particulier du fait de la modification de la législation ou de la réglementation applicable. En effet, nul n'a droit au maintien de la réglementation qui lui est appliquée »⁵. Les récentes évolutions de la jurisprudence administrative se caractérisent par une prise en compte toujours croissante des exigences découlant de la sécurité juridique.

241. Un principe en ascension. De nombreuses décisions du Conseil d'Etat témoignent de la prise en compte grandissante de l'exigence de sécurité juridique. Les conditions de retrait

prohibition, sauf cas particulier et justification tirée de motifs impérieux d'intérêt général, des validations législatives » (Ibidem p. 292).

¹ Voir note précédente.

² CE, 3 novembre 1922, « Dame Cachet », rec. p. 790.

³ CE, Ass., 25 juin 1948, « Société du Journal l'Aurore », Rec. p. 289 ; D. 1948. 437, note Waline ; S. 1948. 69, concl. Letourneur ; JCP 1948, no 4427, note Mestre.

De la même manière, directement inspirée de la conception civiliste de l'apparence, la théorie des fonctionnaires de fait, dont les actes sont validés bien que leur nomination soit annulée, se rattache évidemment à une exigence de sécurité juridique car elle « vise à tenir compte des situations dans lesquelles l'administré pouvait légitimement croire en un comportement déterminé de l'administration » (Rapport public 2006, p. 292).

⁴ CE, 3 décembre 1954, « Caussidery », Rec. p. 60 ; CE, Sect., 1er avril 1960, « Sieur Quériaud », Rec. p. 245, conclusions de J.-F. Henry ; G. Braibant, « Remarques sur l'efficacité des annulations de pouvoir », *Études et documents du Conseil d'Etat* 1961, p. 53.

C'est encore une exigence de sécurité juridique qui pousse le juge de l'excès de pouvoir à ne pas prononcer une annulation, si l'administration avait pu prendre la même décision en se fondant sur les motifs non censurés (CE, Ass., 12 janvier 1968, « Ministre de l'économie et des finances c/. Dame Perrot », Rec. p. 39).

⁵ Rapport public 2006, p. 293.

La décision d'assemblée du 14 janvier 1938, « SA La Fleurette » prévoit en effet que le préjudice doit être grave et spécial, et l'indemnisation ne doit pas avoir été exclue par le texte (CE, Ass., 14 janvier 1938, « SA des produits laitiers « La Fleurette », Rec. p. 25, S. 1938. 25, concl. Roujou et note Laroque ; D. 1938. 41, concl. et note Rolland ; RD publ. 1938. 87, concl. et note Jèze).

des actes administratifs illégaux sont clairement définies depuis l’arrêt d’assemblée « Ternon »¹ du 26 octobre 2001. Désormais, les délais de retrait des décisions administratives et les délais de recours des tiers sont indépendants les uns des autres : « L’administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision », que l’acte ait ou non fait l’objet d’un recours². Concernant l’accessibilité du droit, le Conseil d’Etat a, dès une décision du 17 décembre 1997, jugé que « la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques dans des conditions adaptées à l’état des techniques, s’appliquant sans exclusive ni distinction, à l’ensemble de ces textes, décisions et documents et répondant aux exigences d’égalité d’accès, de neutralité et d’objectivité, constitue par nature une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l’Etat de veiller »³.

Cependant, malgré cette montée en puissance⁴ de la sécurité juridique dans le processus de décision des magistrats du Conseil d’Etat, ceux-ci continuent à nier au principe de la confiance légitime la moindre valeur juridique en dehors du droit communautaire.

¹ CE, Ass., 26 octobre 2001, « Ternon », rec. p. 497, Dr. adm. 2001, n° 253, note Michallet.

² Il faut, ici, ajouter que le Conseil d’Etat a élargi la catégorie des actes créateurs de droit aux décisions de caractère pécuniaire par une décision de Section du 6 novembre 2002, « Mme Soulier » (CE, Sect., 6 novembre 2002, « Mme Soulier », rec. p. 369) : « une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l’administration avait l’obligation de refuser cet avantage ». La doctrine a pu relever que parmi les considérations qui ont conduit au revirement il y a « la confiance légitime, ou, en tout cas, la sécurité juridique. Ni l’une ni l’autre ne sont formulées comme principes de droit interne. Mais il faut bien reconnaître que, de manière générale, elles sous-tendent beaucoup de solutions » (P. Devolvé, *RFDA*, 2003, p. 240).

³ CE, 17 décembre 1997, « Ordre des avocats à la Cour d’appel de Paris », rec. p. 491, *AJDA*, 1998, p. 363, conclusions de Jean-Denis Combexelle.

Il convient d’ajouter que la substitution, par le Conseil d’Etat, de base légale ou de motif en cas de compétence liée permet d’éviter l’annulation et, par ricochet, de garantir la sécurité juridique attachée aux incidences dudit acte : la substitution de base légale fut admise dans sa décision de Section du 3 décembre 2003, « Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahri », la substitution de motifs en plein contentieux, par la décision de Section du 23 novembre 2001, « Compagnie nationale Air France », ou encore en excès de pouvoir, par une décision de Section du 6 février 2004, « Mme Halla » (*AJDA* 2004, p. 236).

⁴ Quant à la problématique des effets dans le temps d’une annulation contentieuse, ils peuvent être aménagés, dans certaines hypothèses, depuis l’arrêt d’assemblée « Association AC ! et autres » du 11 mai 2004 (CE, Ass., 11 mai 2004, « Association AC ! et autres » : *AJDA* 2004. 1049, obs. Bonichot ; *ibid.* 1183, chron. Landais et Lenica ; Dr adm. 2004 n° 115, note Lombard ; *ibid.* n° 15, chron. Dubos et Melleray ; Stahl et Courrèges, « Note du 21 mars 2004 à l’attention de M. le Président de la Section du contentieux », *RFDA* 2004. 438 ; *ibid.* 454, concl. Devys ; J.-C. Bonichot, « L’arrêt AC ! évolution ou révolution ? », *AJDA*, 24 mai 2004, p. 1049 ; N. Boulouis et A. Courrèges, « Passé et avenir des annulations contentieuses », *La lettre de la justice administrative*, n° 4, juillet 2004).

Comme le soulignent les auteurs du rapport public du Conseil d’Etat sur « la sécurité juridique et la complexité du droit » (*Rapport public 2006*, p. 295), le juge administratif « vient pour la première fois moduler ceux-ci, et déroger ainsi au principe de l’effet *ab initio* d’une annulation contentieuse. Cette inflexion jurisprudentielle vise à mieux concilier le principe de légalité et l’exigence de sécurité juridique ». En l’espèce, saisi d’une demande d’annulation pour illégalité des arrêtés portant agrément, d’une part, d’avenants à la convention d’assurance-chômage du 1er janvier 2001 et de ses actes annexés et, d’autre part, de la convention du 1er janvier 2004 et de ses actes annexés, présentée par la Confédération générale du travail, le Conseil d’Etat a procédé à l’annulation de ces arrêtés, avec une modulation dans le temps des effets de cette annulation. Les incertitudes quant aux droits des allocataires et des cotisants, ainsi que le danger de désorganisation du régime d’assurance-chômage qu’aurait entraîné la disparition rétroactive des actes agréés, ont conduit le juge à agir dans ce sens. Il est notamment énoncé que s’il apparaît que l’effet rétroactif de l’annulation d’un acte administratif « est de nature à emporter des conséquences manifestement

242. Un défaut de consécration formelle de la confiance légitime. Fort honnêtement, les auteurs du rapport « Sécurité juridique et complexité du droit » reconnaissent en 2006 que « le juge administratif ne place pas l'exigence de sécurité juridique, et encore moins le principe de confiance légitime, au rang des principes généraux du droit. Il ne les a pas solennellement reconnus, à la différence de la Cour constitutionnelle allemande »¹.

Depuis une décision d'assemblée du contentieux « Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles »² en date du 25 juillet 2001, le Conseil d'Etat précise que l'on ne peut recourir à ces concepts que dans le cadre de litiges relatifs à l'application de dispositions du droit communautaire³.

Réciproquement, il fut, à de multiples reprises, soutenu qu'en dehors du champ du droit communautaire, la confiance légitime, ne saurait trouver application en droit administratif. Le Conseil d'Etat, dans une décision du 9 mai 2001 « Entreprise personnelle Transports Freymuth », a ainsi prononcé la cassation d'un jugement de tribunal administratif ayant statué au fond sur un moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime : ce principe, « qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique

excessives, en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets [...] », le juge administratif peut limiter les effets de l'annulation. Ainsi, cette décision, qui fait pour la première fois exception au caractère rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir, permet de moduler dans le temps des effets d'une annulation contentieuse « dans le sens de la stabilité de l'environnement juridique » (Rapport public 2006, p. 296). Une seconde décision d'application de ce principe a d'ailleurs été prise par la Section du contentieux le 25 février 2005 à propos de France Télécom (CE, Sect., 25 février 2005, « France Télécom », rec. p. 86, AJDA, 16 mai 2005, p. 997-1002). De même a-t-il été décidé que le juge a la faculté de différer l'effet de sa décision, notamment dans l'hypothèse où elle a pour conséquence de mettre un terme à une suspension décidée avant tout début d'exécution d'un acte prévoyant une période transitoire dont le terme est depuis lors écoulé (CE, 27 oct. 2006, n° 260767, « Sté Techna SA et a. » : JCP A 2007, 2001, comm. F. Melleray ; AJDA2006, p. 2385).

¹ Rapport public 2006, p. 293.

Néanmoins, la complexité excessive, antithèse de la sécurité juridique, conduit à l'annulation dans certaines hypothèses. En effet, si le juge administratif ne peut annuler un acte au motif qu'il est peu précis dès lors qu'il peut en préciser la portée, (CE, Ass., 5 mars 1999, « Rouquette et autres », rec. p. 37) cette règle trouve exception lorsqu'il est entaché de contradictions internes le rendant inapplicable (CE, Sect., 7 mai 1965, « Blanc et Truchet », AJDA, 1965, p. 529.), ou s'il est tellement imprécis qu'il ne permet pas de mettre en oeuvre les dispositions législatives qu'il est censé appliquer (CE, 12 juin 1998, « Fédération des aveugles et handicapés visuels de France », RFDA, 1998, p. 901-903).

² CE, Ass., 5 juillet 2001, « FNSEA », rec. p. 340.

³ Le Conseil d'Etat a en effet jugé, dans cette affaire, que peut être invoqué l'argument tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime lorsqu'il est allégué au soutien d'un recours dirigé contre un décret modifiant le régime de soutien direct aux agriculteurs français dans le cadre tracé par les règlements régissant la PAC. Néanmoins, le Conseil a finalement écarté le moyen, en relevant que le Gouvernement avait publiquement fait part de son intention de modifier le régime de soutien aux agriculteurs et qu'il avait, en outre, consulté un organe consultatif au sein duquel siégeaient des représentants des organisations syndicales d'agriculteurs : la confiance légitime des agriculteurs n'a pu dès lors être trompée.

national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire »¹.

Au regard de cette jurisprudence, il pouvait apparaître que le sort de la confiance légitime était scellé en droit interne ; or, une décision du 24 mars 2006 est venue remettre en question les contours de la réception de ce principe.

b – Un concept désormais consacré ?

243. La jurisprudence « Société KPMG ». Au début des années 2000, suite à de nombreux scandales financiers, dont notamment l’affaire Enron, le législateur français choisit de séparer les fonctions comptables d’audit et de conseil. Pour assurer la répartition des tâches entre ces deux fonctions, l’article L. 822-11 renvoie à un code de déontologie de la profession de commissaires aux comptes. Ce code fut approuvé par décret en Conseil d’Etat le 16 novembre 2005 et attaqué, devant la section contentieuse de cette juridiction, par les quatre plus grands cabinets d’audit et d’expertise, sur la base de moyens fondés tant sur la méconnaissance du droit national que sur la violation du droit communautaire². Si les arguments relatifs à la légalité interne et externe étaient naturellement voués à l’échec³, la critique de l’acte au regard du droit communautaire, au fond et, surtout, de ses modalités d’application *ratione temporis* fut plus pertinente.

Bien que les moyens tirés de la violation du droit communautaire soient tous rejetés au fond, il est ici intéressant de remarquer que les requérants invoquaient, entre autres, la violation d’une directive en voie d’adoption. Le Conseil d’Etat écarte « en tout état de cause » le moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime, dans la mesure où il ne saurait exiger des autorités nationales qu’elles se conforment, par anticipation, à un texte communautaire non encore entré en vigueur. Le juge administratif rappelle en effet : « si, dès qu’une directive a été adoptée et alors même que son délai de transposition n’est pas expiré, les Etats membres doivent

¹ CE, 9 mai 2001, « Entreprise personnelle Transports Freymuth », rec. p. 865. CE, 9 mai 2001, n° 211162, Société mosellane de tractions.

A plusieurs reprises, cette approche a été confirmée, l’invocation du principe de sécurité juridique étant jugée « inopérante » : par exemple CE, 30 décembre 1996, « Mme Brockly », rec. p. 526, ou encore CE, 9 juillet 1997, « Office public communautaire d’habitations à loyer modéré de Saint-Priest, Union nationale des fédérations d’organismes d’HLM », rec. p. 292.

² CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, « Sté KPMG » ; CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288465, « Sté Ernst & Young Audit et a » ; CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288474, « Sté Deloitte et assc. et Soc. Grand Thornton » ; CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288485, « Sté Price Waterhouse Cooper Audit » : AJDA 2006. 1028, chron. Landais et Lenica ; JCP Adm. 2006. 1120, note Belorgey ; RFDA 2006. 463, concl. Aguila ; Dr. adm. 2006. 71 ; RFDA 2006. 483, note Moderne ; RDP 2007. 285, note Woehrling ; AJDA 2006. 2214, étude Tesoka ; D. 2006. 1190, étude Cassia.

³ Voir D. Simon, « Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe* n° 5, mai 2006, comm. 142.

s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par celle-ci, aucune disposition du traité instituant la Communauté européenne non plus qu'aucun principe général du droit communautaire n'impose aux Etats membres une telle obligation lorsqu'une proposition de directive est en cours d'élaboration, y compris dans l'hypothèse où les différentes institutions de la Communauté européenne auraient donné leur accord de principe sur son contenu ». Si aucun moyen de fond ne prospéra, tel ne fut pas le cas de l'argument relatif à l'entrée en vigueur immédiate du décret.

Comme l'a relevé M. le commissaire du gouvernement Yann Aguila dans ses conclusions¹, l'effet *ratione temporis* des règles nouvelles inscrites dans le code de déontologie, et notamment l'application immédiate du décret, y compris aux situations contractuelles en cours, constituaient « l'une des questions les plus délicates de la présente affaire »². Dans la droite lignée de la jurisprudence « Freymuth », ni le commissaire du gouvernement ni le Palais-Royal n'opteront finalement pour la transposition en droit français du principe de confiance légitime : « le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la directive du 10 avril 1984 relative à l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables, si elle affirme le principe selon lequel les personnes qui effectuent un contrôle légal doivent être indépendantes, se borne à renvoyer aux Etats membres le soin de définir le contenu de cette obligation ».

Toutefois, « l'assemblée du contentieux va consacrer la chose sans le mot »³ en constatant tout d'abord « qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par-là même un caractère rétroactif ; qu'il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations ». Or, le Conseil d'Etat ajoute : « indépendamment du respect de cette exigence, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations

¹ Y. Aguila, précit.

² Cité par D. Simon, art. précit.

³ Idem.

contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ». Ainsi, « à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler le décret attaqué en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux mandats de commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur ».

244. Appréciation négative au regard de la logique formelle. Il semble, ici, difficile de ne pas reconnaître dans le dernier considérant du Conseil d'Etat les caractéristiques de la confiance légitime : une dimension objective – la base de confiance –, et une dimension legaliste – la légitimité de la confiance¹. Cette obstination du Conseil d'Etat à ne pas vouloir consacrer le principe tout en validant son essence est d'autant moins convaincante qu'en droit communautaire, la confiance légitime ne protège que ceux chez qui l'attitude de l'autorité normative a créé l'espérance dans une stabilité, une durabilité de la réglementation. Il s'agit à n'en pas douter d'un « critère plus attirant que celui des atteintes « excessives » aux contrats en cours, auquel se rallie l'arrêt *KPMG* »².

En outre, comme le rappelle M. le professeur Cassia, « les principes généraux du droit communautaire, qui sont reconnus par l'article 6 UE, devraient s'imposer aux actes nationaux de la même manière que les dispositions « matérielles » du traité »³. Dans la mesure où le Conseil d'Etat écarte la confiance légitime pour mieux la consacrer à travers l'exigence de sécurité juridique, il semble délicat de justifier la position adoptée par cette haute juridiction. La confiance légitime constituant le versant subjectif de l'exigence de sécurité juridique, on ne voit pas en quoi cette exigence peut conférer des droits à des particuliers. Seule la confiance légitime « implique que les administrés disposent d'un droit acquis au maintien d'une situation ; ce droit

¹ Comme l'observe M. le professeur Simon, « sans doute discutera-t-on encore longuement des raisons qui peuvent faire préférer le principe de sécurité juridique, peut-être plus " objectif ", mais surtout plus équivoque, au principe de confiance légitime, probablement plus précis, mais aussi plus " subjectif " » (op. cit.). M. le professeur Auby ajoute que le défaut que l'on pourrait principalement reprocher à cette décision réside dans « l'évitement du principe de confiance légitime [...]. Pourtant, la question qu'il traite est exactement celle qu'à l'intérieur du principe de sécurité juridique, envisage spécifiquement celui de confiance légitime : l'obligation de ménager des dispositions transitoires en cas de changement de réglementation ayant des effets importants sur des situations acquises » (art. précit.).

² J.-B. Auby, art. précit.

³ P. Cassia, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, chron. p. 1193. Il apparaît que le rejet explicite du principe de confiance légitime est contraire à l'intégration du droit communautaire à notre ordre juridique puisque « le respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté » (CJCE 7 juin 2005, « VEMW », aff. C-17/03, Rec. CJCE, p. 4983) et qu'il s'agit « d'une règle supérieure de droit » protégeant les particuliers (CJCE 14 mai 1975, « CNTA c/. Commission », art. précit.).

suppose que, en cas de changement brutal de la règle, les situations légitimement acquises par les administrés soient protégées »¹. La sécurité juridique ne devrait être qu'un impératif, une exigence ; « le statut de principe ne lui sied pas »² puisqu'en tant que simple exigence, il n'est pas à même de fonder un droit invocable par un particulier.

245. Appréciation positive au regard de l'anticipation légitime d'autrui. Sans doute, est-il ici nécessaire de passer outre les termes employés par le Palais-Royal : « Qu'importe alors le mot pourvu qu'on ait la chose ? »³. En se référant expressément aux « perturbations » apportées aux relations contractuelles au regard de l'objectif poursuivi, le Conseil d'Etat se place ostensiblement à la place d'un autrui bien identifié pour déterminer si l'atteinte à une anticipation légitime est excessive : cette confiance légitime, qui n'en a pas le nom, « s'analyse du point de vue du justiciable »⁴. C'est ainsi en se mettant à la place de cet autre - le justiciable - que les autorités doivent soumettre la mutation du droit dans une dimension temporelle. En se fondant sur la soudaineté du changement de la base de confiance et en procédant à une balance des intérêts en présence pour déterminer si des mesures transitoires doivent être adoptées, le Conseil d'Etat exige simplement qu'il soit accordé respect à la protection de l'anticipation légitime d'autrui dans le cadre d'une problématique relative à la limitation des droits. L'appréciation du manquement ne se fait pas pour autant de manière concrète, il n'est pas nécessaire de « pénétrer la psychologie » du justiciable : « ce sont en effet pour l'essentiel des éléments purement objectifs qui sont de nature à démontrer l'existence d'une confiance légitime que l'intéressé aurait placée dans une réglementation (l'existence d'une base de confiance ; la disparition de cette base) »⁵.

Les suites jurisprudentielles données à l'arrêt « KPMG » permettent d'ailleurs de confirmer la nécessité d'une conciliation entre les intérêts de la mutation juridique et les intérêts d'autrui.

246. La postérité de la jurisprudence « KPMG ». Si dans son arrêt du 24 mars 2006 le Conseil d'Etat n'impose de règles transitoires que lorsque la réglementation est susceptible de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours, le Palais-royal, dans un arrêt rendu le 13 décembre 2006, ouvre un nouveau cas nécessitant des mesures transitoires : « lorsque

¹ P. Cassia, art. précit. p. 1191.

² Idem.

³ D. Simon, art. précit.

⁴ P. Cassia, art. précit. p. 1191.

⁵ Idem.

l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause »¹. Rendu dans le cadre d'une contestation d'une décision de radiation d'un commissaire aux comptes pour non-paiement de ses cotisations professionnelles, le Conseil conclura, en l'espèce, à la non-nécessité de mesures transitoires. L'expression manque à coup sûr de rigueur tant elle comporte une dose certaine de subjectivité. Le fait de ne pas recourir au principe communautaire de confiance légitime au profit de l'exigence de sécurité juridique² emporte nécessairement un flou dans la définition du mécanisme de contrôle. En effet, « le Conseil d'Etat se montre même plus ouvert à l'exigence de mesures transitoires que la jurisprudence communautaire elle-même, dans la mesure où il n'impose pas, comme le fait la Cour de justice, la condition d'« imprévisibilité individualisée, selon laquelle la plausibilité du changement annule la pertinence d'une confiance dans la stabilité et donc l'obligation d'une période transitoire »³. Si l'on a pu écrire, suite à l'arrêt « KPMG », que la juridiction administrative « franchit le pas décisif de la reconnaissance du principe de confiance légitime, même si elle le fait sous le manteau de la sécurité juridique »⁴, force est de constater, avec la décision du 13 décembre 2006, que la taille est plus ajustée en droit communautaire, ce qui permet, notamment, d'en faire une application restreinte⁵.

Il est également intéressant de souligner, que, dans cette décision, le juge administratif précise qu'il « incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ». L'emploi de l'expression « s'il y a lieu » démontre, si besoin était, qu'il « n'existe pas d'obligation générale d'instaurer un régime transitoire en cas de modification de réglementation »⁶.

¹ CE, 6^e s.-sect., 13 déc. 2006 « Mme Lacroix », D. 2007, p. 847 et s., note O. Bui-Xuan. Conf. par CE 30 mars 2007, « Sté ENEL » : req. n° 289687.,

² Plus précisément, dans cette décision, « motifs de sécurité juridique ». Pour une interrogation au sujet de cette substitution de concept, voir Bui-Xuan O., note précit. p. 850.

³ D. Simon, art. précit.

⁴ P. Cassia, art. précit. p. 1191.

⁵ Voir J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne* : Dalloz, 2006, 4^{ème} éd., p. 517.

⁶ O. Bui-Xuan, note précit. p. 849. L'exigence de sécurité juridique a été également employée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 16 juillet 2007 pour justifier une modulation dans le temps d'un revirement de jurisprudence, thématique étant nécessairement liée à cette exigence (CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545 : AJDA 2007, p. 1577, note F. Lenica et J. Boucher, p. 1964, note P. Cassia ; RFDA 2007, p. 696, concl° D. Casas, p. 917 note F. Moderne, p. 935, note M. Canedo-Paris ; Dr. adm., octobre 2007, comm. n° 142, note Ph. Cossaltier ; JCP G, 2007, II, 10160, note B. Seiller, ed° A, II, 2221, note M.-C. Rouault ; D. 2007, p. 2500, note D. Capitain ; LPA 24 juillet 2007, p. 9, note M. Gaudemet, 21 août 2007, p. 3, note F. Chaltiel, 10 septembre 2007, p. 6, note J.-M. Glatt, 17 octobre 2007, p. 10, note F. Buy ; Gaz. Pal. 7-8 septembre 2007, p. 6, note O. Guillaumont et 26-27 septembre 2007, p. 10, note Ph. Raimbault). V. infra n° 280.

Néanmoins, comme le remarque M. le professeur Morvan, dans l'ordre judiciaire, « le centre de gravité de la sécurité juridique »¹, au regard du revirement de jurisprudence, « se situe dans le giron de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », d'où l'intérêt de se pencher sur l'appréhension de cette exigence en droit conventionnel.

§ 2 - Une conjecture conventionnelle : espérance légitime d'autrui et sécurité juridique

247. L'apparition de la sécurité juridique en droit conventionnel. Dans la mesure où la protection instaurée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a pour objectif essentiel, au sens de son préambule, d'assurer « la prééminence du droit », il n'est pas étonnant qu'à travers la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ait été développée la notion de sécurité juridique bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée par le texte même de la Convention. C'est dans l'affaire « Marckx c/. Belgique » que la Cour en a fait l'application la plus marquante². Devant déterminer si un revirement de jurisprudence était à même de réduire considérablement la capacité successorale de la requérante, la Cour répondit que, « sur ce point, il y a lieu de se fonder sur deux principes généraux de droit rappelés récemment par la Cour de Justice des Communautés européennes : "les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin", mais "on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé" (Defrenne c/. Sabena , 8 avril 1976) » ; le juge européen ajouta : « eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »³. Au nom de l'exigence de sécurité juridique, la cour considère que l'arrêt de revirement ayant réduit la capacité successorale de la requérante aurait dû s'appliquer aux successions ouvertes après son prononcé⁴.

¹ P. Morvan, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », note sous Cass. AP, 21 déc. 2006, D. 2007, p. 835.

² CEDH 13 juin 1979, « Marckx c. Belgique », Série A n° 31, n° 00006833/74, JDI 1982, 187, chron. P. Rolland ; AFDI, 1980, 323, chron. R. Pelloux. En l'espèce, étaient en cause, entre autres, des restrictions frappant un enfant naturel en sa capacité de recevoir des biens de sa mère ainsi que son absence complète de vocation successorale à l'égard de ses proches parents du côté maternel.

³ § 58.

⁴ Plus tard, la Cour en a logiquement déduit, au sujet de sa propre jurisprudence, qu'elle « a coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence ».

Si l’article 6 §1 de la Convention consacrant les exigences du procès équitable constitue le fondement de nombreuses décisions garantissant l’existence de sécurité juridique¹, l’espérance légitime d’autrui constitue une alternative textuelle tout aussi solide. En effet, dès lors que l’on entend par conjecture, une construction intellectuelle d’un futur vraisemblable (Hetman, 1969)² ou encore une idée, une explication anticipée qui attend sa vérification, soit de l’expérience, soit du raisonnement (Guérin, 1892)³, l’on comprend alors en quoi le concept d’espérance légitime d’autrui, issu originellement de la construction prétorienne de la notion de biens⁴, et intimement reliée à l’exigence de sécurité juridique par la Cour européenne des droits de l’homme, est une conjecture. En ce que l’espérance légitime permet effectivement de garantir une propriété conditionnelle, sa protection permet indirectement, voire parfois directement, de protéger la sécurité juridique due à autrui. C’est d’ailleurs en ayant recours à l’espérance légitime d’autrui que la Cour, dans l’arrêt « Pressos Compania Naviera en date du 20 novembre 1995 »⁵, fit échec à la rétroactivité d’une loi privant des sociétés de l’indemnisation auxquelles elles avaient droit en l’application du droit antérieur.

A travers le développement de cette notion, la juridiction strasbourgeoise semble ainsi avoir construit, intellectuellement, un avenir vraisemblable de la sécurité juridique attendant une consécration interne : l’expérience relative aux soubresauts de l’amendement « anti-Perruche » en constitue une illustration parfaite⁶. Puisque cet amendement (A) a fait l’objet d’un arrêt particulièrement didactique de la Cour européenne construit autour du concept d’espérance légitime, il semble opportun d’analyser les rapports étroits qu’entretiennent ce concept et la sécurité juridique (B).

A- L’origine de l’article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002

248. Genèse de la jurisprudence « Perruche ». Le problème ayant donné lieu à la très célèbre décision Perruche⁷ n’était pas, à vrai dire, nouveau en l’an 2000. Dès 1991, la 1^{ère}

relative à la Convention » (CEDH, « Cossey c/. Royaume-Uni », 27 septembre 1990, A n° 184). La Cour a toutefois précisé que « cela ne l’empêcherait pourtant pas de s’en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s’il servait à garantir que l’interprétation de la Convention cadre avec l’évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles ».

¹ V. infra n° 258 et s.

² Définition et étymologie issues du Centre national de ressources textuelles et lexicales, dictionnaire « Trésor ».

³ Idem.

⁴ V. supra n° 217.

⁵ CEDH, « Pressos Compania Naviera SA et autres c/. Belgique », 20 nov. 1995, A.332. V. supra n° 220.

⁶ A laquelle nous nous limiterons donc.

⁷ Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, « Perruche » : Bull. civ. n° 9 ; R., p. 319 et 389 ; D. 2001. 332, note D. Mazeaud et note Jourdain ; ibid. Somm. 2796, obs. Vasseur-Lambry ; JCP 2000. II.10438, rapp. Sargos, concl. contraires Sainte-

chambre civile de la Cour de cassation eut effectivement à se prononcer sur la question de savoir si la naissance d'un enfant pouvait constituer en tant que telle un dommage légitime dont la mère pourrait être victime. Si l'on se souvient que l'article 31 du code de procédure civile dispose que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé », alors l'on peut ainsi reformuler la question posée à la Cour de cassation : la vie de l'enfant constitue-t-elle un dommage légitime pour ses parents ? La haute juridiction y répondit, à juste titre, par la négative en considérant que « l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse ». Quant au Conseil d'Etat, il se prononça dans le même sens dès 1982¹.

Néanmoins, par deux arrêts du 26 mars 1996², la Cour de cassation revint sur cette jurisprudence. Dans la seconde affaire³, qui constitue, en réalité, le premier volet de l'affaire « Perruche », suite à une erreur commise par un laboratoire, une mère décida de conserver l'enfant qu'elle portait croyant ne pas être infectée du virus de la rubéole. L'enfant naquit mais présenta rapidement des graves séquelles en lien avec la contraction intra-utérine de la rubéole. Le médecin de famille, comme le laboratoire, furent actionnés en responsabilité civile afin de réparer les conséquences dommageables en raison, respectivement, d'un défaut de soins attentifs et diligents et d'un manquement au devoir d'information et de conseil, et de l'erreur commise lors

Rose, note Chabas ; Gaz. Pal. 2001. 37, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Guigue ; Dr. fam. 2001, n° 11, note Murat ; Contrats Conc. Consom. 2001, n° 39, note Leveneur ; RTD civ. 2001. 103, obs. Hauser ; ibid. 149, obs. Jourdain ; ibid. 226, obs. Libchaber.

¹ CE, 2 juillet 1982, « Melle R... », D. 1984, Inf. rap. obs. F. Moderne et P. Bon.

² Cass. 1^{ère} civ. 26 mars 1996, n°s pourvoi 94-13145 (Bull. civ. n° 155) et 94-11791 : Bull. civ. I, n° 156 ; D. 1997. 35, (2e esp.), note Roche-Dahan ; D. 1997. Somm. 322, obs. Penneau (2e esp.) ; JCP 1996. I. 3946, n° 6, obs. Murat ; ibid. 3985, n° 19 s., obs. Viney ; RTD civ. 1996. 623, obs. Jourdain ; ibid. 871, obs. Hauser.

³ Dans la première, un professeur de médecine donna un conseil génétique favorable à un couple dont l'homme était atteint de graves infirmités. L'enfant étant malheureusement atteint de la même infirmité que son père, ses parents actionnèrent le médecin en responsabilité civile. La Cour d'appel reçut cette demande, en leur nom, comme en en celui de leur fille, et indemnisa l'intégralité des préjudices subis par la famille. Le professeur se pourvut en cassation en contestant le lien de causalité entre sa faute et le préjudice subi par les parents, ainsi que le caractère réparable du préjudice subi par l'enfant. La Cour de cassation répondit successivement à ces deux moyens en affirmant : « la cour d'appel a retenu que les époux Y... avaient cherché auprès de M. X... un conseil déterminant et une certitude quant à l'absence du risque ; [...] elle a pu en déduire que l'erreur commise était en relation directe de causalité avec leur décision de conception d'un enfant » ; « par ailleurs, la cour d'appel a encore pu considérer que la consultation génétique donnée cinq ans avant la naissance était en relation directe avec celle-ci dès lors qu'il n'était allégué ni que les troubles actuels de l'enfant eussent eu une autre cause ni que d'autres conseils médicaux déterminants eussent été donnés ». En outre, « les juges du fond ont pu considérer que la faute commise par le praticien en donnant un conseil, qui n'avertissait pas les époux Y... d'un risque de réapparition dans leur descendance des troubles dont M. Y... était atteint, était en relation directe avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire ; que, dès lors, leur décision condamnant M. X... à réparer les conséquences dommageables définitives des troubles de l'enfant est légalement justifiée ».

de l'analyse du liquide amniotique. L'action fut accueillie au profit des parents mais rejetée au nom de l'enfant motif pris que « le fait de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse, ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable », et que « les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise *in utero* sa mère ». L'arrêt fut néanmoins cassé : « en se déterminant ainsi, alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Suivant cette évolution dans l'appréhension du dommage réparable, le Conseil d'Etat remit également en cause sa jurisprudence de 1982 quant à l'action des parents en raison de la naissance de leur enfant¹. Il affirma, en effet, dans une affaire où un centre public hospitalier n'avait pas détecté, par le biais d'une amniocentèse, la trisomie 21 d'un embryon qui en était pourtant porteur, que cette erreur était de nature à priver la femme du libre exercice du droit à l'avortement². Il en résulta pour elle un préjudice indemnisable : l'infirmité de l'enfant. La réparation se fit se fit sur la base « du préjudice moral, des troubles dans les conditions d'existence de M. et Mme Quarez ainsi que de certains éléments des préjudices matériels » à laquelle le Palais-Royal ajouta « les charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée, qui découleront pour M. et Mme Quarez de l'infirmité de leur enfant ».

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000 n'était donc pas, loin s'en faut, sans précédent judiciaire : sa particularité réside dans le fait qu'il ne se prononce que sur le préjudice de l'enfant, celui-ci ne pouvant se résumer au défaut d'exercice libre et éclairé du "droit à l'avortement". L'occasion était donc donnée à la Cour de cassation de confirmer ou d'infirmer les solutions issues des deux arrêts rendus par la 1^{ère} chambre le 26 mars 1996.

¹ CE, sect., 14 févr. 1997, « Centre hospitalier de Nice c/. Quarez » : Rec. CE 1997, p. 44.

² « En demandant qu'il fût procédé à une amniocentèse, Mme Quarez avait clairement manifesté sa volonté d'éviter le risque d'un accident génétique chez l'enfant conçu, accident dont la probabilité était, compte tenu de son âge au moment des faits, relativement élevée ; que les époux Quarez avaient ainsi cherché auprès du service spécialisé du Centre hospitalier régional de Nice un diagnostic déterminant quant à l'absence du risque ; que, dans ces conditions, la faute commise par le service de pathologie cellulaire et de génétique du Centre hospitalier régional de Nice avait faussement conduit M. et Mme Quarez à la certitude que l'enfant conçu n'était pas porteur d'une trisomie et que la grossesse de Mme Quarez pouvait être normalement menée à son terme ». Il ajouta, quant à la causalité, « que cette faute, qui rendait sans objet une nouvelle amniocentèse que Mme Quarez aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique sur le fondement de l'article L. 162-12 du code de la santé publique, doit être regardée comme la cause directe des préjudices entraînés pour M. et Mme Quarez par l'infirmité dont est atteint leur enfant ».

249. Genèse de l'amendement « anti-Perruche ». Suite à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 mars 1996, la cour de renvoi refusa de s'incliner¹ en considérant que « l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises ». Il revint donc à l'assemblée plénière de la Cour de cassation de se prononcer sur la nature du préjudice indemnisable subi par l'enfant et sur son lien de causalité avec la faute commise par le médecin et le laboratoire. La décision rendue le 17 novembre 2000² fut conforme à celle rendue quatre ans plus tôt par la première chambre civile. De manière fort laconique, l'assemblée plénière cassa la décision des seconds juges d'appel en affirmant que « dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »³.

Face aux émois légitimes d'une grande partie de la doctrine et à la forte répercussion médiatique dans l'opinion publique, le législateur décida d'intervenir afin de mettre un terme à cette jurisprudence.

¹ CA Orléans, 5 févr. 1999 : RTD civ. 2000. 80, obs. Hauser.

² Voir notes, supra n° 248.

³ L'on sait quel retentissement eut cette décision dans le milieu judiciaire. Au-delà de la question technique de la causalité (pour le moins douteuse, v. infra n° 350), la teneur de l'attendu de principe ne peut que laisser, à tout le moins, dubitatif, quant à la réception du dommage réparable. Affirmer comme le fait la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, que le fait d'être né peut être reproché à un laboratoire ou à un médecin n'ayant pas détecté la rubéole chez la mère ou ne l'ayant pas suffisamment conseillé quant à l'avortement, revient à affirmer que continuer à vivre peut être un préjudice. L'on ne peut vraisemblablement pas reprocher aux professionnels médicaux d'être la cause des séquelles subies par l'enfant puisqu'ils ne sont en rien responsables de la contraction de la maladie par la mère. Leur seul tort est de ne pas avoir mis la mère en situation de se prononcer de manière libre et éclairée sur l'éventualité d'un avortement. Le préjudice souffert par l'enfant est donc bien d'avoir continué à vivre ; c'est à tout le moins le seul évènement en lien causal avec la faute du médecin et du laboratoire. S'il peut paraître dérangeant d'admettre sur le plan moral, éthique et juridique une telle solution, sa mise en œuvre pourrait apparaître encore plus choquante dans la mesure où elle serait à même de permettre à un enfant handicapé d'exercer une action en responsabilité contre ses parents qui, en connaissance du handicap futur de leur donner la vie, ont néanmoins décidé de mener la grossesse à terme. Cette jurisprudence fut néanmoins confirmée ultérieurement : Cass., ass. plén., 13 juill. 2001 (3 arrêts) : Bull. civ. n° 10 ; R., p. 425 ; BICC 1er oct. 2001, concl. Sainte-Rose, rapp. Blondet ; D. 2001. 2325, note Jourdain ; D. 2002. Somm. 1314, obs. D. Mazeaud ; Cass., ass. plén., 28 nov. 2001 : Bull. civ. n° 15 ; R., p. 425 ; BICC 1er févr. 2002, concl. Sainte-Rose, rapp. Blondet ; D. 2001. IR. 3587 ; JCP 2002. II. 10018, concl. Sainte-Rose, note Chabas ; 28 nov. 2001 : Bull. civ. n° 16 ; R., p. 425 ; BICC ibid. ; D. 2001. IR. 3588 ; Civ. 1ère, 9 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 79 ; RCA 2004, n° 189, note Radé.

La Cour a néanmoins semblé procéder à une interprétation étroite des conditions devant être réunies pour obtenir réparation. Les parents doivent ainsi établir que la faute du médecin a empêché la mère d'interrompre sa grossesse, ce qui implique une double preuve : celle que la mère aurait fait le choix d'un tel acte, et que ses conditions légales en étaient réunies.

250. L’amendement « anti-Perruche ». Dans le cadre d’une loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹, il est, en frontispice², solennellement affirmé que « nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance ». De plus, « la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé, ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l’atténuer ». L’article 1-I continue en prévoyant que « lorsque la responsabilité d’un professionnel ou d’un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d’un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d’une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ». Enfin, le dernier alinéa prévoit que « les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l’exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l’indemnisation ».

Les objectifs visés par le législateur étaient ici clairs : « interdire l’indemnisation du préjudice causé à l’enfant né handicapé, après qu’une faute eut empêché ses parents de recourir à une IVG pour mettre un terme à la grossesse (jurisprudence *Perruche*), ainsi que celui des parents résultant des « charges particulières, notamment en matière de soins et d’éducation spécialisée » découlant du handicap de l’enfant (jurisprudence *Quarez*) »³.

La loi du 4 mars 2002 vint donc modifier le régime juridique des actions en responsabilité menées par les parents en raison de la naissance d’un enfant handicapé. Le champ d’application de la réforme se voulait particulièrement large dans la mesure où il était prévu qu’elle s’applique aux instances en cours, non définitivement tranchées⁴.

Or, se trouvaient dans une telle situation les familles Draon et Maurice, requérantes dans les arrêts rendus le 6 octobre 2005 par la Cour européenne des droits de l’homme. Les faits relatifs à ces deux espèces étaient similaires : des futurs parents, voulant se prémunir contre tout risque d’une naissance d’un enfant handicapé, recoururent à un diagnostic prénatal qui, dans les deux cas, ne présenta aucune anomalie. Toutefois, peu de temps après les naissances, des troubles sérieux apparurent chez les enfants : amyotrophie spinale infantile dans l’affaire

¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, J.O n° 54 du 5 mars 2002, page 4118.

² Art. 1-I devenu l’art. L. 114-5 du code de l’action sociale et des familles (L. n° 2005-102 du 11 févr. 2005, art. 2-II).

³ Ch. Radé, note sous CEDH 6 octobre 2005, *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2005, comm. 258.

Concernant les imprécisions de cette loi, voir A. Sériaux, « Jurisprudence *Perruche* : une proposition de loi ambiguë » (*D.* 2002, point de vue p. 579) : cet article de doctrine a le mérite, certes de mettre en exergue les défauts du texte, mais également de proposer un texte qui aurait, à n’en pas douter, atteint les objectifs avoués du législateur.

⁴ Ce qu’imposa de faire, dans un arrêt de cassation, la Cour de cassation le 26 juin 2004 (pourvoi n° 02-15.918 : RGDM 2004, p. 425).

« Maurice », et anomalie chromosomique concernant l'enfant Draon. Puisque les laboratoires ayant effectué les analyses dépendaient des hôpitaux de Paris, les parents intentèrent une action en responsabilité devant les juridictions administratives. Si les juges nationaux reconnurent assez aisément la responsabilité des hôpitaux de Paris, se posait cependant la question des chefs de préjudice indemnisables. Si « les charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée » étaient soumis à indemnisation depuis la jurisprudence « Quarez », la loi du 4 mars 2002 y mit un terme en affirmant que ce préjudice relevait de la solidarité nationale¹. Le Conseil d'Etat, dans son avis « Draon » du 6 décembre 2002, confirma d'ailleurs l'applicabilité immédiate du texte et l'exclusion des charges particulières des chefs de préjudice indemnisables², alors qu'avant ladite loi, les époux Draon et Maurice auraient pu prétendre à une réparation intégrale³. Le tribunal administratif de Paris trancha d'ailleurs en ce sens les 2 septembre et 25 novembre 2003⁴. Les deux familles formulèrent alors une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme afin de contester l'application immédiate de la loi du 4 mars 2002 et le faible montant de l'indemnisation accordée. Cette requête fut fondée sur l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel et l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

B – La condamnation de la rétroactivité de la loi du 4 mars 2002

251. Suite à la condamnation de l'amendement « anti-Perruche » par la Cour européenne des droits de l'homme⁵ sur le fondement de l'espérance légitime (1), les juges internes se sont alignés (2) en refusant d'appliquer immédiatement cette loi.

¹ Désormais, article L. 114-5 alinéa 3 du code de l'action sociale et des familles. Depuis, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » a affirmé que « la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap » quel qu'il soit (art. L. 114-1-1 CASF). Toutefois, la nouvelle « prestation de compensation » (art. L. 245-1 et s. CASF) instituée tardivement à la place de l'ancienne allocation compensatrice pour tierce personne ne compense que certaines charges liées au handicap : besoin d'aides humaines ou techniques, aménagement du logement et du véhicule, etc.

² CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 250167, M. et Mme Draon : JCP G 2003, IV, 2190, obs. M.-Ch. Rouault. Confirmé par Cass. 1^{ère} civ. 29 juin 2004 (précit).

³ Il est intéressant de remarquer que l'amendement « anti-Perruche » fera l'objet d'un contrôle et d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme non car il s'oppose à la jurisprudence « Perruche » mais bien car il met, rétroactivement, un terme à la jurisprudence « Quarez » du Conseil d'Etat sur les charges particulières : v. infra n° 255.

⁴ AJDA 2003 p. 2231

⁵ CEDH, gde ch., 6 oct. 2005 (2 arrêts) : D. 2005. IR. 2546, obs. de Montecler ; JCP 2006. II. 10061, note Zollinger ibid. I. 109, n° 16, obs. Sudre ; Dr. fam. 2005, n° 258 et RCA 2005, n° 327, note Radé ; RJPF 2006-1/30, note Leborgne ; RTD civ. 2005. 743, obs. Marguénaud, et 798, obs. Revet ; RDSS 2006. 149, étude Hennion-Jacquet.

1 – Les arrêts « Maurice » et « Draon » du 6 octobre 2005

252. L’existence d’une espérance légitime. Au regard de l’article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel, et en prenant appui sur la jurisprudence « Pressos Naviera SA et autres »¹, la Cour rappelle, tout d’abord, que la notion de biens recouvre à la fois les biens actuels et des valeurs patrimoniales. Une créance sera ainsi qualifiée de "valeur patrimoniale" si son titulaire « démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu’elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux »². Pour que la protection de l’article 1^{er} du premier Protocole puisse jouer, les requérants doivent « prétendre avoir une « espérance légitime »³. La Cour rappelle ainsi que « l’espérance légitime identifiée dans l’affaire « Pressos Companía Naviera S.A. et autres » n’était pas en elle-même constitutive d’un intérêt patrimonial ; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de "valeur patrimoniale" serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s’appliquer à l’égard des dommages déjà causés »⁴.

La Cour considère que la loi du 4 mars 2002 constitue une ingérence dans le droit au respect d’un bien au sens de l’article 1^{er} du protocole n°1 : les familles Draon et Maurice détenaient en effet « une créance en vertu de laquelle ils pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, y compris les charges particulières découlant du handicap de leur enfant »⁵ en application de la jurisprudence Quarez. La loi du 4 mars 2002, applicable directement aux instances en cours, retranche en effet du préjudice indemnisable les charges particulières : « cette ingérence s’analyse en une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l’article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention »⁶. La Cour est donc amenée à rechercher si cette ingérence est justifiée⁷ et proportionnée⁸.

Si la condition de « prévision légale » ne fait pas difficulté, celle relative à la « cause d’utilité publique » n’en fait pas davantage. Il est, en effet, nécessaire de reconnaître aux Etats membres une marge d’appréciation puisque « grâce à une connaissance directe de leur société et

¹ CEDH 20 novembre 1995, voir supra n° 217.

² § 65.

³ § 66.

⁴ § 67. Ce n’est donc qu’une fois la base de confiance acquise en droit interne, qu’une valeur patrimoniale devient un bien : l’espérance légitime fait de la valeur un objet du droit de propriété. Dans l’arrêt « Kopecky c/. Slovaquie », la Cour a posé le principe qu’un intérêt patrimonial devient une valeur patrimoniale « lorsqu’il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux » : dès lors la base de confiance confère au titulaire de la créance une espérance légitime en sa concrétisation (v. supra n° 217)

⁵ § 70.

⁶ § 72.

⁷ L’article 1er du Protocole prévoit que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »

⁸ CEDH, « Sporrang et Lönnroth c. Suède », 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69.

de ses besoins, les autorités nationales se trouvent, en principe, mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d’utilité publique »¹. Les arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l’article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, « l’éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l’équité et la bonne organisation du système de santé² », semblent avoir convaincu les juges européens sur le principe : « la Cour n’a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu’il désapprouvait et de modifier l’état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une cause d’utilité publique »³.

253. Rétroactivité et espérance légitime. La proportionnalité de l’ingérence apparaît, quant à elle, beaucoup plus problématique. Il s’agit ici de trouver « un juste équilibre entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l’individu »⁴ : « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété »⁵. Pour évaluer cet équilibre, la Cour prend en considération les modalités d’indemnisation prévues par la loi interne : « une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien »⁶ dont on a été privé. Or, la jurisprudence « Quarez » était antérieure à la découverte du préjudice subi par les enfants et, « stable et constamment appliquée par les juridictions administratives »⁷, bien que récente. Il en résulte que les familles « pouvaient légitimement espérer en bénéficier »⁸.

Dans la mesure où la loi du 4 mars 2002 a annihilé les effets de la jurisprudence Quarez, « outre ceux de la jurisprudence Perruche »⁹, « la loi litigieuse a appliqué un régime nouveau de responsabilité à des faits dommageables antérieurs à son entrée en vigueur et ayant donné lieu à des instances toujours pendantes à cette date, produisant ainsi un effet rétroactif »¹⁰. Si toute intervention rétroactive du législateur n’est pas en principe prohibée par la Convention européenne des droits de l’homme¹¹, la loi du 4 mars 2002 a « purement et simplement supprimé,

¹ § 75.

² Arguments empruntés à l’avis « Draon » rendu par le Conseil d’Etat le 6 décembre 2002, précit.

³ § 77.

⁴ § 78.

⁵ Idem.

⁶ § 79.

⁷ § 80.

⁸ Idem.

⁹ Nous verrons que cette incise est tout sauf anecdotique : infra n° 255.

¹⁰ § 81.

¹¹ Voir, *mutatis mutandis*, « Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France », CEDH 28 oct. 1999, n° 24846/94 et 34165/96, 1999-VII.

avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés » à laquelle les parents prétendaient. Dès lors, « le législateur français a [...] privé les requérants d’une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales »¹.

Bien que la loi du 11 février 2005 ait instauré une allocation spécifique aux personnes handicapées, « les montants qui seront versés aux requérants en vertu de ce texte, tout comme la date d’entrée en vigueur de celui-ci pour les enfants handicapés, ne sont pas définitivement fixés »² laissant ainsi « peser encore aujourd’hui une grande incertitude sur les requérants et, en tout état de cause, ne leur permet pas d’être indemnisés suffisamment du préjudice déjà subi depuis la naissance de leur enfant »³ : l’indemnisation n’est donc pas raisonnablement proportionnée. Quant à la somme allouée par le tribunal administratif dans l’affaire Draon, « force est de constater que le montant de l’indemnisation accordée par ledit tribunal est très inférieur aux attentes légitimes des requérants »⁴. Selon la Cour, « les considérations liées à l’éthique, à l’équité et à la bonne organisation du système de santé [...] ne pouvaient pas, en l’espèce, légitimer une rétroactivité dont l’effet a été de priver les requérants, sans indemnisation adéquate, d’une partie substantielle de leurs créances en réparation, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante »⁵. L’équilibre a donc été rompu, et l’article 1^{er} du Protocole n°1, violé, puisque l’article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 « concerne les instances qui étaient en cours le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur »⁶.

254. Sécurité juridique et espérance légitime. Sans se livrer à une analyse en profondeur de cette décision, sa motivation étant limpide, il convient de se pencher sur certaines expressions employées par la Cour européenne des droits de l’homme afin de déterminer si l’application immédiate de la loi du 4 mars 2002 est contraire à l’article 1^{er} du Protocole n° 1. La Cour affirme, en effet, que la protection d’une créance par cette disposition est soumise à l’existence d’une « espérance légitime ». Cette « base de confiance » est notamment étayée par une « jurisprudence stable » en droit interne : or, la jurisprudence Quarez fit « légitimement espérer » les familles Draon et Maurice en une réparation intégrale englobant les charges particulières. La loi du mars 2002 est venue « priver » les familles de cette « espérance ». La

¹ § 82.

² § 83.

³ Idem.

⁴ § 84.

⁵ § 85.

⁶ § 86.

décision en première instance du tribunal administratif a dès lors violé les « attentes légitimes » des familles en faisant application de cette loi puisque la réparation n'est plus « raisonnablement proportionnée ». La loi du 11 février 2005 fait, en outre, planer une « incertitude » sur le montant et le moment de l'octroi des nouvelles allocations. « L'équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu a donc été « rompu ».

N'est-il pas aisé de voir dans ce résumé le champ lexical de la confiance légitime d'autrui tel que l'entend le juge communautaire ? Si l'on admet que la propriété est un élément indispensable à la stabilité juridique d'un Etat de droit, il est également facile de comprendre pourquoi la Cour européenne a recours à l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Comme dans l'arrêt « *Pressos Compania Naviera* »¹, l'espérance légitime sert dans les arrêts « *Draon* » et « *Maurice* » à analyser l'atteinte commise par une loi rétroactive à l'exigence de sécurité juridique. Comme toujours dans la jurisprudence conventionnelle, cet impératif ne peut, à lui seul, justifier la condamnation d'un Etat. Il faut, de surcroît, caractériser la violation d'un droit expressément reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou ses protocoles additionnels. Si certains ont pu trouver « surprenant »² que le juge conventionnel ait recours à l'espérance légitime et non au procès équitable, comme l'y invitaient les requêtes, il semble permis d'approuver ce choix. Non pas car l'un de ces droits exclut l'autre, mais car ils consacrent tous deux la même exigence : la sécurité juridique. L'équité inhérente au procès équitable³ et l'espérance légitime participent en effet du principe plus général de respect de l'anticipation légitime d'autrui. En faisant d'autrui le siège de l'analyse, on rend l'instance plus équitable, on ajuste la règle de droit applicable à ce que semble imposer une exigence transcendante. Que cette dernière, dans sa dimension générale, porte le nom de sécurité juridique, qu'on la nomme « confiance légitime » en droit communautaire, « espérance légitime » ou « procès équitable » en droit conventionnel, une seule règle permet d'en justifier cette application variée : contractants, tiers privés ou encore autorités normatives ne peuvent porter atteinte à la légitime expectative d'autrui sans qu'une responsabilité n'en découle.

Les juridictions internes n'ont d'ailleurs pas tardé à tirer toutes les conséquences de cette double condamnation.

¹ V. supra n° 220.

² Voir notamment, A. Zollinger, « La France doublement condamnée au titre de la loi anti-Perruche », note sous CEDH 6 oct. 2005, *JCP G*, n° 16, 19 avril 2006, II.10061.

³ V. infra n° 259 et s.

2 – L'alignement des juges internes

255. Ordre judiciaire et espérance légitime. Dans trois arrêts du 24 janvier 2006¹, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, sur la compatibilité de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé avec l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans ces trois espèces, des parents d'enfants nés avec un grave handicap réclamaient aux médecins ayant suivi la grossesse réparation de leur préjudice moral ainsi que du préjudice subi par l'enfant du fait de son handicap dans la mesure où ces professionnels médicaux furent incapables de déceler les graves maladies affectant le fœtus, ces actions ayant été entreprises avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002.

Au visa de l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention européenne ensemble l'article 1er-I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la Cour revient sur sa jurisprudence du 26 juin 2004 ayant confirmé l'application immédiate de l'amendement « anti-Perruche »². Après avoir rappelé la teneur de l'article 1^{er}-I de cette loi, la Cour de cassation affirme : « si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention EDH, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la loi susvisée, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand Mme Y et M. X pouvaient en l'état de la jurisprudence, applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ». La Cour en conclut que « ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, la cassation est encourue ».

Sur le fondement de l'espérance légitime des parents, la Cour en arrive à exclure l'application rétroactive de la loi du 4 mars 2002 en ce qu'elle fait obstacle à l'action de l'enfant

¹ Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 02-12.260, CPAM Loir-et-Cher ; Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 01-16.684, « Fondation Bagatelle et a. » ; Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 02-13.775, « Frank X. et a. », JCP G 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; LPA 15 juin 2007, p. 13, note M. Pichard ; Dr. Famille 2006, comm. 105, concl. J. Sainte-Rose, note B. Beignier ; Gaz. Pal. 10 juin 2006, p. 32, note M. Bacache. – Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, n° 03-11.917 : JurisData n° 2006-032288 ; Bull. civ. I, n° 94 ; LPA 28 juill. 2006, p. 15, note A.-F. Zattara.

V. également Cass. 1re civ., 30 oct. 2007 (n° 06-17.325 : JurisData n° 2007-041149 ; Gaz. Pal. 26 janv. 2008, p. 10, avis D. Sarcelet ; Gaz. Pal. 3 avr. 2008, p. 14, note B. Cerveau) où une simple action en référé fut introduite avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002.

² Cass. 1^{ère} civ. 26 juin 2004, pourvoi n° 02-15.918.

et à l'indemnisation des charges particulières. Si la consécration en droit interne de l'espérance légitime d'autrui comme limite à l'effet rétroactif d'un acte législatif est opportune, on ne peut que rester sceptique à l'égard de la motivation employée par la haute juridiction. Il est ainsi possible de regretter que la Cour de cassation n'analyse pas davantage les effets de la loi du 11 février 2005 puisque ses décrets d'application sont parus entre la condamnation de la France et ces arrêts de la Cour de cassation. Certes la compensation du handicap n'est « peut-être pas aussi importante que celle à laquelle les victimes auraient pu prétendre si les jurisprudences *Perruche* ou *Quarez* avaient été appliquées »¹. L'on peut toutefois s'étonner que la Cour n'ait pas « réellement apprécié la disproportion au regard de ces nouvelles dispositions »² puisque la loi de 2002 prévoyait expressément que, désormais, la compensation de ces handicaps relevait de la solidarité nationale.

De plus, alors que les jurisprudences « Draon » et « Maurice » n'ont sanctionné que la rétroactivité du nouveau dispositif qu'à l'égard du préjudice indemnisable, la Cour de cassation l'étend, quant à elle, à l'action de l'enfant³. En effet, bien que l'article 1^{er}-I de la loi du 4 mars 2002 fût une réaction législative à la jurisprudence *Perruche*, c'est bien car elle fait rétroactivement obstacle à la jurisprudence « Quarez » que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le texte violait l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1. Le juge conventionnel ne s'est donc pas prononcé sur la rétroactivité du principe législatif selon lequel « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Or, en sanctionnant la rétroactivité de ce texte au regard du Protocole additionnel, la Cour en déduit implicitement que l'enfant pouvait légitimement espérer obtenir une réparation du fait de sa naissance en raison de la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, peu important d'ailleurs que l'action ait été introduite postérieurement à cette jurisprudence⁴. Il est tout d'abord permis de douter de la légitimité d'une telle espérance au-delà de sa stabilité jurisprudentielle⁵. En outre, il est singulier

¹ A. Gouttenoire, S. Porchy-Simon, obs. précit.

² Idem.

³ Peut-être s'appuie-t-elle sur l'incise « outre ceux de la jurisprudence *Perruche* » que la Cour européenne a employée pour condamner la mise à l'écart rétroactive des effets de la jurisprudence « Quarez » (voir supra n° 253). Ceci éviterait alors de futures condamnations sur le fondement de l'amendement « anti-*Perruche* » (pour une telle analyse, voir A. Gouttenoire, S. Porchy-Simon, obs. précit).

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 2008, arrêt n° 796, pourvoi n° 07-12159, D. 2008, p. 1995 ; JCP G, 2008, I, 186 obs. Ph. Stoffel-Munck, ibid. II, 10166, avis Ch. Mellottée, note Sargos. La loi du 4 mars 2002 ne concerne donc que les naissances postérieures à son entrée en vigueur alors que la Cour européenne des droits de l'homme prit le soin de préciser que l'espérance légitime des justiciables avait été violée en ce que la loi nouvelle s'appliquait « aux instances en cours » (v. supra n° 253).

⁵ Est-il réellement légitime d'invoquer en justice un préjudice en raison de sa naissance ? Formellement, la réponse est positive eu égard à la stabilité de la jurisprudence sur cette question. Au fond, si cela revient à se demander si le préjudice constitue lui-même la lésion d'un intérêt légitime, la réponse, selon nous, ne peut être que négative. Il est certain que la Cour de cassation élude cette double approche de la légitimité de l'espérance au bénéfice de la première.

d’observer qu’en procédant ainsi à une véritable « auto-valorisation »¹ de sa jurisprudence, la Cour de cassation semble adopter une position difficilement compatible avec son acception de la notion de bien : à la différence de la Cour européenne des droits de l’homme, une créance incertaine, malgré l’espérance légitime d’autrui, ne peut faire l’objet de la protection du droit de propriété². Enfin, si l’on se souvient que, selon cette même juridiction, nul ne peut se prévaloir d’un droit acquis à une jurisprudence figée³, l’on peut, dès lors, se demander comment ces jurisprudences pourront, à l’avenir, se concilier.

La réception de l’espérance légitime n’en reste pas moins une bonne nouvelle pour le droit français dans la mesure où cette notion fait d’autrui l’étalon de la résolution de conflits de lois dans le temps⁴. Sa consécration par le Conseil d’Etat, le 24 février 2006⁵, ne fait donc que s’ajouter à cet heureux constat.

256. Appréciation de la réception. Il est ici inévitable de remarquer « l’influence considérable que l’article 1er du protocole n° 1 de la Convention est amenée à exercer sur notre droit interne de la responsabilité »⁶. En assurant l’exigence de sécurité juridique inhérente à une

¹ A. Gouttenoire, S. Porchy-Simon, obs. précit.

² Cass. 1re civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394 : JCP G 2000, IV, 2384 ; D. 2000, p. 699, note M.-L. Niboyet.

³ Cass. 1re civ., 21 mars 2000, D. 2000. 593, note Atias ; CCC 2000, n° 126, note Leveneur ; RTD civ. 2000. 592, obs. Gautier ; ibid. 666, obs. Molfessis.

⁴ A tout le moins, semble-t-il possible de regretter que cette réception se fasse au profit d’une jurisprudence malheureuse ayant abandonné la légitimité comme critère du préjudice.

⁵ CE, 5e et 4e ss-sect., 24 févr. 2006, n° 250704 : JCP G, 2006-04-19, n° 16, jur. II-10062, p. 800-806, obs. A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon. En l’espèce, un centre hospitalier universitaire n’avait su déceler dans du liquide amniotique une pathologie qui était pourtant présente. Dans un long considérant rappelant les attendus de principe de la Cour de cassation, le Conseil d’Etat affirme : « si selon l’article 1er du premier protocole additionnel à la Convention EDH, une personne peut être privée d’un droit de créance en réparation d’une action en responsabilité, c’est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l’intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que l’article 1er-I de la loi du 4 mars 2002, en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l’enfant tout au long de sa vie, en subordonnant l’engagement de la responsabilité de l’auteur de la faute à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap ne répondant pas à l’obligation de réparation intégrale, a porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d’un enfant né porteur d’un handicap non décelé avant sa naissance par suite d’une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l’entrée en vigueur de cette loi ; que dès lors les dispositions de l’article 1er-I de la loi du 4 mars 2002, en ce qu’elles s’appliquent aux instances en cours sous la seule réserve qu’elles n’aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l’indemnisation, sont incompatibles avec l’article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ». La loi du 4 mars 2002 est donc écartée du litige né avant son entrée en vigueur.

Or, cette mise à l’écart de la loi du 4 mars 2002 en raison de l’espérance légitime des familles en une réparation intégrale, contraire à l’avis « Draon » du 6 décembre 2002, évite que ce contentieux ne soit directement soumis à la Cour européenne, après une décision de refus des juges du fond. Dans les affaires « Maurice » et « Draon », la Cour européenne avait en effet considéré que le recours devant le Conseil d’Etat ne constituait pas, compte tenu de son avis du 6 décembre 2002, une voie de droit utile que le requérant devait épuiser avant de saisir le juge européen (CEDH, 6 juill. 2004, « Maurice et a. c/ France », décision sur la recevabilité : RTD civ. 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud) : « en adoptant finalement la solution de la Cour européenne, le Conseil d’Etat retrouve la maîtrise d’un contentieux qui était en voie de lui échapper » (A. Gouttenoire, S. Porchy-Simon, obs. précit.).

⁶ A. Gouttenoire, S. Porchy-Simon, obs. précit.

créance incertaine mais dotée de l'espérance légitime de son détenteur, la juridiction européenne comme les juridictions internes valident l'idée selon laquelle l'expectative légitime d'autrui, ici la victime, doit être protégée par le droit objectif. Lorsque par la loi du 4 mars 2002 le législateur a décidé de « consacrer brutalement une solution inverse, consistant à désamorcer la crise naissante par le sacrifice pur et simple des droits des victimes »¹, il a rompu « le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens »². En protégeant l'espérance légitime des victimes dont le préjudice est survenu antérieurement³ à la loi du 4 mars 2002, ces jurisprudences rappellent que le législateur ne saurait remplacer le système de la réparation intégrale par celui de la solidarité nationale sans réellement mettre en œuvre ce dernier : « La notion d'espérance légitime suppose que les victimes aient acquis la certitude d'être indemnisées totalement, ou du moins qu'elles puissent avoir toute confiance dans l'issue du procès »⁴.

Dès lors, il semblerait qu'aucune atteinte au droit au respect des biens ne puisse être invoquée à raison d'un dommage survenant à une époque où la loi est déjà applicable : les victimes postérieures à la loi du 4 mars 2002 ne devraient, *a priori*, avoir aucune espérance légitime en une réparation intégrale, la solidarité nationale prenant le relais. Or, dans la mesure où le dispositif issu de la loi du 11 février 2005 est sensiblement le même que l'ancien⁵, on peut imaginer que les tribunaux pourront continuer à appliquer le principe de réparation intégrale : « Après tout, si l'article 1^{er}-I de la loi du 4 mars 2002 n'est pas respecté par le juge, c'est d'abord parce qu'il ne l'est pas par le législateur lui-même »⁶. L'argument, à l'aune d'autrui, ne manque pas de convaincre. Si l'on peut légitimement imposer à autrui une modification non-rétroactive du régime de son indemnisation, encore faut-il que le nouveau régime soit efficient dans le remplacement de l'ancien. Tant que cet objectif ne sera pas atteint, il sera inique de ne pas recourir à la réparation intégrale⁷.

¹ C. Coulon, « L'application de la disposition anti-Perruche à l'épreuve du concept d'espérance légitime », *Revue Lamy Droit civil*, n° 28, juin 2006, actualités, pp. 15-19.

² CEDH 6 octobre 2005 « Draon » § 85.

³ Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 2008, précit.

⁴ C. Coulon, obs. précit.

⁵ Voir supra n° 253.

⁶ C. Coulon, obs. précit.

⁷ Si l'on ajoute à ceci que, dans un des arrêts du 24 janvier 2006 (N° de pourvoi 02-12.260, « CPAM de Loir-et-Cher c/ Sté Le Sou médical », précit.), la Cour de cassation reconnaît à la CPAM le droit d'exercer contre le médecin fautif le recours ouvert aux tiers payeurs par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, c'est l'iniquité du système qui est alors intégrale. En effet, la Cour de cassation décide que le recours des tiers payeurs s'exerce sur les sommes allouées à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, la part d'indemnité de caractère personnel étant seule exclue de ce recours : « les organismes sociaux, qui ne réparent que des préjudices économiques, se remboursent sur des indemnités couvrant des préjudices que leurs prestations ne réparent pas, privant ainsi la victime ou ses ayants droit d'une indemnisation intégrale » ; « du même coup, c'est un peu de l'argent des victimes qui retourne dans les caisses de la sécurité sociale, au profit de cette solidarité nationale

L’on comprend que, dans une telle perspective, l’espérance légitime d’autrui ne puisse représenter qu’un versant de la sécurité juridique à laquelle autrui peut raisonnablement prétendre. En se fondant sur le procès équitable, et surtout, nous semble-t-il sur l’équité, les juges, dans l’appréhension de la problématique du droit dans le temps, ont habilement complété l’arsenal alloué à la sécurité juridique pour assurer le respect de l’anticipation légitime d’autrui.

Section 2 – La sécurité juridique comme équité envers autrui

257. Si confiance légitime et espérance légitime d’autrui constituent deux concepts faisant ostensiblement d’autrui le prisme à travers lequel doivent être perçus les rapports entre droit et temps, le recours par la Cour européenne et la Cour de cassation à la notion de procès équitable ne devrait étonner. Au regard de la sécurité juridique, il semble légitime que les exigences du procès équitable imposent aux Etats de garantir la tenue d’un procès respectant le droit d’accès à un tribunal, le contradictoire et l’égalité des armes. L’équité commande en effet que la sécurité juridique draine le procès d’exigences procédurales¹. Au regard de l’altérité, l’équité présente une vertu certaine en ce qu’elle se présente comme un sentiment envers autrui. C’est dire que le procès équitable entretient des rapports privilégiés avec la sécurité juridique au regard d’autrui.

La Cour européenne a en a logiquement fait, à côté de l’espérance légitime², un instrument de contrôle de l’application du droit dans le temps (§ 1). La Cour de cassation l’a pareillement employé pour imposer l’exigence de sécurité juridique dans l’appréhension temporelle des lois interprétatives et des revirements de jurisprudence (§ 2). C’est ainsi à l’aune d’autrui, le justiciable, que l’équité commande de prendre en considération la mutabilité du droit afin de ne pas porter atteinte à ses prévisions les plus légitimes.

§ 1 – Le procès équitable source conventionnelle de sécurité juridique

258. Procès équitable et sécurité juridique. Si dès l’arrêt « Marckx c. Belgique »³ en date du 13 juin 1979, la Cour européenne a fait de la sécurité juridique une exigence conventionnelle, force est de reconnaître qu’à travers la notion de procès équitable, la juridiction

qui les méprise » (P. Morvan, « Paralysie de la loi anti-Perruche, indemnisation du handicap et recours des tiers payeurs », *JCP S*, n° 25, 20 juin 2006, 1502).

¹ Le principe analytique du respect des anticipations légitimes d’autrui dépasse ainsi droit contractuel et droit extracontractuel pour également aborder le lien processuel.

² V. supra n° 247 et s., spéc. n° 252.

³ CEDH 13 juin 1979, « Marckx c. Belgique », Série A n° 31, n° 00006833/74, JDI 1982, 187, chron. P. Rolland ; AFDI, 1980, 323, chron. R. Pelloux. V. supra n° 247.

strasbourgeoise est parvenue à développer une double conception de la sécurité juridique. Naturellement, le procès équitable garantit une utilisation raisonnable des outils juridiques permettant au temps d’agir dans le droit¹ (A). Prescriptions, délais, autorité de la chose jugée sont ainsi des instruments que le droit se doit d’employer avec raison pour satisfaire les exigences du procès équitable et sa cause finale, la sécurité juridique. En outre, l’équité processuelle est à même de régir les mécanismes employés par les différents systèmes juridiques des Etats membres pour agir sur le temps (B). Cette perspective a notamment permis à la juridiction strasbourgeoise de développer une jurisprudence très équilibrée en matière de rétroactivité du droit.

A – Le procès équitable comme outil d’action du temps dans le droit

259. Variétés. Souvent, la juridiction strasbourgeoise a recours à la notion de sécurité juridique pour justifier la solution à laquelle elle parvient. Ainsi, dans l'affaire « Rasmussen »², la Cour devait se prononcer sur la compatibilité de la législation danoise en matière de désaveu de paternité avec l'article 8 garantissant le respect de la vie privée et familiale. La spécificité de cette loi résidait dans le fait qu’il existait une différence entre la mère et le père quant à l’engagement de l’action puisque l’action du père était enfermée dans un délai frappé de forclusion alors que la mère pouvait agir en contestation de paternité de manière perpétuelle. La Cour a estimé que les autorités danoises « étaient en droit de penser que l’institution de délais pour l’engagement d’une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l’enfant »³.

C’est surtout au regard du procès que l’exigence de sécurité juridique a été le plus souvent rappelée par la juridiction européenne. Concernant les rapports entre sécurité juridique et autorité de la chose jugée, la Cour a en effet précisé que : « le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6 §1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des Etats contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »⁴.

¹ V. S. Cimamonti, « Les mécanismes d’application du droit dans le temps », *Revue du notariat*, Canada, 2008, à paraître.

² CEDH, « Rasmussen c/. Danemark », 28 novembre 1984, série A, n° 87.

³ § 41.

⁴ CEDH, « Brumarescu c/. Roumanie », 28 octobre 1999, J.C.P. 2000. I. 203, n° 10, obs. Flauss, § 61.

Dans l'affaire « Coëme et autres c/. Belgique »¹, la Cour eut à se prononcer sur la compatibilité d'une loi d'application régissant la procédure devant la Cour de cassation pour juger des personnalités protégées par des immunités ministérielles ou parlementaires, avec l'article 6 §1. Relevant que le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit, la Cour considère que ce principe impose certaines exigences relatives au déroulement de la procédure ; or, la réglementation en cause vise à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus de pouvoir, ses imprécisions sont donc de nature à nuire à la défense. A cet égard, « l'incertitude qui a existé en raison de l'absence de règles de procédures préalablement établies plaçait le requérant dans une situation de net désavantage par rapport au ministère public », ce qui a privé l'intéressé d'un procès équitable².

La Cour fut pareillement saisie de requêtes de citoyens espagnols se plaignant d'une interprétation imprévisible des juridictions ibériques des règles relatives aux délais de dépôt d'actes et d'exercice des voies de recours. La Cour a néanmoins jugé que « la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique » et que « les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées »³.

La Cour a enfin conclu à une violation de l'article 6 §1 dans une affaire « Brumarescu c/. Roumanie » : en l'espèce, le juge strasbourgeois estime que la faculté dont disposait le procureur général de pouvoir interjeter appel contre un jugement définitif, sans être tenu par aucun délai, enfreint le principe de la sécurité des rapports juridiques et que, de ce fait, l'exigence de procès équitable a été violée⁴.

Au demeurant, « plus nombreuses sont les affaires dans lesquelles la notion de sécurité juridique sert, directement ou indirectement, de façon positive ou négative (insécurité juridique), à étayer une interprétation qui mêle différents aspects »⁵ dont le fameux droit à un procès équitable.

260. Droit d'accès à un tribunal et sécurité juridique. Les affaires concernant le droit d'accès à un tribunal, droit non expressément prévu par la Convention en son article 6, mais qui se déduit de l'esprit de cette disposition⁶, en sont une démonstration parfaite. Or, ce droit n'est pas absolu : il peut faire l'objet de limitations qui ne sauraient toutefois avoir pour effet de porter

¹ CEDH, « Coëme et autres c/. Belgique », 22 juin 2000, Recueil 2000-VII.

² §102-103.

³ CEDH, « Miragall Escolano et autres c/. Espagne », 25 janv. 2000, § 33.

⁴ CEDH, « Brumarescu c/. Roumanie », 28 octobre 1999, § 62 ; J.C.P. 2000. I. 203, n° 10, obs. Flauss.

⁵ De Salvia M., op. cit. III – C.

⁶ CEDH, « Golder c/. R.-U. », 21 fév. 1975, Série A, n° 18.

atteinte à sa substance même¹. Ceci explique que ce sont souvent les modalités d'exercice du droit d'accès qui se trouvent soumises à l'appréciation de la Cour.

Ainsi dans l'arrêt « Geouffre de la Pradelle »², se posait la question d'une forclusion devant le juge administratif en raison d'une confusion sur le point de départ du recours en annulation, la nature individuelle ou réglementaire de l'acte administratif étant incertaine dans le cadre de la protection des sites pittoresques. Pour vérifier si la computation des délais permet de garantir l'effectivité de l'article 6, la Cour se livre à sa traditionnelle approche casuistique des affaires qui lui sont soumises. Ici, la Cour ne put que relever l'extrême complexité du droit positif en la matière³ ; combinée avec la durée de la procédure suivie, cette complexité « était propre à créer un état d'insécurité juridique »⁴. Or, le requérant « était en droit de compter sur un système cohérent qui ménageât un juste équilibre entre les intérêts de l'administration et les siens »⁵.

Cependant, dans une affaire concernant l'impossibilité pour une église catholique grecque d'engager une procédure civile devant les tribunaux pour défendre ses intérêts, puisqu'elle ne possédait pas la personnalité morale exigée par le code civil grec, la Cour a estimé « qu'une jurisprudence et une pratique administrative constantes avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique, tant en matière patrimoniale qu'en ce qui concerne la question de la représentation en justice des différentes églises paroissiales catholiques, et à laquelle l'église requérante pouvait légitimement se fier »⁶.

La Cour a pareillement été appelée à se prononcer sur la compatibilité des délais de prescription avec les principes du procès équitable dans des affaires pénales d'atteinte à l'intégrité de la personne. La Cour a mis en exergue le fait que ces délais poursuivent plusieurs finalités importantes, à savoir « garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁷. Elle conclut alors à l'absence de violation de l'article 6 §1.

¹ CEDH, « Philis c / Grèce [n° 1] », 27 août 1991, série A n° 209, § 59.

² CEDH, « Geouffre de la Pradelle c/. France », 16 déc. 1992, série A n° 253-B.

³ Législation spécifique sur les sites à laquelle il faut ajouter la jurisprudence concernant la catégorisation des actes administratifs.

⁴ § 33.

⁵ § 34.

⁶ CEDH, « Eglise catholique de la Canée c/. Grèce », 16 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, § 40.

⁷ CEDH, « Stubbings et autres c/. R.-U. », 22 octobre 1996, Recueil 1996-IV, § 51.

Si la sécurité juridique est un garant de la prévisibilité du droit, nul ne s’étonnera que les problématiques relatives à la rétroactivité, notamment à travers les lois de validation, soient un terrain de prédilection pour la construction du concept de sécurité juridique en droit conventionnel.

B – Le procès équitable comme outil d’action du droit sur le temps

261. Problématique liée à la rétroactivité. La rétroactivité constitue tout naturellement la thématique essentielle en matière d’action du droit dans le temps, et par ricochet, d’action sur le temps. En voulant que le droit agisse à la fois pour le présent, le futur et le passé, la rétroactivité présente toutes les caractéristiques d’une volonté du droit d’agir sur l’écoulement naturel du temps¹. Or, cette thématique ne se présente pas de la même manière en droit pénal et dans les autres branches du droit. L’on sait en effet que sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines prévu à l’article 7 de la Convention, la non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère a acquis une dimension fondamentale depuis l’arrêt « Kokkinakis c/. Grèce » en date du 25 mai 1993². La sécurité juridique devant régir cette problématique apparaît particulièrement dans les décisions de la Cour relatives aux effets dans le temps des revirements de jurisprudence. L’impérative prévisibilité inhérente à la sphère pénale exige qu’une modification de jurisprudence sur le fond du droit répressif soit appréhendée à l’aune de ce qu’autrui pouvait raisonnablement prévoir. L’on sait que la jurisprudence de la Cour, fondée sur la distinction infractions naturelles/infractions artificielles permet de ne pas automatiquement condamner toute rétroactivité en matière de revirement³. Dans le domaine extra-pénal, c’est sur le fondement du procès équitable que la Cour opère un contrôle concret de la rétroactivité.

¹ A tout le moins sur l’écoulement considéré comme naturel du temps.

² CEDH « Kokkinakis c/. Grèce » 25 mai 1993 (§ 52) ; « Welch c/ Royaume-Uni » 9 février 1995 (§ 26) ; « Jamil c/ France » 8 juin 1995 (§ 26) ; « Ecer et Zeyrek c/ Turquie » 27 février 2001 (§ 29) ; « Achour c/ France » 29 mars 2006.

³ La Cour a jugé, dans deux décisions du 22 novembre 1995, « qu’on ne saurait interpréter l’article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l’interprétation judiciaire d’une affaire à l’autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l’infraction et raisonnablement prévisible » ; « le caractère par essence avilissant du viol » est si évident que « l’abandon de l’idée inacceptable qu’un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme » devait être regardée comme « prévisible et non contraire à l’article 7 de la Convention à la lumière des objectifs fondamentaux de celle-ci dont l’essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine » (CEDH « CR c/ Royaume-Uni et SW c/ Royaume-Uni » 22 novembre 1995, § 30 et s., 32 et s. : RTD Civ. 1996 p. 512 obs. J.-P. Marguénaud ; AJDA 1996 p. 445 obs. J.-P. Costa). Dans le domaine de la succession de deux Etats à la suite de la réunification allemande, la même solution fut appliquée en 2001 au regard de l’interprétation judiciaire d’homicides volontaires commis par un garde-frontière tirant sur des fugitifs : eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie le revirement était prévisible : CEDH « Streletz, Kessler et Krenz c/. Allemagne » 22 mars 2001 (décision concernant des dirigeants de la RDA) et CEDH « K.-H. W. c/. Allemagne » 22 mars 2001. V. F. Massias « Prééminence du droit et sécurité

262. Problématique des lois extra-pénales de validation. Dans la mesure où l'on entend par loi de validation « l'intervention du législateur destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite, un acte administratif annulé ou susceptible de l'être »¹, des litiges liés à une telle immixtion n'ont pas manqué de se présenter devant la Cour européenne des droits de l'homme, au regard, notamment, de la sécurité juridique. Ainsi, dans un arrêt du 9 décembre 1994, « Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce »², la Cour a jugé quant à l'annulation législative d'une sentence arbitrale constatant une dette de l'Etat, que « le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige [...] La conformité de la loi de validation à l'article 6 est subordonnée à la triple condition du caractère non définitif de la procédure juridictionnelle, de la proportionnalité de l'atteinte au droit d'accès à un tribunal et de l'existence d'un motif d'intérêt général impérieux »³. Si cette affirmation en raison de sa généralité put laisser croire que l'article 6 posait une interdiction générale et absolue de toute

juridique. A propos de la surveillance du mur de Berlin », RSC 2001 p. 639 et P. Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », Arch. Pol. Crim., 2007, tome 23, p. 5. En revanche, « dès lors que même en tant que professionnel du droit qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile voire impossible pour le requérant de prévoir un revirement de jurisprudence et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer à l'interprétation jurisprudentielle » : CEDH « Pessino c/ France » 10 oct. 2006, RDI 2006 p. 491, obs. G. Roujou de Boubée ; D. 2007 p. 124, note D. Roets ; JCP G 2007 II 10092, note D. Zerouki-Cottin ; AJDA 2007 p. 1257, note E. Carpentier et J. Trémeau. La Cour condamne ici la position de la chambre criminelle qui en l'absence de modification de la loi pénale, refusait d'appliquer le principe de non rétroactivité de la loi pénale à une simple interprétation jurisprudentielle (Crim. 30 janvier 2002, Bull. crim. n° 16 ; Droit pénal 2002 comm. n° 43, obs. J.-H. Robert ; RSC 2002 p. 581, obs. B. Boulloc ; D. 2003 p. 173, obs. B. de Lamy - Crim. 5 mai 2004, RSC 2005 p. 313, note D. Rebut).

La prévisibilité du revirement apprécié par autrui constitue, en matière pénale, le vecteur de sécurité juridique. Il convient toutefois d'observer que la distinction au regard de la prévisibilité entre les infractions de droit pénal « naturel » (atteinte à la vie ou à l'intégrité physique) et celles de droit « artificiel » (poursuivre des travaux de construction malgré un sursis à exécution émis par le juge administratif) risque de ne pas présenter tous les gages de prévisibilité que la Cour impose aux juridictions internes (v. S. Cimamonti, « Les mécanismes d'application du droit dans le temps », art. précit.).

V. également CEDH 24 mai 2007 « Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie », requêtes n°s 77193/01 et 77196/01, § 42 et 44 ; et CA Toulouse 13 nov. 2007, JCP 2008, II, 10114 note Maysset.

¹ G. Cornu et al., *Vocabulaire juridique*, « Validation législative », PUF Quadrige, Association Capitant.

² CEDH, « Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce », 9 décembre 1994, série A, n° 301-B. La cour ajoute que viole l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'annulation par un acte grec législatif d'une sentence arbitrale constatant une dette de l'Etat la résiliation unilatérale d'un contrat par l'Etat étant sans effet à l'égard de certaines clauses essentielles telle la clause d'arbitrage, et l'annulation législative à une étape de la procédure devant la Cour de Cassation par une loi qui se prévalait de la résiliation du contrat litigieux pour déclarer caduque la clause compromissoire et nulle la sentence arbitrale ayant rompu, au détriment des requérants, l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général.

³ Idem. Repris par Cass. soc. 24 avril 2001, « Association Etre enfant au Chesnay c/ Terki », Bull. civ. V, n° 130 ; BICC 1er juin 2001, concl. Kehrig ; D. 2001. 2445, note Kibalo Adom ; RFDA 2001. 1055, note Frouin et Mathieu ; RDSS 2002. 98, étude Poinsot

validation législative, un arrêt du 23 octobre 1997¹, vint relativiser cette supposition. Le juge conventionnel a, en effet, considéré qu'une loi de validation intervenue en matière fiscale n'était pas contraire aux exigences du procès équitable, bien que des instances juridictionnelles fussent pendantes : « l'article 6 alinéa 1^{er} ne saurait s'interpréter comme empêchant toute ingérence des pouvoirs publics dans une procédure judiciaire pendante à laquelle ils sont parties ». Dès lors, pour la Cour européenne, une loi de validation peut, en vertu de l'article 6 §1, intervenir sans rompre l'égalité des armes, soit avant le commencement d'un procès, soit après la fin de celui-ci, à la condition toutefois qu'elle ne fasse pas obstacle à l'exécution de la décision de justice². En revanche, méconnaît le droit au respect du procès équitable la loi de validation qui intervient sur une procédure juridictionnelle en cours³. C'est dire la nécessité pour la Cour de préciser sa jurisprudence tant différentes interprétations pouvaient en découler ; ce fut chose faite avec l'arrêt « Zielinski et Pradal c/. France »⁴.

263. Conditionnement. La Cour de Strasbourg a ainsi condamné la France le 28 octobre 1999 en raison d'une intervention législative⁵ destinée à imposer aux juridictions la solution dégagée par un organe incompétent⁶ dans le domaine de conflits relatifs au paiement d'indemnités de salariés des Caisses de sécurité sociale, et ce, alors même que le Conseil constitutionnel⁷ et la Cour de cassation⁸ avaient jugé ladite loi conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans le cadre de l'analyse de « l'effet produit »⁹ par cette loi, elle énonce ainsi classiquement que, « si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du

¹ CEDH, « National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Society c/ Royaume-Uni », 23 oct. 1997, Recueil 1997-VII, p. 2364.

² CEDH, « Hornsby c/ Grèce », 19 mars 1997, JCP 1997, II, 22949 note Sudre.

³ CEDH, « Giuliano Preda et Raniero Dardari c/ Italie », 23 février 1999, nos 28160/95 et 28382/95, Rec. 1999-II.

⁴ CEDH, « Zielinski et Pradal c/ France », 28 octobre 1999, Req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, RTD civ. 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP 2000, I, 202, obs. Fr. Sudre ; A. Boujeka, « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 8 juin 2000, n° 114, p. 26 ; S. Bolle, « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 », *RFDA* 2000, p. 1254

⁵ La loi n° 94-43 du 18 janvier 1994.

⁶ Le service d'intérêts communs et de coordination des caisses de sécurité sociale (SICC).

⁷ Décision n° 93-332 DC du 13 janvier 1994.

⁸ Voir notamment, Cass. soc. 15 février 1995, n°s de pourvoi 93-46693 et 94-42843.

⁹ § 58.

litige »¹. Or, si la loi « exclut expressément de son champ d'application les décisions de justice devenues définitives, il fixe définitivement les termes du débat soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire et ce, de manière rétroactive et nonobstant toutes stipulations collectives ou individuelles contraires en vigueur à la date de la publication de la présente loi »². La Cour remarque, en outre, que c'est suite à la condamnation de l'Etat devant une juridiction d'appel interne que l'amendement en cause fut soumis au Parlement. Enfin, cette loi « a purement et simplement entériné la position adoptée par l'Etat dans le cadre de procédures pendantes. Or la Cour note que les jurisprudences des juges du fond étaient majoritairement favorables aux requérants »³.

Quant à la méthode et au moment de l'intervention législative, « de l'avis de la Cour, les circonstances de l'espèce ne permettent pas d'affirmer que l'intervention du législateur était prévisible »⁴, et « force est [...] de constater que l'intervention du législateur en l'espèce eut lieu à un moment où des instances judiciaires auxquelles l'Etat était partie se trouvaient pendantes »⁵. La mauvaise foi de l'Etat français est en outre flagrante dans la mesure où « la Cour ne discerne pas, dans les faits de l'espèce, ce en quoi les divergences de jurisprudence imposaient une intervention législative en cours de procédures »⁶, d'autant plus que le Gouvernement lui-même avançait « la somme de trois cent cinquante millions de pertes financières pour les organismes de sécurité sociale concernés en cas de succès généralisé des recours »⁷. La Cour en conclut assez logiquement à la violation de l'article 6 §1 au regard du droit à un procès équitable.

Il en résulte qu'en vertu de l'article 6 §1, la Cour européenne apprécie les lois de validation au regard d'une part, de l'existence d'un impérieux motif d'intérêt général⁸ de nature à justifier une entorse à l'égalité des armes, d'autre part, du nécessaire respect d'un ensemble de conditions telles que la prévisibilité, l'absence de bonne foi du requérant, intervention au début

¹ § 57.

² § 58.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ § 60.

⁶ § 59.

⁷ § 59.

⁸ Quant au Conseil constitutionnel, s'il considérait que le législateur ne devait agir « qu'en considération de motifs d'intérêt général ou liés à des exigences constitutionnelles » (Cons. const. 19 nov. 1997 : n° 97-390 DC § 13 - 18 déc. 1997 : n° 97-393 DC § 24), il se montre de plus en plus soucieux de limiter les validations législatives et exige maintenant la présence d'un intérêt général « suffisant » : décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998 (considérant n° 5), RFDA 1999 p. 89, obs. B. Mathieu ; décisions n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 (considérant n° 64) et n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 (considérant n° 8), RFDA 2000 p. 289, obs. B. Mathieu, D 2000 n° 4 p. VII, obs. B. Mathieu ; décision n° 2001-453 du 18 décembre 2001 (considérant n° 27), D 2000 p. 1953, obs. D. Ribes - décision n° 2002-458 DC du 7 février 2002 (considérant n° 5) - décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 (considérant n° 31) - décision n° 2005-531 DC 29 décembre 2005 (considérant n° 6) - décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (considérant n° 35).

de la procédure juridictionnelle¹. Cette analyse ressemble étonnamment à celle faite par la Cour de justice des communautés lorsqu’elle se penche sur la confiance légitime qu’un acte administratif a pu créer chez un usager² : soudaineté du changement de la base de confiance et balance des intérêts en présence au regard de l’objectif poursuivi et de l’attente raisonnable d’autrui. C’est dire que l’altérité constitue le prisme à travers lequel l’équité du procès exige une modulation des effets dans le temps d’une modification normative : c’est en autrui que s’apprécie la légitimité d’un tel mécanisme. La Cour de cassation s’est pareillement inscrite dans cette dynamique au regard des lois interprétatives et des revirements de jurisprudence.

§ 2 – La réception interne de l’équité vecteur de sécurité juridique

264. Les revirements de jurisprudence comme point de mire. Si la problématique liée aux revirements de jurisprudence n’est pas, loin s’en faut, l’unique thématique s’inscrivant dans le cadre de la sécurité juridique, il n’en demeure pas moins qu’elle constitue une composante particulièrement topique de cette exigence. En effet, en articulant les problèmes relatifs à la valeur de la jurisprudence et de la rétroactivité, le thème de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence polarise, essentiellement, les réflexions autour de la sécurité juridique. Or, il est évident qu’un début de réponse ne peut être formulé sans que ne soit envisagée l’appréhension des lois interprétatives par la Cour de cassation (A), tant les solutions apportées ont constitué un support certain pour appréhender le droit transitoire des revirements (B). Dès lors, il sera aisé de mettre en perspective que la modulation effectuée sur le fondement de l’espérance légitime d’autrui, ou de l’équité, participe, ici également, de la consécration du respect des attentes raisonnables d’autrui.

¹ Cette approche des lois de validation a été récemment confirmée par un arrêt du 16 janvier 2007 « Chiesi SA c./France » (*Requête n° 954/05*) dans le cadre d’une loi validant des arrêtés diminuant le taux de prise en charge de médicaments.

Selon la Cour, si en effet des lois de validation rétroactives peuvent à certaines conditions être adoptées, il n’en demeure pas moins que le droit à un procès équitable, consacré par l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’Homme, exige que ce soit pour "d’impérieux motifs d’intérêt général" et que les mesures prises soient proportionnées aux objectifs poursuivis. Or, en l’espèce, la Cour de Strasbourg a considéré tout d’abord que l’argument financier (une économie de 500 millions d’euros était invoquée par le Gouvernement en défense) ne suffit pas en soi à justifier une loi de validation. La Cour relève en outre que cet argument financier n’est en l’espèce étayé par aucune évaluation chiffrée crédible. Enfin, l’objectif poursuivi, à savoir sécuriser pour l’avenir la légalité des baisses de taux de remboursement, aurait pu être atteint, selon la Cour, sans porter atteinte au principe de l’égalité des armes concernant les instances en cours.

² Voir supra n° 232.

A - Le temps dans la jurisprudence : l'exemple des lois interprétatives

*« Il ne faut point exiger
que les hommes soient avant la
loi ce qu'ils ne doivent devenir
que par elle », Portalis¹.*

265. Si l'on sait que l'article 2 du code civil édicte que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif », on ne peut pareillement ignorer que lois interprétatives, à l'instar des actes législatifs de validation, sont traditionnellement présentées comme des exceptions à ce principe de valeur légale (1). Or, l'influence certaine de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a amené l'assemblée plénière de la Cour de cassation à modifier l'appréhension de ces lois sur le fondement des règles du procès équitable (2).

1 – Appréhension des lois interprétatives

266. Perspective doctrinale. Une loi interprétative a pour objectif de préciser le sens d'une loi antérieure : il s'agit « d'un acte d'éclaircissement qui interprète un acte antérieur obscur »². La jurisprudence l'appréhende alors comme une loi se limitant à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a soumis à controverse³ ; ceci justifierait qu'elle prenne effet à la date même de l'entrée en vigueur de la loi qu'elle interprète. La rédaction initiale de l'article 2 du code civil prévoyait une telle éventualité en son alinéa 2 : « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée ». Toutefois, la confusion qu'engendra cette

¹ Portalis, « Exposé des motifs devant le Corps législatif », 4 ventose an XI, Locré t.1, p. 579.

Cette idée fut également rappelée par Schopenhauer : « Il ne faut pas empiéter sur l'avenir en demandant avant le temps ce qui ne peut venir qu'avec le temps », (*Aphorismes sur la sagesse dans la vie*, Quadrige n° 45, trad. J.-A. Cantacuzène, p. 149).

² G. Cornu et al., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, Quadriges, 8^{ème} éd., 2007, « Interprétative (loi) ».

Comme le souligne Mme Favre, conseiller rapporteur dans l'affaire soumise à l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 23 janvier 2004, « deux critères les caractérisent : elles interviennent sur un point où la règle de droit est incertaine et controversée et n'apportent aucun élément nouveau et tranchent le débat comme la jurisprudence seule aurait pu le faire. Il résulte de cette définition que, pour être considérée comme interprétative, la loi nouvelle doit seulement reconnaître un droit préexistant. Si elle crée un droit nouveau, elle ne peut être considérée comme interprétative. Il en est de même lorsque, sans créer véritablement de droit nouveau, elle vient modifier un droit préexistant » (Favre C., Rapport sous Cass. AP 23 janv. 2004, BICC 15 mars 2004).

³ Voir notamment Civ. 2^{ème}, 20 février 1963, Bull. civ. II n° 174 ; Soc. 28 mars 1962, Bull. civ. IV n° 332 ; Soc. 7 novembre 1963, Bull. civ. IV n° 765.

précision fit reculer Portalis : le Conseil d'Etat adopta l'alinéa 1 et supprima le second¹. La doctrine, avant les arrêts du 23 janvier 2004², ne pouvait que refléter cette controverse.

M. Terré considère ainsi que le législateur peut édicter une nouvelle loi afin de simplement expliquer une loi précédente dont le sens n'est pas facile à déterminer. Dans ces conditions, la loi d'interprétation fait corps avec la loi interprétée : par conséquent, elle est rétroactive au jour où la loi ancienne est entrée en vigueur³. Quant à MM. Malaurie et Morvan, ils écrivent que dans la mesure où une loi interprétative s'intègre à la loi qu'elle interprète, son effet doit remonter au jour de cette loi : c'est en ce sens qu'elle est, « par nature, rétroactive »⁴. Précisant une disposition antérieure ambiguë et controversée, sans créer de droits nouveaux, elle s'intégrerait à la loi qu'elle interprète : il n'y aurait, ainsi, ni atteinte à un droit acquis, ni rétroactivité⁵.

Ces perspectives sont cependant contestées par une autre partie de la doctrine. Selon MM. J. Ghestin, G. Goubeaux et Mme Fabre-Magnan⁶, l'incorporation de la loi interprétative à la loi interprétée serait une fiction. L'interprétation n'est nécessaire qu'en raison des hésitations et incertitudes liées à la loi antérieure, phénomènes dont on ne peut faire abstraction. Lorsque le législateur interprète une loi, il fait inévitablement un choix entre deux ou plusieurs sens possibles, ce qui constitue la création d'un droit nouveau.

M. Chabas⁷ confirme cette idée de création d'un état de droit nouveau : d'une part, la loi interprétative supprime l'obscurité de la première loi en y substituant un système clair ; d'autre part, de telles lois interviennent souvent pour contrer une interprétation jurisprudentielle. L'état de droit qui s'était créé à la suite de la loi obscure s'en retrouve modifié. MM. Roland et Boyer⁸ partagent cette analyse : le législateur intervient, par le biais d'une loi interprétative, pour briser une interprétation jurisprudentielle. Il y aurait donc modification de l'état du droit tel qu'il résulte

¹ Des membres du Conseil d'Etat jugèrent inutile cette disposition, car redondante, alors que certaines juridictions, notamment le tribunal d'Agen, firent remarquer qu'une loi ne peut être rétroactive, qu'elle soit interprétative ou non : voir P.-Y. Gautier, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le bicentenaire du Code civil », note sous Cass. AP, 23 janv. 2004, *D.* 2004, jur. p. 1109.

² V. infra n° 267.

³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2007, n° 517, p. 421.

⁴ Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, Def., 2^{ème} éd., 2005, n° 266, p. 197.

⁵ Cette analyse s'appuie, à n'en pas douter, sur celle d'Aubry et Rau qui considéraient que : « toute loi nouvelle s'applique même aux situations en rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation ; ce principe est la conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés » ; « le législateur a incontestablement le pouvoir d'attacher, même semble-t-il implicitement, un effet rétroactif même à des lois auxquelles s'appliquerait sans cela la règle de la non-rétroactivité », spécialement lorsque « le texte nouveau a pour but de mettre fin à une controverse antérieure sur le sens et la portée de la règle jusque-là en vigueur » (Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. 1, 6^{ème} éd., par E. Bartin, Marchal et Billard, 1936, § 30, p. 101-103 et 108-109).

⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2000, n° 377 et s.

⁷ *Leçons de droit civil, Introduction au droit*, Montchrétien, 12^{ème} édition, 2000, n° 151.

⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} édition, 2000, n° 575.

de l'application de la loi interprétée. Dès lors, la loi interprétative doit être traitée comme une loi nouvelle et doit être soumise à la règle de l'article 2 en l'absence de précision expresse du législateur.

Enfin, M. le professeur Molfessis affirme que le raisonnement selon lequel l'application d'une loi interprétative revient à appliquer le droit ancien, repose sur une grossière fiction. Il est, selon lui, évident que si le législateur a voté un texte interprétatif, c'est car l'interprétation précédemment retenue par les juges ne le satisfaisait point. La loi interprétative vient alors faire échec à une interprétation prétorienne : c'est un changement de jurisprudence « d'origine législative »¹. Il y a donc rupture avec le droit ancien, controversé et discuté : l'ordonnancement juridique est modifié. L'application aux instances en cours d'une loi interprétative ne peut que lui conférer un effet rétroactif ; or, elle n'a pas vocation naturelle, en tant que loi, à échapper aux règles qui régissent son application dans le temps puisqu'elle modifie le droit positif².

267. Régime prétorien : les lois de validation comme prisme. La non-rétroactivité de la loi formulée n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale au regard du droit pénal de fond³. Ainsi, lorsqu'un tribunal est appelé à se prononcer sur un conflit de lois civiles dans le temps, il doit certes se conformer à l'article 2 du code civil : les lois n'ont pas d'effet rétroactif. Néanmoins, ce texte n'étant qu'une loi ordinaire, rien, ne semble empêcher le législateur d'édicter des lois rétroactives. Une telle loi gouvernera non seulement les effets à venir, mais également l'établissement et les conséquences passées des situations juridiques intervenues avant son entrée en vigueur, sous réserve cependant, selon le Conseil constitutionnel, de motifs impérieux d'intérêt général⁴. Or, le législateur use notamment de ce pouvoir à l'occasion des lois de validation. Deux arguments ont ainsi amené les juristes à appréhender les lois interprétatives à

¹ RTD civ. 2002, p. 599.

² Historiquement, cette partie de la doctrine prend appui sur l'analyse des lois interprétatives par le juriste allemand Zachariae : « l'effet rétroactif d'une loi d'interprétation constituerait un empiètement du pouvoir législatif sur l'autorité judiciaire. Une opinion plus rationnelle refuse tout effet rétroactif aux lois interprétatives » (K.-S. Zachariae, *Droit civil français*, traduit de la 5ème éd. Par G. Massé et Ch. Vergé, t. 1, Durand 1854, § 28, p. 35). Selon lui, la rétroactivité n'est qu'un phénomène « artificiel, contre nature ; c'est une fiction, un forçage des situations juridiques » (cité par P.-Y. Gautier, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le bicentenaire du Code civil », note sous Cass. AP, 23 janv. 2004, *D.* 2004, jur. p. 1111).

³ Pour la matière pénale, voir, sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Conseil constitutionnel, décisions n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, n° 86-215 DC du 3 sept. 1986 et n° 93-325 DC du 13 août 1993. De même, selon l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, seule la rétroactivité des lois en matière pénale est interdite.

⁴ Cons. const. décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998 (considérant n° 5), RFDA 1999 p. 89, obs. B. Mathieu ; décisions n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 (considérant n° 64) et n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 (considérant n° 8), RFDA 2000 p. 289, obs. B. Mathieu, *D.* 2000 n° 4 p. VII, obs. B. Mathieu ; décision n° 2001-453 du 18 décembre 2001 (considérant n° 27), *D.* 2000 p. 1953, obs. D. Ribes - décision n° 2002-458 DC du 7 février 2002 (considérant n° 5) - décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 (considérant n° 31) - décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005 (considérant n° 6) - décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (considérant n° 35).

l'aune des lois de validation. Tout d'abord, ces deux types de lois sont souvent présentés comme des exceptions à la non-rétroactivité. En outre, selon M. Massot, président de section au Conseil d'Etat, « constitue une validation législative ou loi de validation, toute intervention du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, permet de réputer réguliers des actes juridiques, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire »¹. Or, « il est d'ores et déjà intéressant de relever qu'il englobe dans les validations les lois donnant rétroactivement l'interprétation d'une loi antérieure dans un sens destiné à faire échec à une décision juridictionnelle, "lois interprétatives" particulièrement fréquentes en matière fiscale, et ce même dans le cas où elles ne se qualifient pas elles-mêmes d'interprétatives »².

Néanmoins, si de telles lois harmonisent le droit applicable aux contrats en cours, elles perturbent inévitablement les prévisions contractuelles. Dès lors, la loi de validation, « parce qu'elle marque l'intervention du législateur dans le cours de la justice, touchant ainsi à la séparation des pouvoirs, et déjoue les attentes placées en l'application de la règle de droit, [...] a été placée sous un contrôle très étroit, sous l'égide du droit conventionnel européen »³.

Il a été précédemment exposé que la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à de multiples reprises que « si en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable, consacrés par l'article 6, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »⁴.

Si le juge interne est le premier juge de la conventionnalité, il doit toutefois s'en rapporter à l'interprétation que donne le juge naturel de la Convention, la Cour européenne. Semblant tirer toutes les leçons de la jurisprudence conventionnelle sur les lois de validation, il affirma, cette fois-ci au regard d'une loi interprétative et rétroactive, dans deux arrêts rendus le 24 janvier 2003 en assemblée plénière⁵ que : « Si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions

¹ Rép. Contentieux administratif, Dalloz, « Validation législative ».

² C. Favre, loc. cit. III-1.

³ Idem.

⁴ CEDH, « Zielinski et Pradal contre France » (requêtes n°s 00024846/94 ; 00034165/96 ; 00034173/96), du 28 octobre 1999. Auparavant, CEDH, « Raffineries grecques Stran contre Grèce » du 9 décembre 1994, « Pressos Compania Naviera National contre Belgique » du 20 novembre 1995, « X... (requête n° 00024628/94) contre Grèce » du 22 octobre 1997, « National et Provincial Building contre Royaume Uni » du 23 octobre 1997. Voir supra n° 262.

⁵ Cass. ass. plén., 24 janvier 2003, Bull. 2003, ass. plén. 2 et 3, BICC n° 574, p. 12, D. 2003. 1648, note Paricard-Pioux ; RDSS 2003. 306, étude Boulmier.

rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges »¹. La Cour considère d'ailleurs, en l'espèce, que constituait un motif impérieux d'intérêt général la validation législative d'accords conventionnels permettant de payer par équivalence² les heures de surveillance nocturne effectuées par les employés des établissements du secteur médico-social.

268. Evaluation de la position de l'assemblée plénière. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a nettement tendance à analyser l'atteinte qui peut être portée par une loi de validation aux principes de la séparation des pouvoirs, de sécurité juridique, de légalité, de liberté contractuelle et celle, bien sûr, portée au droit à un procès équitable. De plus, la loi peut encore être critiquable parce qu'elle est imprévisible pour autrui : la Cour est alors susceptible de rechercher si la loi a porté atteinte aux espérances légitimes des justiciables dans la mesure, où, de façon imprévisible, le nouveau texte vient contrarier une jurisprudence qui leur était favorable : « Elle se réfère ainsi à un principe de sécurité juridique sur lequel repose le sentiment de confiance légitime »³.

Une condamnation d'un Etat repose donc sur une intervention législative dans les procès en cours spécialement destinée à priver de sa base juridique l'action en justice engagée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et à détourner le sens dans lequel le juge aurait statué. Or, pour ce faire, le juge de Strasbourg procède à une balance des intérêts entre l'intérêt général d'un côté, les intérêts privés des requérants fondés sur une espérance légitime, de l'autre. La pétition de principe de l'assemblée plénière affirmant, sans motivation aucune, que la nouvelle loi procédait d'impérieux motifs d'intérêt général, apparaissait incertaine au regard de la jurisprudence de la Cour européenne. Il n'est dès lors pas étonnant que, saisie de cette affaire, la

¹ La Cour a ainsi jugé, s'agissant de l'application de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 validant la rémunération des heures d'équivalence prévues par l'article 11 de la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, et invalidant alors une jurisprudence récente de la Cour de cassation, qu'obéit « à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la Santé et de la Protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées ». La loi pouvait donc se permettre d'être rétroactive : Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-45.590, « Mme Hecq c/ Société Rond Royal Sablons » : Bull. civ. V, n° 104 ; Dr. soc. 1999, p. 522, obs. C. Radé.

² Et non de manière intégrale.

³ C. Favre, loc. cit. III-1.

juridiction conventionnelle ait censuré cette analyse et condamné la France le 9 janvier 2007¹. Elle remarque, en effet, que « si les budgets des établissements concernés ont pu souffrir de l’absence de la loi, il n’est pas établi que leur survie et, a fortiori, l’équilibre général du service public de la santé et de la protection sociale, auraient été menacés »² ; « l’intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond des litiges pendants devant les juridictions internes, n’était pas justifiée par d’impérieux motifs d’intérêt général, ainsi que l’exige, notamment, le principe de la prééminence du droit »³. La Cour ajoute que « dans les circonstances de l’espèce, l’article 29 de la loi du 19 janvier 2000 a définitivement réglé le fond du litige en donnant raison à l’une des parties, privant les requérants d’une valeur patrimoniale préexistante et faisant partie de leurs biens, dont ils pouvaient légitimement espérer obtenir le paiement »⁴. Elle estime donc que « la mesure litigieuse a fait peser une « charge anormale et exorbitante » sur les requérants et l’atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus ». Elle en conclut à une violation de l’article 1er du Protocole n° 1.

Dans la mesure où c’est « en application principalement de ces principes de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs, que doit se faire le contrôle de conventionnalité d’une loi par le juge judiciaire »⁵, la Cour de cassation, à peine une année après son intervention en assemblée plénière, entreprit de procéder à une appréhension plus stricte des lois de validation.

¹ CEDH 9 janv. 2007 « Aubert et autres affaires c/. France », (n° 31501/03, RCA 2006, n° 327, note Radé) et Arnolin c/. France (n° 20177/03, D. 2007, AJ 580 obs. Cortot ; JCP E 2007, 1919, note Raynaud ; RDT 2007. 179, obs. Aubert-Monpeyssen ; RDSS 2007. 315, obs. Boulmier). La Cour de cassation, dans deux arrêts du 13 juin 2007 (Cass. soc. 13 juin 2007, n° pourvois 05-45694 et 05-45696, R., p. 375 ; Bull. civ. V, n° 99 et 100 ; BICC 15 oct. 2007, n° 2051, et la note ; D. 2007. 2439, note Pérès (1re esp.) ; RDSS 2007. 730, obs. Boulmier (1re esp.) ; RTD civ. 2007. 536, obs. Deumier), a tiré les leçons de cette condamnation : « S’agissant de litiges introduits antérieurement à l’entrée en vigueur de la loi litigieuse, le premier condamne l’application de l’article 29 aux demandes de paiement de rappels de salaire au titre des heures de permanence de nuit effectuées par du personnel éducatif qui lui avaient été rémunérées selon le régime d’équivalence conventionnel, le second approuvant cette application aux litiges engagés postérieurement, en écartant par ailleurs comme l’a fait la Cour de Strasbourg et avant elle la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision X... du 1er décembre 2005 la directive européenne 93/104/CE du 23 novembre 1993 qui n’a pas vocation à s’appliquer à la rémunération des travailleurs » ; communiqué du service de documentation et d’études de la Cour de cassation. V. également Soc. 5 juin 2008, (pourvoi n° 06-46295) où le pourvoi fondé sur l’espérance légitime est, cette fois-ci, rejeté au motif que l’instance a été introduite postérieurement à l’entrée en vigueur de la loi interprétative. Or, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 8 juillet 2008 que la loi « anti-Perruche » ne s’appliquait pas aux situations juridiques nées avant son entrée en vigueur, peu important que l’action ait été intentée postérieurement (V. supra n° 255).

² § 83.

³ § 84.

⁴ § 87.

⁵ C. Favre, loc. cit. III-1.

2 – Application soumise à l'équité

269. La problématique de la loi MURCEF. Ainsi, le 23 janvier 2004, l'assemblée plénière de la Cour de cassation eut à nouveau l'occasion de se prononcer sur l'application dans le temps des lois interprétatives¹. En l'espèce, le propriétaire d'un immeuble l'avait donné à bail à un locataire commercial en contrepartie d'un loyer indexé. Alors qu'au sens de l'article L. 145-33 du code de commerce, la valeur locative constitue le paramètre impératif du montant du loyer, ce dernier augmenta considérablement au cours des années qui suivirent bien que sa valeur locative baissât. Le locataire demanda la révision judiciaire du loyer en application de l'article L. 145-38 du même code, puisqu'une telle demande est possible tous les 3 ans. Cet article permet en effet de plafonner les hausses en se référant à l'indice du coût de la construction sauf si le bailleur prouve que les facteurs locaux de *commercialité*, la valeur de l'environnement du local, ont eux-mêmes augmenté. Restait néanmoins la question de savoir quel article du code de commerce devait constituer le principe, et l'autre l'exception. Au jour de l'introduction de l'instance, une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, soutenait que la prise en considération de la valeur locative devait l'emporter : il en résultait que le juge pouvait non seulement baisser le montant du loyer actuel, mais également descendre en deçà du loyer initialement convenu².

Cependant, la loi MURCEF du 11 décembre 2001³, sur incitation du *lobby* des propriétaires, vint modifier l'ordonnancement juridique en faisant de l'article L. 145-33 et de l'article L. 145-38 l'exception avec comme résultante le fait que le loyer ne peut pas être descendu aussi bas que la valeur locative : « la loi est ainsi venue briser la jurisprudence, de façon ouverte »⁴. Toutefois, cette loi ne comportant pas de disposition transitoire, il revint à la Cour de cassation de se prononcer sur l'application de la loi MURCEF dans le temps. Nonobstant l'article 2 du code civil, la troisième chambre civile de la Cour de cassation décida en 2002 dans une espèce quasi identique à celle jugée le 23 janvier 2004, de reconnaître à la

¹ Cass., ass. plén., 23 janv. 2004 : Bull. civ. n° 2 ; R., p. 199 et 429 ; BICC 15 mars 2004, rapp. Favre, concl. de Gouttes ; D. 2004. 1108, note Gautier ; JCP 2004. II. 10030, note Billiau ; JCP E 2004. 514, note Monéger ; Defrénois 2004. 525, obs. Ruet ; AJDI 2004. 201, note Blatter ; ibid. 175, étude Lassner ; LPA 28 avr. 2005, note Mecarelli ; ibid. 22 juill. 2005, note Chassagnard ; RTD civ. 2004. 341, obs. Théry, et 371, obs. Raynard ; ibid. 598 et 603, obs. Deumier ; RTD com. 2004. 74, obs. Monéger ; RDC 2004. 699, obs. Lardeux, et 791, obs. Marais ; RFDA 2004. 224, étude Mathieu ; RJS 2004. Chron., p. 343, par Prétot.

² Cass. 3^{ème} civ. 24 janv. 1996, « Privilèges », D. 1996, IR p. 46 ; JCP 1998.II.10008, note B. Boccara.

³ Article 26 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF » (Mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier).

⁴ P.-Y. Gautier, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le bicentenaire du Code civil », note sous Cass. AP, 23 janv. 2004, D. 2004, jur. p. 1110.

nouvelle loi un caractère rétroactif en ce qu'elle était interprétative¹. Dès lors, dans l'affaire soumise à l'assemblée plénière, le preneur invoquait la jurisprudence « Privilèges » et, le propriétaire, l'application immédiate de loi MURCEF. Or, la cour d'appel de Versailles refusa, sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la jurisprudence de sa Cour, de faire application du nouveau texte². L'assemblée plénière avait donc à choisir entre la confirmation de l'application rétroactive de la loi MURCEF et la condamnation d'une telle rétroactivité sur le fondement du droit conventionnel.

270. Résolution au moyen du procès équitable. La Cour de cassation, en son assemblée plénière³, rejette le pourvoi formé par le propriétaire, et, par là-même, la position de la 3^{ème} chambre civile, en affirmant que :

« [S]i le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès » ;

« [I]l ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ; que par ces motifs substitués à ceux de la décision attaquée, l'arrêt se trouve justifié ».

L'on peut tirer de cette décision les leçons suivantes. Tout d'abord, la nature de la loi soumise à son contrôle n'a pas à être prise en considération : seul importe qu'elle soit à caractère rétroactif ou pas. Dans la mesure où la loi MURCEF n'est pas dotée de motifs impérieux de nature à justifier, en raison de l'intérêt général, une intervention dans les affaires pendantes devant les juridictions, le principe de prééminence du droit et du procès équitable interdisent

¹ Cass. 3^{ème} civ., 27 févr. 2002 : Bull. civ. III, n° 53 ; D. 2002. AJ. 1142, obs. Rouquet ; JCP E 2002. 678, note Sainturat ; LPA 10 oct. 2002, étude Friocourt et Mongin ; RTDciv. 2002. 599, obs. Molfessis ; RTD com. 2002. 269, obs. J. Monéger.

² CA Versailles 6 fév. 2003 : « Bien que la loi soit interprétative, son application immédiate heurterait le principe d'équité sans que des motifs impérieux d'intérêt général le justifient ».

³ Précit. n° 283.

d'appliquer de manière rétroactive l'article 26 de la loi du 11 décembre 2001. Ainsi, avant la condamnation de sa jurisprudence antérieure par la Cour européenne des droits de l'homme¹, la Cour de cassation procède à un réajustement prétorien destiné à apprécier de manière plus rigoureuse les motifs législatifs susceptibles de justifier la rétroactivité d'une loi interprétative.

271. La prévalence de l'équité ? Une fois de plus se pose le problème du rapport entre procès équitable et espérance légitime. En effet, alors que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la précédente position de l'assemblée plénière sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n°1 et la notion d'espérance légitime², la Cour de cassation, quant à elle, a préféré renverser sa jurisprudence en ayant recours à l'article 6 §1 de la Convention et au principe du procès équitable³. Si la règle de la prééminence du droit est commune aux deux décisions, le fondement de leur décision reste différent. A dire vrai, si, *a priori*, la logique formelle peut sembler dissemblable en raison d'une variation dans les fondements, il ne semble pas opportun de vouloir différencier les logiques réelles sous-tendant ces décisions. En effet, en affirmant qu'une modification législative destinée à contre-carrer une jurisprudence est de nature à préjudicier à l'espérance légitime des requérants, la Cour européenne des droits de l'homme, dans une logique de limitation des droits que met parfaitement en exergue la mise en balance des intérêts, tend à consacrer le fait que protection est due à l'anticipation légitime d'autrui. Or, en portant atteinte à cette légitimité sans pouvoir justifier d'un impérieux motif d'intérêt général, un Etat use de manière disproportionnée, donc abuse, de son droit légitime à légiférer. Cela se fait au détriment de son altérité, le justiciable. Le sacrifice d'intérêts particuliers ne peut être toléré qu'à la condition que l'intérêt général le justifie expressément : ceux profitant de cette remise en cause (les propriétaires) ne peuvent pareillement prétendre à une telle légitimité. S'ils attendaient en effet du législateur qu'il vienne à leur secours, ce qu'il fit, la légitimité de cette requête est plus qu'incertaine puisqu'elle tend à vouloir modifier les règles du jeu sans justification autre qu'un intérêt catégoriel.

D'un autre côté, lorsque la Cour de cassation, cette fois-ci, affirme, qu'une telle intervention législative est de nature à mettre à mal les règles du procès équitable : elle sous-entend, pareillement, qu'il est inique, « en cours de jeu » et sans un impérieux motif, de sacrifier les intérêts particuliers d'une certaine catégorie de personnes au profit d'un autre groupe. Le

¹ Voir supra n° 268, CEDH, « Aubert et autres affaires c/. France », 9 janv. 2007, n° 31501/03.

² Idem.

³ Suite à la condamnation de la France en janvier 2007 sur le fondement de l'espérance légitime, la chambre sociale en a pris acte en écartant la loi interprétative au moyen... du principe du procès équitable : Cass. soc. 13 juin 2007, précit n° 278. Un recours a d'ailleurs été rejeté sur le fondement de l'espérance légitime au motif que l'instance fut introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi (Soc. 5 juin 2008, précit.).

législateur ne peut, en dehors de l’intérêt général, venir modifier les prévisions légitimes des parties à l’instance au bénéfice d’intérêts de *lobbies*. Une telle attitude est injuste en ce qu’elle déséquilibre le procès sans pouvoir se fonder sur un motif supérieur. L’atteinte à l’équité judiciaire est alors manifeste en ce qu’elle constitue un manque de respect flagrant à l’égard des anticipations légitimes d’une partie.

Si l’on se souvient que l’équité participe d’un mouvement objectif¹ en ce qu’elle procède à un réajustement de la règle de droit lorsque sa mise en œuvre apparaît injuste, et d’un mouvement subjectif en ce qu’elle exige la clémence envers autrui², l’on ne peut que constater sa prévalence dans les décisions des deux juridictions. En effet, en assurant à autrui le respect de ses anticipations légitimes, Cour de cassation et Cour européenne ne font que réactualiser une exigence logique : l’équité devient ainsi le vecteur d’une sécurité juridique tournée vers autrui, ce qui n’est pas peu paradoxal quand on connaît la teneur des attaques à l’égard de ce concept³.

Au regard du développement de notions telles que la confiance légitime, l’espérance légitime, la sécurité juridique, l’on pouvait légitimement se demander si la Cour de cassation continuerait à inscrire la problématique du droit dans le temps à l’aune de l’équité. Il est rapidement apparu, concernant l’application dans le temps d’un revirement de jurisprudence, que la haute juridiction incline à faire de ce concept une ligne directrice dans l’appréhension de ces problématiques. Le parallélisme ne devrait étonner : si « le juge peut refuser d’appliquer aux instances en cours une loi rétroactive, non justifiée, alors que sa propre jurisprudence est apte à dire le droit pour des situations déjà acquises, il s’octroie au fond ce qu’il dénie à la loi, pourtant source première du droit positif »⁴. Or, l’équité permet pareillement à autrui d’être respecté dans ses anticipations légitimes en corrigeant les effets rigoureux et imprévisibles d’un revirement : ainsi, la jurisprudence est venue s’intégrer dans l’ordonnancement juridique en qu’il se présente comme un espace soumis à la contrainte temporelle.

B - La jurisprudence dans le temps : les revirements face à l’altérité

272. Les auteurs du rapport sur les revirements de jurisprudence remarquent fort pertinemment qu’« il y a une dizaine d’années, Christian Mouly avait, dans une série d’articles

¹ Supra n° 155.

² Supra n° 156.

³ Voir supra n° 157 et s.

⁴ P.-Y. Gautier loc. cit. p. 1114.

remarqués, attiré l'attention sur les dangers des revirements de jurisprudence¹. Il prônait alors l'application de l'article 2 du code civil à la règle jurisprudentielle. Innovante, la proposition témoignait de l'attention grandissante portée à la sécurité juridique sous toutes ses formes. Elle manifestait clairement la nécessité de ménager la prévisibilité du droit, en dénonçant l'insécurité juridique que provoquent les revirements de jurisprudence »².

Ainsi, avant d'éclaircir l'orientation retenue par la Cour de cassation (2), il semble opportun d'analyser tout d'abord les propositions du groupe de travail ayant remis le rapport sur l'application dans le temps des revirements de jurisprudence (1).

1 – Les propositions

273. Justification de l'intérêt du rapport. Le groupe de travail « Molfessis » observe, dès le début du rapport, que les effets néfastes des revirements de jurisprudence furent très tôt dénoncés puisque Pierre Voirin remarquait, déjà en 1959, que les revirements affectaient « des actes que leurs auteurs sur la foi de la jurisprudence, avaient cru réguliers au moment où ils les ont conclus ». Néanmoins, ce n'est que récemment que la communauté des juristes semble avoir pris conscience des méfaits de cette rétroactivité. L'influence du droit européen a ainsi permis le développement d'une certaine hostilité à la rétroactivité par le biais de la sécurité juridique, la prévisibilité du droit et la confiance légitime. Les jurisprudences du Conseil constitutionnel ainsi que du Conseil d'Etat témoigneraient de ce souci constant en droit positif. Selon le rapport, le système français a, semble-t-il, suffisamment évolué pour accepter de placer la jurisprudence parmi les sources du droit : « Longtemps sous l'emprise de la défiance à l'égard du juge que les révolutionnaires manifestèrent il y a plus de deux siècles, les juristes français ne sauraient encore nier le rôle créateur de la jurisprudence »³.

Le réalisme imposerait, selon les auteurs du rapport, de prendre conscience de ce phénomène et de réfléchir « à la mise en place de règles permettant l'amélioration en même temps que l'encadrement de ce pouvoir »⁴. Enfin, si ce n'est surtout, ils soulignent le fait que

¹ Ch. Mouly, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 ; « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53 ; « Le revirement pour l'avenir », *JCP*, 1994, I, 3776.

² *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis au premier président Guy Canivet par le groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, Litec, 2005, p. 9.

³ Rapport p. 8.

⁴ Idem.

certaines affaires récentes ont mis en exergue l’iniquité inhérente à l’application immédiate de revirements¹.

Les rapporteurs soulignent néanmoins que la Cour de cassation, en sa deuxième chambre civile, a inauguré le revirement prospectif en modulant dans le temps l’effet de sa nouvelle approche de la prescription dans le domaine des atteintes à la présomption d’innocence. Le 8 juillet 2004², elle a en effet considéré que « si c’est à tort que la cour d’appel a décidé que le demandeur n’avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l’action engagée... », « ...la censure de sa décision n’est pas encourue de ce chef, dès lors que l’application immédiate de cette règle de prescription dans l’instance en cours aboutirait à priver la victime d’un procès équitable, au sens de l’article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales »³.

En vue de proposer sur cette base un droit transitoire des revirements de jurisprudence, le rapport soutient qu’il faut à la fois démontrer l’effet créateur de droit de la jurisprudence et sa rétroactivité tout en affirmant que « ces deux justifications sont intrinsèquement liées »⁴.

274. Le caractère rétroactif de la jurisprudence. Selon Rivero, la technique judiciaire tendant à trancher les litiges consiste à énoncer « dans les considérants, de façon plus ou moins explicite, la formule générale dont il va déduire la solution du cas particulier qui lui a été soumis ». Or, « dans la mesure où le juge procède ainsi, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l’existence, mais à l’égard des faits ou des actes sur lesquels il statue ». Puisque au jour où la situation juridique a vu le jour, nul ne pouvait prévoir un tel revirement, et l’application de la nouvelle règle de droit, « il y a donc bien rétroactivité de la

¹ L’arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 octobre 2001 a sans aucun doute constitué l’acmé doctrinale des méfaits reprochés aux revirements de jurisprudence. Cette décision a en effet affirmé qu’un médecin pouvait être responsable pour avoir manqué en 1974 à son obligation d’information sur les risques exceptionnels qu’il encourait alors que cette obligation n’a été consacrée par la jurisprudence qu’en 1998 : « La Cour de cassation, fidèle à l’idée que le juge n’est que la bouche d’une loi dont le texte n’avait pas varié, a ainsi considéré qu’est fautif l’acte - ou l’abstention - méconnaissant une obligation qui n’existait pas comme telle à la date à laquelle il a été réalisé » (Civ. 1re, 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249, p. 157 ; D., 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP, 2002, II, 10045, note O. Cachard). Voulant justifier sa décision, la Cour avance l’idée que « l’interprétation jurisprudentielle d’une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l’époque des faits considérés ». Le rapport met en perspective la complexité d’admettre une telle solution d’autant plus que la décision ajoute que le médecin doit être responsable « alors même qu’à l’époque des faits la jurisprudence admettait qu’un médecin ne commettait pas de faute s’il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ».

² Civ. 2e, 8 juill. 2004 : Bull. civ. II, n° 387 ; R., p. 374 ; D. 2004. 2956, note Bigot ; JCP 2005. I. 143, n° 7, obs. Tavieaux-Moro ; Gaz. Pal. 2004. 2508, note P.L.G. ; RTD civ. 2005. 176, obs. Théry.

³ Les auteurs du rapport concèdent : « Le présent rapport ne fait rien d’autre que de se placer dans le même mouvement que celui ayant entraîné la deuxième Chambre civile à refuser l’application de sa solution au cas litigieux. Simplement, il s’agit ici d’en expliquer les ressorts et d’en encadrer la possibilité » : Rapport p. 9.

⁴ Rapport 2.1. p. 10.

règle jurisprudentielle, non seulement à l’égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s’en tiendra à la nouvelle règle, à l’égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci »¹.

Le rapport n’oublie pas pour autant que certains auteurs préfèrent attribuer à la jurisprudence un caractère déclaratif : « La décision de justice présente un caractère déclaratif qui imprègne l’interprétation retenue sans que l’on puisse, malgré son application à des faits antérieurs, considérer qu’elle est appliquée rétroactivement. Affirmer le contraire revient à confondre l’effet déclaratif de la décision de justice et la rétroactivité alors que ces deux notions sont distinctes »². Selon M. le professeur Bonneau, la solution nouvelle « ne résulte pas d’une volonté délibérée, mais seulement de l’effet déclaratif des décisions de justice »³.

275. Le rôle créateur de la jurisprudence. Le rapport reconnaît ici que « l’institutionnalisation d’un droit transitoire des revirements de jurisprudence procède [...] d’une modification du statut de la jurisprudence, puisqu’elle la reconnaît officiellement comme source de droit »⁴. Il est vrai que la Cour de cassation, par le biais d’expressions telles que [la sécurité juridique ne saurait] « consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l’évolution de la jurisprudence relevant de l’office du juge dans l’application du droit »⁵, ou encore en matière pénale, « le principe de non-rétroactivité ne s’applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle »⁶, contribue à entretenir la fiction de l’absence de pouvoir normatif de la

¹ J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

Comme le remarquent les auteurs du rapport, « l’effet nécessairement rétroactif de la décision de revirement réside dans cette application de la solution nouvelle aux faits de l’espèce qui en fournissent l’occasion » (Rapport p. 12, 2.1.1) : une nouvelle solution est consacrée et appliquée aux faits de l’espèce. Le rapport préconise, dès lors, de « rechercher à séparer ces deux effets de la décision de revirement, qui ont toujours été imbriqués dans notre système juridique au point de n’être jamais distingués : la consécration de la solution nouvelle et son application à des faits antérieurs. Ou, autrement dénommés, ce qui, dans la décision, ressortit à la création d’une règle et ce qui relève du jugement lui-même » (Rapport p. 12-13).

² T. Bonneau T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chron., p. 24, spéc. n° 5.

³ Ibidem n°4. Le rapport, après avoir douté de la justesse théorique d’une telle analyse dans la mesure où cela relève d’un légicentrisme étranger au principe de réalisme mis en avant au début du rapport, remarque, surtout, qu’une telle présentation n’est pas très utile en pratique puisque l’on en arrive, néanmoins, à la conclusion que les arrêts de revirement « entraînent des perturbations et que l’opportunité peut justifier une limitation dans le temps de tels arrêts » (Rapport p. 13).

⁴ Rapport p. 15.

⁵ Civ. 1re, 21 mars 2000, Bull., I, n° 97, p. 65 D., 2000, 593, note Ch. Atias ; RTD civ., 2000, 666, obs. N. M. Dans le même sens, v. not. 3e Civ., 2 octobre 2002, Bull. civ., II, n° 200, p. 170 ; D., 2003, 513, note Ch. Atias ; Soc., 7 janvier 2003, pourvoi n° 00-46.476.

⁶ Crim., 30 janvier 2002, Bull. crim., 2002, n° 16, p. 49 ; D., 2003, Somm. com., 173, obs. B. de Lamy. V. ég., Crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82801 : « en l’absence de modification de la loi pénale, et dès lors que le principe de non-rétroactivité ne s’applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle, le moyen [pris de la violation des principes de l’application de la loi pénale dans le temps et de la légalité des délits] est inopérant ».

jurisprudence. Le groupe de travail propose donc de rompre avec cette fiction en reconnaissant à la jurisprudence le rôle de source du droit : « Admettre son pouvoir n’est pas ouvrir sur un Gouvernement des juges qui ferait retour à une conception avec laquelle les révolutionnaires ont voulu, il y a plus de deux siècles, rompre. La profondeur d’ancrage de l’Etat de droit dans notre pays, avec ce qu’elle suppose de solidité et de stabilité des institutions démocratiques, permet sans nul doute aujourd’hui de composer avec le dogme d’un juge serviteur de la loi »¹.

Au demeurant en reconnaissant un tel pouvoir, il semble évident, pour les rapporteurs, que la rétroactivité des revirements de jurisprudence a des effets néfastes. Si le revirement n’est pas critiquable en soi puisqu’il est « la manifestation de la vie du droit, le signe de son adaptation aux faits »², sa rétroactivité est funeste en ce qu’elle rend le droit imprévisible et concourt à des injustices³. Les revirements rétroactifs participeraient également d’un mouvement de dévoiement du droit : « La règle qui s’applique à rebours du temps n’a jamais pu diriger aucune conduite avant que d’apparaître et de fonder la sanction de celui qui, sans le savoir, lui a contrevenu. L’utilité sociale d’une telle norme est totalement illisible »⁴.

Si les effets pervers sont ainsi faciles à exposer, le rapport ne manque pas de souligner l’hétérogénéité des revirements de jurisprudence.

276. La variété des revirements. Il est ici évident que tous les revirements ne déjouent pas de la même manière les anticipations des justiciables.

En premier lieu, le revirement ne déjouera aucunement les prévisions des parties au litige lorsque leur comportement n’aura pas dépendu de la solution jurisprudentielle retenue à l’époque des faits⁵. Il en est de même des revirements qui préjudicient à une partie au litige sans pour

Une telle perspective a été nettement écartée en droit pénal de fond par la Cour européenne des droits de l’homme dans ses arrêts « Pessino c/. France » du 10 octobre 2006, et « Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c/. Roumanie » du 24 mai 2007. V. supra n° 261.

Voir D. Roets, « La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la Cour européenne des droits de l’homme », *D.* 2007, p.124 ; C. Gautier, « Commentaire de l’arrêt CEDH, Pessino c. France de la Cour européenne des droits de l’homme du 10 octobre 2006 », *JCP*, éd. *Administrations et collectivités territoriales*, 2007, n° 9, 2048, p. 22-23.

¹ Rapport p. 17-18.

² Rapport p. 18.

³ En matière contractuelle, notamment, la rétroactivité est, en effet, de nature à contredire les prévisions des parties. En outre, les revirements pourraient avoir des coûts exorbitants pour les parties supportant le poids du changement de jurisprudence. Dans un article paru en 1996, Christian Mouly faisait ainsi valoir que l’application rétroactive, par la Cour de cassation le 9 février 1988, de l’article 1907 du code civil au régime de l’intérêt débiteur des comptes courants, alors que la Cour jugeait de façon constante le contraire, pourrait entraîner un coût que le Ministère des finances évalua alors à cinquante milliards de francs (« Le revirement pour l’avenir », *JCP*, 1996, I, 3776).

⁴ Rapport p. 27.

⁵ Il en est ainsi des revirements tendant à améliorer la situation juridique de justiciables sans préjudice pour un tiers : c’est le cas de la décision autorisant la modification de l’état civil des transsexuels.

autant méconnaître ses anticipations ; le rapport cite ici pêle-mêle¹ : la modification des conditions d'une action en justice ou de l'exercice d'un droit, le changement dans l'appréciation du caractère d'une nullité et donc du droit d'agir de l'une des parties, le changement dans les conditions du droit applicable ou de la preuve de la règle de droit, la modification du fondement de l'action, la modification des modalités de preuve ou au changement d'appréciation de la force probante d'un type de document.

De la même manière, et fort justement, le rapport précise « qu'en rendant licite et plus généralement valide une stipulation contractuelle qui ne l'était pas sous l'empire de la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation ne semble pas déjouer les prévisions des parties, sauf à estimer que l'une d'entre elles aurait volontairement inséré dans le contrat une stipulation affectant sa validité. Dans ce dernier cas, elle ne serait pas digne d'une protection contre l'application d'une jurisprudence nouvelle au contrat. Maintes illustrations pourraient en être fournies. Il en est ainsi du revirement par lequel la Cour de cassation a jugé licite la cession de clientèle civile, là où antérieurement elle jugeait le contraire »². Il ne peut, ici, qu'être constaté la nécessité de « procéder, au cas par cas, à une recherche des anticipations qui ont pu ou auraient pu être celles du justiciable auquel le revirement va porter préjudice. C'est à cette condition que l'on peut statuer sur l'imprévisibilité que représente le revirement »³. Les rapporteurs commencent ainsi à mettre en exergue l'idée que c'est à l'aune d'un autrui déterminé, le justiciable, que l'on doit mesurer les effets dans le temps des revirements.

En second lieu, néanmoins, il faut considérer que la décision de revirer méconnaît les anticipations légitimes des justiciables chaque fois qu'un comportement a été, ou aurait pu être, orienté par la solution que le revirement entend abandonner⁴. Le rapport ajoute : « Les prévisions raisonnables d'une partie sont encore méconnues lorsque le revirement revient à rendre nul tout ou partie d'un acte juridique valable sous l'empire de la solution abandonnée. Ainsi, lorsque la Cour de cassation juge que les clauses de non-concurrence doivent comporter une contrepartie financière pour être licites, selon la solution posée par un arrêt du 10 juillet 2002 »⁵.

Enfin, « l'analyse montre aisément que, sur une même question de droit, la solution retenue en conséquence du revirement peut ou non déjouer les prévisions des parties »⁶. Il en résulte que les règles amenées à gouverner les effets des revirements dans le temps se distinguent

¹ Rapport p. 25-26.

² Idem.

³ Idem.

⁴ C'est notamment ce qui se produit lorsqu'un comportement licite devient fautif par suite d'un changement de jurisprudence : l'exemple le plus caractéristique est celui de l'absence d'information, par le médecin, sur les risques encourus par le patient dans le contexte de l'arrêt du 9 octobre 2001 (précit. n° 283).

⁵ Rapport p. 28. Voir Cass. Soc., 10 juillet 2002, Bull., V, n° 239, p. 234.

⁶ Idem.

de celles prévues à l’article 2 en ce qui concerne les actes législatifs¹. L’approche se doit d’être pragmatique au regard de ce qu’autrui peut légitimement attendre. Le groupe de travail « Molfessis » en arrive aux conclusions suivantes quant à la méthode à suivre :

- « Il est nécessaire de procéder, au cas par cas, à une recherche des anticipations légitimes qui ont pu être celles des justiciables auxquels le revirement va porter préjudice. L’analyse doit toutefois se faire logiquement in abstracto : il ne s’agit pas de savoir si tel justiciable a effectivement fondé son comportement sur la règle prétorienne qui sera abandonnée par le revirement ; il s’agit de déterminer si un justiciable normalement diligent et supposé connaître la règle jurisprudentielle - au même titre que la règle législative - a pu adopter un comportement qui soit fonction de la solution jurisprudentielle »².

- « Fréquemment, il peut y avoir hésitation sur l’effet préjudiciable (ou non) du revirement. Il convient d’ailleurs d’observer que nombre d’exemples sur lesquels le groupe a pu faire porter sa réflexion ont entraîné des hésitations entre les membres. C’est l’une des raisons pour lesquelles il apparaît indispensable au groupe de travail que l’interrogation sur les effets d’un éventuel revirement soit elle-même l’objet d’un débat judiciaire distinct de celui portant sur la décision de revirer »³.

C’est dire l’importance que les auteurs du rapport accordent à l’anticipation légitime d’autrui. Il n’est dès lors pas étonnant que les conclusions définitives tournent autour de cet axe.

277. Conclusions. Du *prospective overruling*⁴, en passant par les *obiter dicta*⁵, sans oublier l’arrêt « Defrenne c/. Sabena »⁶, jusqu’à l’arrêt « AC ! » du Conseil d’Etat⁷, le groupe de travail parvient à tirer les conclusions devant s’imposer lorsque l’on se penche sur la manière d’encadrer dans le temps les revirements de jurisprudence⁸.

¹ « On ne peut abstraitement raisonner ni au regard de la notion de droit acquis ni à partir du concept de situation juridique. Il ne s’agit pas de protéger un droit ou une situation, mais de garantir le respect des expectatives des justiciables là où elles ne peuvent pas être considérées comme infondées au regard du droit initialement applicable » (idem).

² Rapport p. 29.

³ Idem.

⁴ Rapport p. 32.

⁵ Rapport p. 34.

⁶ Rapport p. 35.

⁷ Rapport p.41-42-43.

⁸ N’est-il pas dommage que les rapporteurs aient évincé l’étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : l’arrêt « Marckx c/. Belgique », l’espérance légitime et le procès équitable constituaient, à n’en pas douter, des pistes non négligeables pour formuler des principes de solution. Si l’avenir allait le prouver (ce qui tend à faire de cette critique un anachronisme), et au-delà de la pertinence des concepts conventionnels, les auteurs du rapport remarquèrent eux-mêmes au début du rapport que la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation avait déjà procédé à une modulation dans le temps d’un revirement le 8 juillet 2004 sur le fondement du procès équitable !

Après avoir rapidement écarté les techniques préventives (stratégie des petits pas ou encore *obiter dictum*) en raison de leur relative inefficacité et de leur insuffisance, le rapport en vient à formuler cette première exigence : « il est indispensable que soit consacrée dans le droit positif une possibilité de moduler les effets des revirements dont la rétroactivité porterait atteinte à des intérêts légitimes. La Cour de cassation est la mieux à même de pouvoir procéder utilement à cette consécration »¹.

Les rapporteurs ajoutent, à juste titre, que : « Pas plus que le revirement lui-même, la modulation dans le temps, dès lors qu’elle ne vaut de façon obligatoire que dans le cadre du litige qui en est l’occasion, ne possède de caractère réglementaire »².

Les auteurs en arrivent alors logiquement à la situation des plaideurs et la manière dont le revirement doit leur être appliqué, notamment au regard de leurs anticipations légitimes.

278. Modulation dans le temps des revirements et anticipations légitimes. Les auteurs du rapport, à la fin de leurs conclusions, s’interrogent au regard de la situation du justiciable ayant sollicité le revirement de jurisprudence. Ils affirment alors : « La situation du plaideur qui obtient le revirement n’est pas particulière. En admettant que la solution consacrée par le revirement doive ne pas être appliquée aux faits qui lui sont antérieurs, et ce pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime, il devra en être de même à l’égard de la partie qui aura obtenue le revirement »³. En matière contractuelle, une telle position est ainsi justifiée dans le cadre d’une procédure où le demandeur solliciterait la nullité du contrat : « Celui qui la solliciterait ne ferait rien d’autre que de tenter d’obtenir la nullité d’un acte valable au moment où il l’a, lui-même, conclu. Pourquoi le faire bénéficier de l’éventuel revirement si celui-ci viole les anticipations légitimes des parties et donc celles du demandeur lui-même ? ». La démonstration est limpide : les anticipations légitimes d’autrui interdisent que le revirement soit appliqué de manière rétroactive : les prévisions raisonnables de l’autre partie s’y opposent.

¹ Rapport, 2.5.1.

² Rapport, 2.5.2. Quant à la juridiction et aux formations juridictionnelles aptes à procéder à une telle modulation, les auteurs sont d’avis que « Le pouvoir de procéder à un revirement de jurisprudence comme le pouvoir d’en moduler les effets temporels doivent être réservés aux formations de jugement aptes à assurer l’unité d’interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation (assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de Chambre) » (Rapport, 2.5.4). Au regard de la procédure à suivre devant la Cour pour décider la modulation dans le temps des effets du revirement de jurisprudence, le Groupe de travail est d’avis que « la question de la modulation dans le temps du revirement doit elle-même faire l’objet d’un débat contradictoire spécifique entre les parties ». Néanmoins, cette discussion devrait également aller au-delà des parties : « Concrètement, le débat doit porter tant sur la question de fond, objet de l’éventuel revirement, que sur la question de la modulation dans le temps de la décision. Sous cet aspect, si le recours à l’*amicus curiae* constitue une possibilité offerte au juge, le Groupe recommande surtout que le débat puisse être ouvert à des organisations et représentants des intérêts en cause dans la décision à venir » (Rapport, 2.5.6).

³ Rapport 2.5.7.

Il convient alors de vérifier si ces propositions ont été positivement reçues, voire anticipées par la jurisprudence¹.

2 – L’orientation retenue

279. Si la jurisprudence française a ostensiblement opté pour une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence sur le fondement du procès équitable (1), il est possible d’élucider cette problématique au moyen de l’altérité (2), et ce, en accordant beaucoup plus d’importance à l’épithète qu’au substantif dans l’expression « procès équitable ».

a – Une modulation sur l’autel du procès équitable

280. Les précédents. Schématiquement, au vu du rapport, il est possible d’observer une nette hésitation au niveau de la Cour de cassation quant à la manière d’appliquer dans le temps ses propres revirements de jurisprudence². Néanmoins, avant la rédaction du rapport « Molfessis », la Cour de cassation a d’elle-même, le 8 juillet 2004, anticipé le mouvement favorable à la modulation sur le fondement du procès équitable.

En l’espèce, sur la foi de dépêches de l’Agence France Presse, une station de radiodiffusion avait diffusé, à l’instar d’une station régionale de télévision, des informations relatives à l’incarcération d’une avocate³. S’estimant diffamée et victime d’une atteinte à la présomption d’innocence, l’avocate fit assigner, devant le tribunal de grande instance, la société

¹ Il est ici passé outre la question du repérage des revirements de jurisprudence dans la mesure où les auteurs en arrivent au constat suivant : face à la difficulté, il convient de « considérer que le juge, auteur du revirement, est le seul à pouvoir conférer, de manière objective et surtout efficace, au regard du système juridique lui-même, une telle qualification à ses décisions », rapport, 3.3. Ceci est déconcertant de facilité...

² La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, affirmé en 1997, que « les éventuels manquements d’un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s’apprécier qu’au regard du droit positif existant à l’époque de son intervention, sans qu’on puisse lui imputer la faute de n’avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit » : les premiers juges ne pouvaient lui reprocher « de n’avoir pas prévu un revirement de jurisprudence » (Civ. 1^{re}, 25 nov. 1997 : Bull. civ. I, n° 328 ; D. Affaires 1998. 63, obs. J. F. (1^{re} esp.) ; Defrénois 1998. 354, obs. Aubert ; JCP 1998. I. 144, n° 23, obs. Viney ; JCP N 1998. 893, note Géraud ; RTD civ. 1998. 367, obs. Mestre ; LPA 12 oct. 1998, note Blin-Franchomme).

Or, la même chambre a soutenu, en 2001, qu’un médecin pouvait être responsable pour avoir manqué en 1974 à son obligation d’information sur les risques exceptionnels qu’il encourait alors que cette obligation n’a été consacrée par la jurisprudence qu’en 1998 (Civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. civ., I, n° 249, p. 157 ; D., 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP, 2002, II, 10045, note O. Cachard).

³ « Une avocate toulousaine sous les verrous. Maître Agnès X... a été mise en examen et incarcérée à la maison d’arrêt de Versailles. Elle est soupçonnée d’avoir renseigné directement des trafiquants de drogue... C’est au cours d’une conversation téléphonique que l’avocate toulousaine aurait prodigué ses conseils. Le juge d’instruction chargé du dossier parle de complicité et c’est à ce titre que Maître X... a été mise en examen et écrouée. Cette affaire est unique, il faut remonter six années en arrière pour se souvenir d’avocats mis en examen et écroués : ils avaient passé des armes au parloir d’une prison parisienne ».

de radiodiffusion en réparation de son préjudice sur les fondements des articles 29, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 et 9-1 du code civil.

Or, avant toute défense au fond, la société avait excipé de la nullité de l'assignation introductive d'instance en vertu de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, et invoqué la fin de non-recevoir tirée de la prescription prévue par les articles 65 et 65-1 de la loi du 29 juillet 1881. La Cour de cassation fut alors amenée à statuer, par arrêt du 8 juillet 2004¹ sur le régime juridique de l'atteinte à la présomption d'innocence, et, par la suite, sur la portée temporelle d'un revirement de jurisprudence.

Si, la Cour de cassation a admis la validité de l'acte introductif d'instance comportant, de manière cumulative, à raison des mêmes faits, une action en diffamation et une action en réparation d'atteinte au respect de la présomption d'innocence, la Cour exclut, ici, la possibilité de demander réparation du préjudice résultant d'abus de la liberté d'expression sur la base de l'article 1382².

Néanmoins, la coexistence de l'article 9-1 du code civil et de la loi sur la presse nécessitait un revirement de jurisprudence, pour aligner le régime de prescription de l'atteinte à la présomption d'innocence sur celui des délits de presse.

Si la prescription de l'atteinte à la présomption d'innocence est prévue par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, selon lequel les actions civiles fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité, la 2^{ème} chambre civile a jugé que, ces dispositions spéciales, d'ordre public, dérogeant au droit commun, le délai de trois mois court à nouveau à compter de chaque acte interruptif de la prescription abrégée prévue par ce texte³.

L'arrêt du 8 juillet 2004 rejette cette interprétation pour unifier le régime de la prescription applicable aux faits commis par voie de presse, sans toutefois appliquer ce

¹ Civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004 : Bull. civ. II, n° 387 ; R., p. 374 ; D. 2004. 2956, note Bigot ; JCP 2005. I. 143, n° 7, obs. Tavieaux-Moro ; Gaz. Pal. 2004. 2508, note P.L.G. ; RTD civ. 2005. 176, obs. Théry.

² L'article 9-1 du code civil est, en effet, placé au même plan que la loi du 29 juillet 1881 comme principe fondamental. L'atteinte à la présomption d'innocence peut dès lors faire l'objet, d'un cumul avec la qualification de diffamation et d'atteinte à la présomption d'innocence, à raison des mêmes faits : « les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 et portant atteinte au respect de la présomption d'innocence peuvent être réparés sur le fondement unique de l'article 9-1 du Code civil ».

³ La Cour de cassation a ainsi opéré un net revirement au regard d'un précédent arrêt du 4 décembre 1996. Dans cet arrêt, isolant l'article 65-1 des autres dispositions de la loi de 1881, spécialement de son article 65, elle avait censuré une décision de cour d'appel qui avait déclaré une action prescrite en relevant qu'aucun acte de poursuite n'avait été effectué pendant plus de trois mois après le jugement frappé d'appel. On en avait légitimement déduit que le délai de trois mois de la prescription s'appliquait seulement à l'assignation introductive d'instance, laquelle faisait courir un délai de prescription de droit commun : Cass. 2^{ème} civ., 4 décembre 1996, bull. civ. II n° 279.

revirement à l'instance en cours¹. Afin de parvenir à cette approbation de la solution du litige au fond, il est évident que la Cour de cassation, en sa deuxième chambre civile, innove dans le domaine de l'application dans le temps de son revirement de jurisprudence.

Pour ce faire, la Cour s'est référée à l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, l'application immédiate de la courte prescription à l'instance en cours aurait abouti à priver la victime d'un procès équitable, dès lors que celle-ci n'avait pas été informée de la nécessité d'interrompre périodiquement la prescription de l'action régulièrement engagée dans les trois mois de la publication des propos constitutifs de l'atteinte à la présomption d'innocence.

C'est pourquoi l'arrêt énonce « que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le pourvoi fut donc rejeté.

Néanmoins, la solution ne semblait pas devoir être appliquée systématiquement. A la même date du 8 juillet 2004, la deuxième chambre civile a rendu un autre arrêt justifiant l'application d'une jurisprudence nouvelle aux instances en cours en l'absence de droit acquis à une jurisprudence constante². Il devenait alors plus que nécessaire que la formation la plus solennelle de la Cour de cassation prenne position sur la question afin de clarifier la, ou les solutions à apporter à un conflit de jurisprudences dans le temps. Ce fut chose faite avec l'arrêt d'assemblée plénière rendu le 21 décembre 2006³.

¹ La deuxième chambre civile a enfin approuvé la cour d'appel d'avoir décidé qu'il avait été porté atteinte au respect de la présomption d'innocence de la plaignante, après avoir retenu, en premier lieu, que la thèse de la culpabilité de l'avocate était très fortement suggérée, d'abord par un titre accrocheur et faux, puisque au moment où l'annonce était faite l'intéressée était libre, ensuite par l'affirmation fallacieuse que sa mise en examen et son incarcération étaient motivées par sa complicité dans un trafic de stupéfiants, et, enfin, par la comparaison faite avec d'autres avocats écroués quelques années plus tôt, pour des faits d'une extrême gravité, et, en second lieu, que le ton du communiqué, volontairement dramatique, et l'insistance mise par son auteur pour présenter les faits comme uniques, c'est-à-dire exceptionnels, avaient eu pour effet de mobiliser l'attention de l'auditeur et de ne lui laisser aucun doute sur la culpabilité de l'intéressée, qui était présentée comme coupable.

² Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. civ. II n° 361. De même la chambre sociale s'est référée, quelques mois plus tard, à l'article 6.1 de la Convention européenne pour faire application immédiate de sa jurisprudence nouvelle sur les clauses de non-concurrence sans contrepartie financière, en raison de l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle (Cass. soc., 17 décembre 2004, pourvoi n° 03-40.008 : Bull. civ. V, n° 346 ; R., p. 213 ; D. 2005. IR. 110, obs. Guiomard ; ibid. Pan. 2457, obs. Bugada ; Contrats Conc. Consom. 2005, n° 44, obs. Malaurie-Vignal ; JCP 2005. I. 166, n° 11, obs. Morvan ; LPA 16 mai 2005, obs. Pignarre ; RTD civ. 2005. 159, obs. Gautier, et 625, obs. Théry ; RDC 2005. 871, obs. Debet).

³ Cass. AP 21 déc. 2006, Arrêt n° 547 - Pourvoi n° 00-20.493 ; D 2007, n°12, p. 835 et s., Morvan P., « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel du procès équitable » ; JCP G, II, 10.040, note Dreyer E. V. dans le même sens Com. 13 novembre 2007, n° de pourvoi : 05-13248 ; Arrêt n° 1248.

281. La consécration solennelle. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation le 21 décembre 2006 étaient les suivants : le journal *Le Provençal*, en 1996, publia un article ainsi titré : "ils maltrahaient leur bébé - Digne : le couple tortionnaire écroué". L'une des personnes mises en cause initia alors une action visant à réparer les conséquences de ce qu'elle estimait constitutif d'une atteinte à la présomption d'innocence. Condamné en appel, le journal forma un pourvoi qui invitait la Cour de cassation à se prononcer sur deux types de problème. Le premier moyen, qui nous est désormais classique, consistait à déclarer l'action prescrite dans la mesure où aucun acte de procédure n'avait été réalisé tous les 3 mois en contravention avec l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 interprété à la lumière de l'arrêt du 8 juillet 2004. Si le moyen, au fond, était doté d'une véritable pertinence, il soulevait toutefois la question de l'application dans le temps du revirement de 2004.

La Cour rappelle alors que les articles 65 et 65-1 de la loi de 1881, « d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ; que (...) c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription ». Néanmoins, la haute juridiction réaffirme que « la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Cette consécration par l'assemblée plénière de la Cour de cassation de la modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence sur l'autel du procès équitable constitue, à n'en pas douter, une solution de principe. Il convient, toutefois, de démontrer que cette affirmation entretient des rapports plus étroits avec les notions d'équité et de respect des attentes légitimes d'autrui, qu'avec la notion classique de procès équitable.

b – Une élucidation sur le thème de l'altérité

En matière administrative, il a été précisé que le juge peut différer les effets d'un revirement de jurisprudence si celle-ci ferme une voie de droit préexistante ou ouvre une voie de droit nouvelle en portant une atteinte excessive à la sécurité juridique : CE, ass., 16 juill. 2007, « Sté Tropic travaux signalisation », req. n° 291545 : AJDA 2007, p. 1577, note F. Lenica et J. Boucher, p. 1964, note P. Cassia ; RFDA 2007, p. 696, concl° D. Casas, p. 917 note F. Moderne, p. 935, note M. Canedo-Paris ; Dr. adm., octobre 2007, comm. n° 142, note Ph. Cossaltier ; JCP G, 2007, II, 10160, note B. Seiller, ed° A, II, 2221, note M.-C. Rouault ; D. 2007, p. 2500, note D. Capitant ; LPA 24 juillet 2007, p. 9, note M. Gaudemet, 21 août 2007, p. 3, note F. Chaltiel, 10 septembre 2007, p. 6, note J.-M. Glatt, 17 octobre 2007, p. 10, note F. Buy ; Gaz. Pal. 7-8 septembre 2007, p. 6, note O. Guillaumont et 26-27 septembre 2007, p. 10, note Ph. Rimbault.

282. La faveur à l'équité comme critère du revirement prospectif. Bien que le droit d'accéder au juge ou d'exercer un recours, aspect du procès équitable (art. 6 § 1 Conv. EDH), subordonne la rétroactivité de la norme jurisprudentielle à sa prévisibilité et à son accessibilité pour le justiciable, la notion même de « procès équitable » pourrait sembler trop imprécise : « En réalité, le concept d'« équité » arbore, en droit interne, des facettes nettement définies et singulièrement adéquates à la problématique du revirement prospectif »¹. Le recours à l'instrument ne semble avoir pour seul objet que de lui accorder « un titre supérieur de légitimité en hissant la source de ce procédé au rang des normes internationales »². Au-delà de cette légitimité, il apparaît, alors, que l'équité, dans sa complète acception historique, soit plus à même de fournir des critères précis quant au revirement prospectif.

La notion grecque d'*epieikeia* présente en effet une dualité terminologique. L'objective équité aristotélicienne se présente comme un correctif légal permettant d'adapter l'application du droit pur aux circonstances de fait et rapprocher le droit de la justice. L'équité subjective des stoïciens révèle, quant à elle, un sentiment intérieur invitant le juge à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui³.

A l'analyse, il apparaît que le revirement prospectif peut reposer sur cette double dynamique. Le revirement peut ainsi tenter de prévenir un vide juridique, « une lacune normative susceptible de provoquer un chaos (social, économique, financier ou politique), une atteinte à l'intérêt général, bref un excès, une disproportion synonyme d'injustice »⁴.

Cette tendance est celle qui anime la Cour de justice des Communautés européennes lors de recours en annulation ou dans des cas où une nouvelle jurisprudence risquait, à terme, de bouleverser l'équilibre financier des systèmes de protection sociale⁵. L'arrêt « AC ! » du Conseil d'Etat⁶ participe de la même logique puisqu'il accepte « une limitation dans le temps des effets de l'annulation » d'un acte administratif dont la rétroactivité serait « de nature à emporter des conséquences manifestement excessives ».

D'autre part, le revirement prospectif peut avoir pour objet de remédier à une situation qui éveille un sentiment d'injustice, ce qui pousserait le juge à la compassion, à l'indulgence,

¹ P. Morvan, précit.

² Idem.

³ « Tel est le sens prédominant de l'*aequitas* romaine chez Cicéron, qui, sous l'influence croissante du christianisme, sera célébrée au XVII^e siècle par les jusnaturalistes puis Domat qui l'associeront aux vertus morales de la compassion, de la charité, de la philanthropia ou de la misericordia » (Idem).

⁴ Idem.

⁵ CJCE, « Defrenne, Pinna I et Barber », préc.

⁶ CE, ass., 11 mai 2004, préc. V. également la décision n° 2008-564 DC du Conseil constitutionnel en date du 19 juin 2008, not. considérant n° 58, pour une première véritable modulation dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

l'amènerait à adoucir la rigueur de la rétroactivité d'une norme jurisprudentielle. Il est intéressant de souligner que « les juristes anglo-saxons aperçoivent eux-mêmes dans le prospective *overruling* un remède à une situation de *hardship* (dureté), source d'injustice »¹.

Or, nul doute que l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006 constitue une application concrète de cette seconde équité : l'application immédiate de la nouvelle règle de prescription « aboutirait à priver la victime d'un procès équitable [...] en lui interdisant d'accéder au juge ». L'iniquité de l'application immédiate de la nouvelle règle de prescription a raisonnablement conduit le juge à écarter la rétroactivité de sa jurisprudence.

L'on ne peut, dès lors, que partager l'opinion de M. le professeur Morvan lorsqu'il conclut, à ce sujet, que : « La Cour de cassation n'adoue pas seulement le revirement prospectif. Elle le fait sur l'autel de l'équité, quintessence d'un procès équitable redéfini. Dans le "droit au procès équitable", l'"équitable" l'emporte sur le "procès" qui reste subalterne. Si le droit d'accéder au juge se trouve ici poussé sur le devant de la scène, cette publicité est trompeuse. La démarche ne procède pas d'un mimétisme servile au droit anglo-américain qui privilégierait une garantie procédurale des droits fondamentaux. Elle renoue avec une racine profonde du droit français qui promeut l'équité comme source informelle du droit. L'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est le masque sous lequel elle avance »².

Or, cette équité subjective n'est que le versant, rappelons-le³, d'un principe plus général : la nécessité de protéger les attentes raisonnables d'autrui.

283. L'altérité comme fondement du revirement prospectif. Il a été précédemment analysé que l'équité subjective de Cicéron, lorsque ce dernier affirme que « le premier office de la justice veut que l'on ne nuise à personne »⁴, exprime « le souci des affaires des autres »⁵. La vertu de l'équité subjective est donc, avant tout, un sentiment de bonté envers autrui. Or, cette dynamique peut être aisément rapprochée de l'exigence du respect de l'anticipation légitime d'autrui. L'altruisme juridique véhiculé par l'équité subjective, qui, rappelons-le, ne signifie nullement sacrifice de ses propres intérêts, invite tout acteur du droit⁶ à prendre en considération les attentes raisonnables d'autrui. La problématique relative à l'application dans le temps des

¹ P. Morvan, précit.

² Idem.

³ Voir supra n° 156.

⁴ Cicéron, *De officiis*, L. I, VII.

⁵ Cicéron, *De officiis*, L. I, IX, 29.

⁶ Sur la responsabilité des professionnels en cas de revirement de jurisprudence, v. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006 (Bull. civ. I, n° 136 ; D. 2006. Jur. 2894, note F. Marmoz ; RTD civ. 2006. 521, obs. P. Deumier, 580, obs. P.-Y. Gautier, et 2007. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; AJDI 2006. 587 ; Defrénois 2006, art. 38397, n° 14, obs. B. Gelot ; JCP N 2006. 1217, note F. Buy) et Civ. 1^{ère} 31 janv. 2008 (D. 2008, p. 1448, obs. A. Aynès).

revirements de jurisprudence s’inscrit, dès lors, fort logiquement dans le courant de cette exigence. En fondant sur l’équité la modulation dans le temps du revirement, la Cour considère que l’attente légitime de la victime ne saurait être violée. Il serait, en effet, parfaitement injuste de porter atteinte à cette prévision. La modulation à l’aune de l’équité peut ainsi être résumée en une simple interrogation : est-ce que la partie devant subir le revirement pouvait légitimement prévoir, anticiper l’évolution prétorienne ? En cas de réponse négative, le respect de l’anticipation légitime d’autrui interdit, sur le fondement du procès équitable, que le revirement s’applique immédiatement à l’instance en cours. C’est une fois de plus dans l’altérité que se retrouve, en droit positif, la mesure du possible. L’altérité du justiciable fait ici obstacle à ce qu’une règle nouvelle et trop imprévisible lui soit immédiatement appliquée.

Conclusion titre II

284. L'altérité comme fondement analytique. Il résulte de l'examen de la relation entre tiers et de la sécurité juridique à l'aune d'autrui, que le respect de l'anticipation légitime, de l'expectative raisonnable, fonde une grande partie des outils permettant de réglementer ces rapports juridiques. Que cette relation soit intimement liée à la responsabilité entre parties privées, ou qu'elle consacre directement l'exigence de sécurité juridique entre les différents acteurs du droit, le respect de l'anticipation légitime d'autrui se présente comme la source d'une pléthore de constructions juridiques. En postulant que la responsabilité civile a pour cause première la prévision d'autrui en ce que le droit vienne sanctionner toute atteinte à un intérêt légitime, l'on éclaire l'origine des articles 1382 et 1383 du code civil tout en justifiant de nombreuses responsabilités autonomes, non liées à la faute : troubles anormaux, apparence, responsabilité du fait des produits défectueux et, dans une moindre mesure, espérance légitime. Toutes ces manifestations de la responsabilité présentent, en effet, la caractéristique de pouvoir être analysées à l'aune de la théorie selon laquelle il convient de respecter l'anticipation légitime d'autrui à ce que la lésion d'un intérêt soit sanctionnée par l'ordonnancement juridique. Ce faisant, l'altérité est porteuse de sécurité juridique en ce que la prévision raisonnable d'autrui fait l'objet d'une protection institutionnalisée.

Au-delà de la responsabilité, elle permet d'accompagner la mutabilité du droit en toute sécurité au profit d'autrui en permettant de moduler dans le temps les effets d'un changement de norme : affirmer que des normes, des décisions individuelles, des revirements de jurisprudence ne peuvent s'appliquer immédiatement aux situations ou instances en cours en raison de la contrariété avec l'exigence du procès équitable, l'espérance légitime d'autrui, ou encore sa confiance légitime, revient à faire de la prévision d'autrui le critérium d'analyse de la sécurité juridique.

L'expectative raisonnable de l'autre, en ce qu'elle constitue la prémisse de la responsabilité civile, et en ce qu'elle représente le vecteur équitable du droit transitoire, ne fait que contribuer à l'affirmation d'une exigence de sécurité juridique. En étant à la source de la relation juridique, l'attente de l'autre s'impose alors comme le principe analytique à la lumière duquel ces relations, dans une dynamique métacontractuelle, sont frappées du sceau de la sécurité juridique.

Conclusion partie I

285. Une réponse partielle. Si l'objectif avoué de cette étude était de vérifier en droit positif la réception du concept philosophique d'altérité, il est, à ce stade, possible de dresser un bilan logiquement nuancé.

La satisfaction est de mise lorsque l'on se penche sur l'influence que ce concept a sur les relations juridiques. Que celles-ci soient contractuelles ou extra-contractuelles, l'altérité s'impose à travers le respect d'une anticipation légitime. Si cette conception irrigue et synthétise réellement le droit des contrats en expliquant, notamment, la force obligatoire des conventions, elle constitue, plus largement, le principe analytique à l'aune duquel doivent être appréciés les liens de droit en assurant le respect de l'exigence de sécurité juridique.

Suite aux travaux de Lévy et de M. Xavier Dieux, il fut ainsi aisé de mettre en exergue la vigueur de cette conception en droit contractuel : elle permet, en effet, de combiner autonomie de la volonté et solidarisme contractuel afin de faire de la bonne foi, l'équité, et à terme, l'estoppel, des mécanismes orientés vers l'altérité. Le fait que cette synthèse soit validée par la morale et la théorie des jeux ne permet que d'incliner en faveur de son rôle directeur en la matière.

En outre, dans la mesure où cette théorie est susceptible de fonder la responsabilité civile en affirmant que toute atteinte à une expectative raisonnable d'autrui constitue une violation du droit objectif créant un droit subjectif à réparation, elle fait ainsi le lien entre le besoin de responsabilité et l'exigence de sécurité juridique. Le respect des attentes légitimes autorise également un rapprochement entre ces deux notions en analysant la sécurité juridique au moyen de la prévisibilité et de la légitimité : après le contrat, mais avec lui, l'anticipation légitime se présente comme un véritable principe juridique : la boussole¹ orientant le droit.

L'ensemble permet ainsi de donner du droit une vision dynamique où synthèse et analyse s'entrecroisent pour consacrer le principe du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Comme l'observait, de manière amusée, André Gide, méthodes analytique et synthétique se succèdent continuellement : « La synthèse doit se précéder d'analyse ; et l'analyse, besoin de l'esprit, naît du sentiment de la complexité »².

¹ V. infra n° 24. Le principe juridique n'est pas une règle, une norme contraignante mais une orientation simplement obligatoire en ce qu'elle lie les hommes.

² A. Gide, *Réflexions sur quelques points de littérature et de morale*, éd. Mercure de France, 1897, p. 417.

Néanmoins, ces perspectives présentent une certaine facilité méthodologique en ce qu'elles postulent une identification prédéterminée d'autrui. Dans le domaine contractuel, il s'agit, évidemment, du cocontractant. Dans la dimension extracontractuelle, il s'agit du tiers, la victime d'un dommage, ou de manière plus générale, du justiciable.

Or, il n'en reste pas moins que, parfois, avant de s'interroger sur la nature de la relation, il semble opportun de se demander si autrui existe véritablement sur la scène juridique. La philosophie de l'existence nous a effectivement enseigné que l'altérité est relation permettant l'identification. Il en résulte, alors, qu'au moyen de la maxime « respect est dû à l'anticipation légitime d'autrui », il doit être possible de désigner les entités pouvant bénéficier d'une telle prérogative. Si le droit connaît classiquement une distinction entre personnes et biens, l'altérité est à même de démontrer les limites d'une telle opposition au profit d'une conception existentialiste des entités juridiques permettant de reconnaître, dans cette dimension identitaire, le sujet de droit.

PARTIE II – LA DIMENSION IDENTITAIRE DE L'ALTERITE : LA RECONNAISSANCE DU SUJET DE DROIT

« *Cogites ergo sum* »

286. Altérité et identité : vers le sujet de droit. Il a été clairement démontré que pour la philosophie de l'existence, l'altérité équivaut à l'identité dans la relation. Dès lors la réception du concept en droit revient à identifier les entités juridiques à travers la relation de droit qui les concerne : l'identité est le fruit de l'existence par la relation. Or, comme le remarquait Ricœur¹, l'identité relève d'un paradoxe : si elle est vecteur d'individualisation, l'identité est aussi synonyme de similitude. Elle est ipséité et mêmeté, propre et semblable.

Le lien de droit permettrait ainsi d'identifier les entités intervenant sur la scène juridique en les individualisant au moyen d'une similitude, l'accès à un droit, voire au droit : lien d'obligation, de droit subjectif, de connexité, de filiation, de propriété... Or, le droit positif semble régir les entités au moyen de la *summa divisio* personnes/choses. Plus précisément, au regard des humains, le droit ne reconnaît leur existence sur la scène juridique que si la personnalité juridique leur est reconnue. Si pendant longtemps, une telle acception n'a pas réellement posé de problème, les interrogations relatives à l'embryon ont révélé l'insuffisance de la notion. En prenant appui sur la personnalité juridique, il a été décidé de lui refuser les droits octroyés à titre général aux individus nés, vivants et viables. Or, il convient de remarquer que la personnalité juridique repose classiquement sur une détermination *a priori* des entités juridiques. En effet, afin d'attribuer la qualité de « personne », l'on détermine si l'entité existe sur la scène du droit à travers le masque abstrait de la personnalité. L'octroi de la qualité permet de faire bénéficier l'entité de droits et obligations, virtuellement de tout le droit objectif. La personnalité juridique apparaît alors comme une fiction permettant de déterminer, universellement², si un être est soumis à l'intégralité du droit objectif. Ce n'est donc pas la relation de droit qui fait la qualité, mais l'existence de la qualité qui permet d'affirmer que l'entité peut s'insérer dans une relation de droit. Une telle appréhension est par conséquent contraire à l'acquis existentialiste : en identifiant juridiquement les entités sans passer par le prisme de la relation, le droit échoue dans sa réception de l'altérité. Définir « l'existence juridique » en ne s'attachant pas, au préalable, à

¹ Notamment, P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. du Seuil, 1996, p. 195

² Cette dynamique participe de l'idée selon laquelle la personnalité est avant tout une prosopopée du commerce juridique. La personne est universelle comme l'est son patrimoine. S'il n'y a qu'un patrimoine par personne, chaque personne doit avoir un patrimoine.

déterminer la nature de la relation revient à nier l'altérité d'autrui¹. Le succès de la réception repose, *a contrario*, sur une détermination *a posteriori* de « l'autrui juridique ». En analysant la nature du lien de droit entre des entités, il devient possible, dans un second temps, de définir quels sont les sujets de la relation. La réception juridique de l'altérité passe ainsi par la transposition de l'idée selon laquelle l'existence précède l'essence. Si la relation est première, l'identification seconde, le lien de droit doit être établi et analysé avant que ne puissent être clairement identifiées les entités concernées. Ainsi seront-elles reconnues² puisque leur existence sera posée dans un savoir juridique que le lien de droit véhicule.

Dans la mesure où il a été démontré que la relation juridique est marquée par le respect d'une anticipation légitime d'autrui, déterminer le bénéficiaire d'une relation juridique revient à répondre à la question suivante : est-ce que cette entité peut, dans une situation donnée, légitimement s'attendre à être un destinataire du droit objectif ? Une réponse positive fait alors passer l'entité de l'être à l'existence juridique. De l'essence naturelle, l'entité accède à l'existence juridique.

Une telle analyse de l'altérité juridique est déjà connue d'une certaine doctrine et du droit : il s'agit, non de la personnalité juridique, mais du sujet de droit. Si une telle construction présente ainsi le net avantage de ne pas laisser l'embryon dans un flou juridique, elle permet également d'offrir un cadre juridique à l'appréhension d'une autre entité parfaitement connue de l'existentialisme (Autrui et non plus autrui), et difficilement qualifiable en droit, l'espèce humaine.

Néanmoins, force est de constater que l'idée selon laquelle l'identité s'infère de la relation trouve un sérieux adversaire en la personnalité juridique. Dans la mesure où cette dernière impose l'attribution d'une qualité afin de déterminer si une entité est soumise au droit objectif, elle constitue une dynamique inverse de l'altérité. Si tout être humain était dépositaire de la personnalité, l'inversion de logique n'aurait que peu d'incidences en droit. Si tout être était susceptible d'acquérir l'ensemble des droits offerts par le droit objectif, de manière corrélative, tout droit subjectif ferait de son titulaire un existant juridique. Or, tel n'est pas le cas : puisque le

¹ Hors du droit, l'altérité des embryons ne fait pas de doute : connu ou ignoré, l'enfant à naître s'insère naturellement dans une relation à l'autre. Primitivement, apparaît la mère, puis viennent tous ceux qui en conceptualisant ou en constatant la grossesse, font exister un autrui. L'épiphanie (conceptuelle ou sensorielle) de l'enfant *in utero* le fait exister et ce, indépendamment de toute volonté. Exister, être en relation ne signifie pas, loin s'en faut, passer sous les fourches caudines de la volonté de l'autre. Lévinas a ici parfaitement démontré que quelle que soit la volonté d'autrui de constater ou non la présence du sujet, le sujet est là, dans les yeux (et surtout dans la pensée) de l'autre, donc il existe (voir supra n° 16 et infra n° 328).

Dans le domaine anthropologique, voir S. Walentowitz, « La vie sociale du fœtus. Regards anthropologiques », *Revue Spirale*, n° 36, 2005/4, p. 125 à 141, éd. Erès.

² Reconnaître consiste à identifier, à admettre et proclamer le statut officiel, l'existence juridique de quelqu'un (Dictionnaire Trésor CNRS).

droit positif incline à ne pas doter embryon et fœtus de la personnalité juridique, ces entités tendent à ne pas être des existants juridiques. En octroyant la personnalité juridique au moment où l'être vient à naître vivant et viable, le droit écarte ostensiblement la situation de l'enfant simplement conçu au profit d'une conception limitée de l'existence. Cette dernière repose, en effet, sur une identité définie *a priori* où la relation juridique pouvant lier embryon et autrui ne tend pas à infléchir l'abstraction de la personnalité, marquant ainsi l'échec de la réception de l'altérité sur la scène du droit (Titre I).

L'altérité présente alors le net avantage de ne pas se soucier de l'identité *a priori* (que la philosophie sait fausse car immédiate¹) au profit de l'identité *a posteriori* que la relation à l'autre crée. Dans la sphère juridique, il est alors possible d'attribuer des droits aux entités dépourvues de personnalité dès que le droit les met en relation avec autrui. En droit, l'existence précède plus que l'essence, elle la prédétermine. Cette prédétermination² passe alors par une alternative : le concept de sujet de droit. En soutenant que l'être humain engagé dans une relation juridique est assujéti au droit tout en étant le destinataire, la perspective relationnelle permet de déterminer le sujet de droit sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la personnalité. La relation juridique fait empiriquement le sujet de droit alors que la personnalité définit abstraitement les titulaires de droits et obligations. Ainsi est consacrée la nature humaine de l'être qui s'inscrit dans un lien de droit : à défaut de personnalité, demeure le sujet dont la protection des intérêts est assurée par le droit, qui, par là-même, l'identifie : sont alors définies les conditions de la réception juridique de l'altérité (Titre II).

Titre I

L'échec de la réception : l'altérité à l'épreuve de la personnalité

Titre II

L'essor de la réception : autrui comme sujet de droit

¹ Voir supra n° 11.

² Il est vrai qu'une telle conceptualisation échappe à la facilité de mise en œuvre de la personnalité juridique. Rien n'est prédéterminé, le sujet doit se définir dans une relation à analyser.

Kierkegaard avait déjà mis en perspective cette difficulté de l'existence par rapport à une détermination *a priori* de l'être : « exister, c'est-à-dire imprégner de conscience son existence que l'on domine pour ainsi dire de la distance de l'éternité, tout en étant précisément en elle et encore dans le devenir : en vérité la tâche est ardue ». « Aussi est-il plus facile de penser abstraitement que d'exister vraiment » : S. Kierkegaard, « Post-scriptum » aux *Miettes philosophiques*, II^{ème} partie, 2^{ème} section, chap. III, éd. Orante, trad. P.-H. Tisseau.

Titre I – L'échec de la réception : l'altérité à l'épreuve de la personnalité juridique

« *Cogito ergo sum,
cogites ergo eres* »

287. L'embryon comme témoin. L'échec de la réception de l'altérité s'est notamment manifesté au regard des interrogations relatives à l'embryon. Dans le cadre de la législation sur l'avortement, sur la bioéthique et à l'aune de sa protection pénale, notamment en matière d'homicide involontaire, s'est posée la question de savoir quel était le statut de l'enfant à naître. En s'appuyant sur des dispositions éparées du code civil, il est souvent affirmé que la personnalité juridique ne s'acquiert qu'en cas de naissance de l'enfant vivant et viable. Une telle perspective revient fort logiquement à exclure les enfants à naître de la qualification de personnes dotées de la personnalité juridique. Néanmoins, puisque de nombreux textes internationaux ou internes font référence à la notion de personne et non à la personnalité juridique, l'on s'est légitimement demandé si, à défaut de personnalité juridique, l'embryon pouvait bénéficier de ces textes. L'enjeu est ici clair : si l'on décide que les textes faisant référence à la personne protègent les êtres dotés de la personnalité juridique, l'on définit l'autre de la relation, non au regard du lien de droit qui unit le soi à son autre, mais *a priori*, à l'aune d'une qualité octroyée avant toute réflexion sur la relation. Si l'on décide de détacher la personne de la personnalité juridique, alors il est possible de définir la personne à l'aide du lien de droit : en fonction des intérêts protégés par le droit, l'on déterminera qui est le bénéficiaire de la relation.

Or, si droits civil et international semblent ne pas avoir clairement pris parti en préférant le flou à la clarté, le droit pénal a, quant à lui, nettement tranché la question en refusant d'étendre à l'enfant à naître la protection au titre de l'homicide involontaire. A la défiance (chapitre I) marquée par le droit, dans sa généralité, à l'égard de l'altérité de l'embryon, succède ainsi en droit pénal, la réelle défaillance de cette réception (chapitre II).

Chapitre I – La défiance civile et conventionnelle à l'égard de l'altérité

288. Le cadre théorique : personnalité et altérité dans la relation de droit. Il est vrai que les interrogations relatives à l'embryon ne sont pas nouvelles¹ : Aristote suivi par Saint Thomas considérait que l'âme ne parvenait à l'embryon qu'au quarantième jour. Grégoire de Nysse soutint au IV^e siècle l'animation immédiate de l'embryon : la matière biologique humaine et l'âme spirituelle ne pourraient qu'être créées ensemble, l'embryon serait une personne. Le pape Innocent III affirma néanmoins en 1211 que l'âme ne descendait dans l'embryon qu'entre la douzième et la seizième semaine de conception. Finalement, l'Eglise en reviendra à l'animation immédiate avec Pie IX en 1869. Si de tels questionnements peuvent se comprendre à des périodes où la médecine balbutie encore, les hésitations se conçoivent plus difficilement à l'heure des échographies en trois dimensions, du diagnostic préimplantatoire et de la cartographie du génome humain.

A cet égard néanmoins, les différentes variations pouvant s'opérer, dans le domaine juridique, autour des concepts de personne humaine et de personne juridique témoignent de l'incapacité du système juridique à appréhender des êtres n'entrant pas dans les carcans de la personnalité juridique. Dans la mesure où le droit se garde volontiers de définir le point de départ de la personnalité juridique, seule la doctrine s'est tentée à définir la personne². L'absence de définition normative et le renvoi à plusieurs concepts (personne juridique, personne humaine et être humain) emportent inexorablement un flou sémantique. Droit civil et droit international peinent alors à appréhender juridiquement l'embryon : la particularité biologique de cet « autrui » ne le met pourtant pas à l'abri d'un régime juridique assez peu protecteur malgré son évidente vulnérabilité. Nonobstant l'important enjeu³ qui se dessine derrière de telles définitions, le droit semble donc prendre le parti de ne pas se prononcer ou, à tout le moins, semble se

¹ Voir notamment : M.-H. Congourdeau, *L'embryon et son âme dans les sources grecques (VI^e siècle av. J.-C. - V^e siècle apr. J.-C.)*, Association des amis du Centre d'histoire et civilisation de Byzance, Collège de France-CNRS ; V. Dasen (dir.), *L'embryon humain à travers l'histoire*, Préf. F. Ansermet. Ed. Infolio, 318 ; L. Brisson, M.-H. Congourdeau, J.-L. Solère (dir.), *L'embryon, formation et animation*, Vrin, "Histoire des doctrines de l'Antiquité classique", 2008 ; B. Hubert, « Le statut de l'embryon humain : une relecture d'Aristote », *Nova et vetera*, Genève, 2001, vol. 76, n^o 4, p. 53-81.

² Voir notamment : D. Vigneau, *L'enfant à naître*, Thèse, Toulouse, 1988 ; X. Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, préf. J.-J. Taisne, Presses universitaires de Lille, 1990 ; R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse Paris XII, LGDJ, 1996 ; N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2003 ; E. Dhonte-Isnard, *L'embryon humain in vitro et le droit*, préf. O. Moreteau et Rubellin-Devichi, L'Harmattan 2004, Coll. Ethique médicale.

³ V. Ph. Malaurie, « L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) », *D.* 1994, p. 97. Cette absence de prise en considération de l'humanité de l'embryon sonnerait pour l'auteur « le crépuscule des dieux ».

contenter de notions confuses parfois contradictoires¹. A un flou conceptuel (section 1) a ainsi succédé un flou normatif (section 2).

Section 1 - Le flou conceptuel : la personnalité à l'épreuve de l'embryon

289. L'exigence de qualification. Quand un texte énonce des droits il convient de déterminer qui en est le destinataire, ce qui revient à déterminer si un individu entre ou non dans le champ d'une norme existante. Les juges doivent alors procéder à une qualification afin de déterminer si un enfant à naître entre ou non dans les prévisions d'un texte. Comme le remarquait le doyen Cornu, l'opération de qualification est « seconde relativement à la définition qu'elle présuppose »². Or, le droit ne définit expressément ni la personnalité juridique, ni la personne et encore moins l'être humain, il se contente de les appréhender en leur conférant un régime juridique. La doctrine a, dès lors, œuvré pour découvrir l'essence de la personnalité juridique et le plus souvent en exclure l'embryon (§ 1). A l'aide de textes récents, fut alors proposé de distinguer la personne humaine de la personnalité juridique (§ 2).

§ 1 – Qualifications doctrinales de la personnalité juridique

290. Base lexicale. Si le concept de personne désigne classiquement un « individu de l'espèce humaine, sans distinction de sexe »³, son étymologie est plus discutée. En effet, « personne vient, selon [Claudel], de *per-sonare* : résonner à travers ; cette étymologie a été interprétée souvent dans un sens trop littéral par ceux qui y voient l'image du personnage théâtral, dont la voix se fait entendre sous le masque »⁴. Pour Carus, la personne est l'individu à travers lequel transparaît l'idée et s'exprime la voix de la divinité intérieure. Tout notre effort de progrès personnel doit tendre vers cette transparence »⁵.

¹ Il convient de remarquer que la question ne revient pas à se demander qui peut invoquer le texte (capacité d'exercice) mais qui est concerné par ledit texte (destinataire). En effet, ce n'est pas parce qu'une entité ne peut invoquer un texte que pour autant elle n'est pas protégée : ainsi en est-il des animaux ne disposant d'aucune capacité mais faisant l'objet de protections juridiques. Le problème va ainsi être de déterminer si un enfant à naître peut faire l'objet d'une protection accordée à tout être humain ou à toute personne indépendamment de sa capacité à actionner la norme. Peut-on jouir du droit sans en disposer ?

² G. Cornu, *Les définitions dans la loi*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz 1981, p. 88.

³ Dictionnaire en ligne Trésor du CNRS.

⁴ *Persona* vient du latin d'origine étrusque et signifie « masque de l'acteur » : Dictionnaire Trésor du CNRS.

Le terme, viendrait de *prosôpon* en grec qui désigne initialement la face, le visage avant de signifier, par extension, le masque porté par les acteurs (A. Lefèvre-Teillard in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials : Lamy, PUF, 2003, voir « Personne »).

⁵ A. Béguin, *L'âme romantique et le rêve, essai sur le romantisme allemand et la poésie française*, Cahiers du Sud, 1937, nouv. éd. revue José Corti, 1939 p. 132.

Quant à la personne humaine, il s'agit, à n'en pas douter d'une expression « tautologique qui insiste sur l'appartenance au genre humain : individu de l'espèce humaine qui se distingue du simple individu biologique et a droit à la considération parce que doué d'une conscience morale »¹ ; « être humain »² en est synonyme.

Le « Vocabulaire juridique » de l'Association Capitant, après avoir relevé l'origine théâtrale du terme, affirme que la personne « est un être qui jouit de la personnalité juridique »³, elle-même définie comme une « aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques et dans des conditions différentes aux personnes morales »⁴. La personnalité juridique équivaut alors à la capacité de jouissance⁵ dans la mesure où cette dernière se définit comme « l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation (propriétaire, créancier, débiteur) qui, pour une personne physique, ne peut être entamée, dans les cas exceptionnels limitativement prévus par la loi, que pour la jouissance d'un droit déterminé, une exclusion générale équivalent à la perte de la personnalité juridique et à la mort civile, aujourd'hui abolie »⁶.

Quant à la personnalité, elle représente « ce que la personne physique en elle-même (et pour tout être humain) a de propre et d'essentiel ». Les droits de la personnalité sont ainsi des « droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection des ses intérêts patrimoniaux. Ex. droit à la vie, à l'intégrité physique, au respect de la vie privée, etc. ». Est, en outre, un être humain, « tout individu, homme ou femme appartenant au genre humain (par opposition au règne animal, végétal et minéral), reconnu comme tel dès son origine (sa conception) et dont la loi, dès ce moment, garantit en principe le respect »⁷.

¹ Dictionnaire en ligne Trésor du CNRS.

² Idem.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Association Henri Capitant, 8^{ème} éd. avril 2007, « Personne ».

⁴ Ibidem « Personnalité – juridique ».

⁵ M. le professeur Sérioux lie également la personne à la capacité : « être une personne aux yeux du droit signifiait seulement, comme les origines du mot latin *persona* le marquent fort bien, jouer un rôle actif dans la vie sociale. Tester, diriger d'autres êtres humains, contracter des dettes pour soi ou pour autrui : telles étaient entre autres les qualités consubstantielles à l'idée de personne, plus proche de celle de citoyen-membre actif de la Cité – que de celle d'individu un tant soit peu « hors du monde ». En termes modernes, il s'agissait de questions touchant à la capacité, de jouissance ou d'exercice » (« *Infans conceptus...* » - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 61).

⁶ Ibidem « Capacité ».

⁷ Le lexique Dalloz des termes juridiques affirme quant à lui que « personne » est, « à défaut de précision explicite ou résultant du contexte, un terme pouvant désigner aussi bien une personne morale qu'une personne physique » R. Guillien, J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, juin 2007, « Personne ». La personne juridique renvoie quant à elle à un « être titulaire de droits et d'obligations, et qui, de ce fait, a un rôle dans l'activité juridique. On dit également : sujet de droits. Tous les êtres humains sont des personnes juridiques ». En effet, selon ce lexique, un être humain est une « personne physique (par opposition aux personnes morales), dotée de la personnalité juridique et dont la loi assure la primauté dans l'ordre juridique en interdisant toute atteinte à sa

Sémantiquement, le glissement être humain – personne – personne humaine - personne physique – personne juridique (capacité de jouissance) est patent.

Si la doctrine est assez unanime pour définir la personnalité juridique (A), les auteurs sont néanmoins plus partagés au regard du moment de son acquisition (B).

A – Le principe de reconnaissance de la personnalité juridique : le consensus

291. La personnalité : substance et exigence. La doctrine semble ici partager une vision commune de la définition de la personnalité et de la nécessité de la reconnaître aux membres de l'espèce humaine. Ainsi, on peut lire que « la personnalité juridique est l'aptitude reconnue aux êtres humains, à eux seuls [...] mais à eux tous de devenir titulaires de droits »¹. De manière assez proche, l'on peut soutenir que « la personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun. Ces droits ainsi reconnus sont les droits subjectifs »². Il s'agit d'une aptitude « à être titulaire actif et passif de droits et à être protégé comme sujet de droit, tel est le sort de l'être doté de la personnalité juridique. D'une certaine manière, il se réalise de la sorte un passage obligé de l'essence à l'existence dans l'ordre juridique »³.

En outre, pour M. Terré et Mme Fenouillet, « on peut considérer que la reconnaissance de la personnalité juridique ne saurait être déniée, dans une civilisation digne de ce nom, à l'être humain qui par nature a vocation à être traité comme une personne »⁴. Pareillement, pour M. le professeur Larroumet, « dans tous les systèmes juridiques évolués, l'individu, en principe du seul fait qu'il existe, se voit reconnaître la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à être sujet de droit »⁵. Il en conclut qu'il « faut poser en principe que tout individu, dès lors qu'il existe, jouit de la personnalité juridique dans un système qui ignore l'esclavage »⁶.

dignité et en garantissant son respect dès le commencement de la vie (art. 16 C. civ.) ». La personnalité juridique est, dans cette logique, une « aptitude à être sujet de droit qui est reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains (personnes physiques) et, sous certaines conditions, variables selon leur nature, aux personnes morales » : Ibidem, « Personnalité juridique ». Ici encore, la personnalité est assimilée à la capacité de jouissance, le « Lexique » définissant ainsi la capacité : « On distingue deux degrés dans la capacité juridique. La capacité de jouissance est l'aptitude à avoir des droits et des obligations (toute personne physique a en principe la capacité de jouissance). La capacité d'exercice est le pouvoir de mettre en oeuvre soi-même et seul ses droits et ses obligations, sans assistance, ni représentation par un tiers » : Ibidem « Capacité ».

¹ B. Teyssié, *Droit civil - Les personnes*, 10^{ème} éd. Lexis Nexis, 2007, n° 10, p. 13.

² F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil - Les personnes - La famille - Les incapacités*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005, n° 8, p.7.

³ F. Terré et D. Fenouillet, op. cit. n° 15, p. 17.

⁴ F. Terré et D. Fenouillet, op. cit. n° 15, p. 17.

⁵ Ch. Larroumet, *Droit civil - Introduction à l'étude du droit*, Tome 1, 5^{ème} éd., Economica 2006, n° 318, p. 198.

⁶ Ch. Larroumet, op. cit. n° 319, p. 199.

Le doyen Cornu va plus loin en affirmant : « La personnalité juridique est reconnue par la loi civile à tout être humain : elle appartient à tout individu. Elle lui vient avec la vie [...]. La loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnaît. Ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique ne relève pas du bon vouloir du législateur »¹.

Ainsi, la personnalité apparaît telle une exigence liée au système juridique qui préexiste à la norme. Elle semble davantage liée à l'humanité de la personne à laquelle elle s'adresse qu'à la nécessité pour le droit de l'attribuer. Reste alors à savoir à partir de quand la personnalité est reconnue aux êtres humains : c'est ici poser le problème de l'embryon puisque la solution classique exclut sa personnalité au motif qu'il n'est pas né.

B – L'acquisition de la personnalité : la controverse

292. Lignes de partage² et lignes de fuite. Si pour certains, le droit positif exige que l'embryon soit exclu de la personnalité, d'autres l'écartent au nom de la biologie voire sans justification aucune. Certains lui accordent des droits sans personnalité, un auteur lui reconnaît une personnalité juridique limitée, d'autres lui attribuent une pleine personnalité. Dans l'ensemble, la définition de la personne juridique repose sur une acception *a priori* de l'être : la personne est appréhendée à travers la virtualité des droits à laquelle elle peut prétendre. Néanmoins, de manière plus pragmatique, des auteurs en viennent à passer outre la définition lorsqu'ils se penchent sur le bénéfice du droit à la vie³, voire à modifier la définition classique en appréhendant l'embryon non à travers une qualification *a priori*, mais à l'aune des droits fondamentaux que l'on désire lui octroyer : dans la relation juridique, où autrui est présumé, l'être sans personnalité accède à la jouissance de droits.

293. Le défaut de personnalité de l'embryon : les fondements juridiques. La réponse classique consiste à soutenir que « c'est à la naissance que l'être humain est doté de la personnalité juridique »⁴ : « aujourd'hui, tout être humain a la personnalité, à condition qu'il soit né viable »⁵. Pour justifier cette théorie, les auteurs prennent souvent appui sur l'article 318 du

¹ G. Cornu, *Droit civil : Les personnes*, Montchrestien, précis Domat, 13^{ème} éd., 2007, n° 6, p. 14.

² Force est toutefois de constater que l'argument principal des auteurs s'appuie souvent sur des arguments secondaires, la loi et la biologie peuvent respectivement être arguments principal et secondaire.

³ Sur l'incertitude relative à ce droit, v. C. Puigelier, « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2003, chron. p. 2781.

⁴ F. Terré et D. Fenouillet, op. cit. n° 20, p. 22.

⁵ H. et L. Mazeaud, J., F. Chabas, *Leçons de droit civil – Les personnes, La personne, Les incapacités*, 8ème éd. par F. Laroche-Gisserot, 1997, tome 1, vol. 2, n° 441, p. 8.

code civil qui dispose : « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable »¹.

Plus exactement, l'on soutient que « l'enfant reçoit la personnalité dès sa naissance, ou même dès sa conception, à condition qu'il naisse vivant et viable »². Madame Laroche-Gisserot précise alors : « pour naître vivant, il suffit que l'enfant ait respiré. La preuve en est facilement faite par la présence d'air dans ses poumons. Pour naître viable, l'enfant doit être constitué de telle manière qu'il puisse vivre ; il doit avoir les organes essentiels à l'existence. Ce qui peut donner lieu à des difficultés et à des expertises délicates. Il serait préférable de présumer que l'enfant qui a vécu était viable sauf à permettre la preuve contraire »³. L'auteur concède alors : « les conditions ont un intérêt pratique sur le plan successoral »⁴.

Au-delà, « il a même aptitude à recueillir des droits dès sa conception par application de l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* »⁵.

Sont alors visés les articles 725 et 906 du code civil qui disposent respectivement : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable » ; « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. (Al. 2) Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. (Al. 3) Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ». Pour la loi elle-même, l'existence ne s'infère pas de la relation mais de la naissance en vie et viable. Mme Laroche-Gisserot observe : « L'enfant a donc dès sa conception une personnalité individuelle [...]. Mais si cette affirmation est protectrice des intérêts du futur enfant, elle présente l'inconvénient de rendre particulièrement complexe la question de la condition de l'embryon qui n'a pas encore de personnalité, mais qui par sa qualité d'être humain en puissance appelle à une protection particulière »⁷. Elle en vient alors à poser l'alternative suivante. L'on peut envisager l'embryon comme une chose ; néanmoins, il s'agit

¹ Modifié par ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, anciennement 311-4 C. civ.

² F. Laroche-Gisserot, op. cit. n° 443, p.9.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ La Cour de cassation en fait un principe général du droit ; il peut donc être étendu à des situations autres que les donations et successions. En matière de capital-décès : « si les conditions d'application du contrat d'assurance décès doivent être appréciées au moment de la réalisation du risque, la détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, étant observé que la majoration du capital-décès, lorsqu'il existe des enfants à charge, est destinée à faciliter l'entretien de ces enfants » : Civ. 1re, 10 déc. 1985 : Bull. civ. I, n°339 ; D. 1987, p. 449, note G. Paire ; Def., 1986, p. 668, obs. A. Breton.

En matière de rente due à un accident du travail : Ch. Réunies, 8 mars 1939, DC 1941, 137, note Julliot de la Morandière, S 1941, 1, 25, note Battifol. Le législateur a même prévu que l'enfant non encore conçu pouvait profiter d'un contrat d'assurance sur la vie (art. L. 132-8 al. 3 C. assurances). V. supra n° 297.

⁶ F. Laroche-Gisserot, op. cit. n° 443, p. 9.

⁷ F. Laroche-Gisserot, op. cit. n° 443-1, p. 10.

d'une « approche trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu bien que basée sur la règle romaine selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère (*infans conceptus manet pars viscerum matris*) ». Soit on lui octroie une personnalité, individuelle. Enfin, l'on peut distinguer le cas du fœtus (personne) du cas de l'embryon qui ne serait pas une personne¹.

Dans la même lignée, après avoir rappelé la fiction juridique « *infans conceptus...* », M. Terré et Mme Fenouillet s'interrogent au regard du statut de l'embryon humain : « Ne faut-il pas, plus largement, et autrement que par le seul fait d'une fiction vénérable, faire remonter davantage dans le temps, c'est-à-dire jusqu'au moment de la conception, disons plus précisément de la fécondation, le moment d'apparition de la personnalité juridique ? »². Après l'étude des lois de 1975, 1994 et 2004 et du droit international, ils en arrivent à affirmer : « il faut donc se prononcer clairement et admettre que, s'il y a lieu de faire remonter dans le temps, avant la naissance l'apparition de la personnalité juridique, une solution intermédiaire, liée au déroulement de la grossesse et à la distinction de l'embryon et du fœtus est acceptable »³. Le point de bascule serait alors le passage des douze semaines de grossesse puisque l'interruption volontaire de grossesse « ne s'accorde pas avec la reconnaissance à cet embryon de la qualité de personne humaine »⁴.

Le doyen Carbonnier proposait quant à lui une vision très prudente. S'il affirme que c'est « par l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, [que] l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte »⁵, il remarque que la naissance n'est pas toujours une condition suffisante⁶, et que parfois, elle n'est pas une condition nécessaire⁷. Au-delà, il s'interroge sur les rapports entre personnalité et vie dans la mesure où « la maxime *Infans conceptus...* s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance. La biologie nous enseigne qu'elle existe dès l'instant de la fécondation ou presque »⁸. Selon lui, le respect de l'être dès le commencement de sa vie ne vaut pas « reconnaissance formelle de personnalité »⁹ en raison de l'ambiguïté liée à la détermination juridique du commencement de la vie. Il finit ainsi : « Mais quand sa vie commence-t-elle ? Les uns entendent dès la conception,

¹ . Elle en arrive, d'ailleurs, à la conclusion qu'avec les lois bioéthiques de 1994, il devient « préférable de créer un véritable statut de l'embryon surnuméraire plutôt que de prendre la voie de déstockages massifs décidés arbitrairement par le législateur » : F. Laroche-Gisserot, op. cit. p. 12-13.

² F. Terré et D. Fenouillet, op. cit. n° 22, p. 23.

³ F. Terré et D. Fenouillet, op. cit. n° 24 p. 27.

⁴ Idem.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 1, Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, 2004, n° 205, p. 394.

⁶ En témoigne l'exigence de viabilité aux articles 311-4, 725-2 et 906 alinéa 3 du code civil.

⁷ La maxime *infans conceptus...*

⁸ J. Carbonnier, op. cit. n° 205, p. 395.

⁹ Idem.

les autres après dix semaines¹ »². L'on sent alors l'argument juridique glisser inexorablement vers un argument biologique : l'embryon ne peut être une personne car il est un *pars viscerum matris*.

294. Le fondement biologique de l'exclusion : un *pars viscerum matris*. Messieurs Malaurie et Aynès remarquent qu'à « première vue, il paraît évident que la naissance est la condition d'existence de la personnalité ; ce n'est qu'une approximation. Parfois elle n'est pas une condition suffisante : pour exister, il ne suffit pas d'être né, il faut être né viable. Parfois même, elle n'est pas le commencement de la personnalité, qui rétroactivement peut remonter à la conception, voire au-delà : la loi comme souvent, façonne la nature »³. Si la règle *infans conceptus* permet de porter atteinte à ce principe c'est car « jusqu'à la naissance, l'enfant n'a pas une personnalité distincte de celle de sa mère ; il est comme disaient les Romains, *pars viscerum matris* »⁴. Avant eux, Aubry et Rau défendaient une telle analyse : « tout être humain né vivant et viable est une personne. Dans le sein de sa mère, l'enfant n'a point encore d'existence qui lui soit propre, ni par conséquent à vrai dire de personnalité »⁵. Cette volonté de ne pas reconnaître de personnalité juridique à l'embryon en raison de la liaison à sa mère se retrouve dans les écrits de MM. professeurs Zenati-Castaing et Revet. Selon eux, « la procréation ne suffit pas à engendrer une personne humaine et partant, une personne juridique. Le droit se fait ici le reflet de la nature. L'embryon ou le fœtus font partie de la mère, participent donc d'une personne préexistante dont ils ne se distinguent pas. Ce n'est que par la séparation matérielle consécutive à l'accouchement

¹ Ce qui constituait l'ancien délai légal pour interrompre volontairement une grossesse.

² Idem. De manière générale, le doyen Carbonnier a toujours fait montre de prudence dans l'appréhension de l'embryon ou du fœtus. En 1985, il affirme : « Je n'incline pas à ce que soit introduit dans notre droit un statut de l'embryon. La base théorique que requerrait un tel statut ne paraît pas pouvoir réunir un consensus » ; il ajoutait : « Peut-être le législateur respecterait-il mieux la division des consciences en restant silencieux » ; « Reste la possibilité d'une législation empirique, non pas pour réglementer directement les manipulations génétiques, mais pour en organiser le contrôle » (*Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Actes Sud 1985, p. 154). En tant qu'*amicus curiae* dans l'affaire tranchée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 juin 2001 (voir infra n° 329), il persistera : il ne faut « apporter une solution tranchante au problème de conscience » que constituait la qualification de l'embryon afin de respecter « la division de l'opinion publique et de la société », « élément ineffaçable du problème » ; il convient de « laisser ensemble devant le mystère de la conception les croyants et les savants » ; le droit doit « demeurer étranger » à la « controverse philosophique ». Néanmoins, il considéra « qu'il est établi, par les données acquises de la science aussi bien que par l'expérience générale des mères que, dès avant la naissance, l'enfant *in utero matris* a une vie distincte », double constatation que le législateur a traduite dans l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 ainsi que dans l'article 16 du code civil ». Dès lors, « si un tiers, par manquement à une obligation légale ou réglementaire de sécurité ou de prudence, porte une atteinte mortelle à cette vie, un homicide involontaire est constitué, rendant applicable l'incrimination et les pénalités de l'article 221-6 du Nouveau Code pénal » (J. Carbonnier, « Note sur l'arrêt de la cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57 p. 519 ; pour une analyse de cet avis, v. D. Fenouillet, « Les données acquises de la science et l'expérience générale des mères » au soutien de « la vie distincte de l'enfant *in utero matris* dès avant la naissance », Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l'enfant à naître », *ibidem* p. 473 à 518).

³ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes – Les incapables*, Def., 3^{ème} éd., janvier 2007, n°4, p. 10.

⁴ Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 6, p. 11.

⁵ Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 1936, I, p. 305.

que l'enfant devient un être distinct et, par suite, une personne juridique »¹. Ainsi, « qu'elle survienne avant ou pendant l'expulsion, la mort fait échec à l'existence et à la naissance. Dans ce cas, c'est d'une chose qu'accouche la mère, non d'une personne »². La nature fait de l'enfant *in utero* une partie du corps de la mère. L'intime liaison l'unissant à sa mère fait alors échec à ce que le droit lui confère une personnalité distincte.

295. L'exclusion sans fondement. Développant une théorie naturelle de la personnalité, M. le professeur Larroumet soutient : « *A priori*, l'existence de l'individu paraît ne pas devoir poser de problèmes : elle commence à la naissance et prend fin à la mort »³. La règle *infans conceptus* est alors logiquement qualifiée d'institution « artificielle puisque le sujet de droit ne peut entrer en relation sociale »⁴. Après avoir rappelé les méandres de la jurisprudence Perruche et son correctif législatif⁵, M. le professeur Larroumet en vient à la conclusion que « si le droit de ne pas naître n'est pas reconnu en droit positif, il en va de même de celui de naître. Parce que la personnalité juridique n'est attribuée avant la naissance que sous la condition de viabilité, on ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas »⁶. Cette théorie qui s'appuie implicitement sur le nouvel article 318 du code civil trahit la perspective civiliste de la notion de personne : si une disposition procédurale au regard de la filiation affirme qu'il faut être vivant et viable pour agir en matière de filiation et que des dispositions en droit des successions et des libéralités prévoient, que par exception, on peut recevoir si l'on est simplement conçu, la personnalité juridique ne s'acquiert qu'à la naissance⁷.

Dans la mesure où une telle théorie exclut nécessairement l'embryon de la personnalité juridique, certains auteurs ont essayé de moduler l'appréhension de la personnalité afin de le faire bénéficier de droits inhérents à son appartenance à l'espèce humaine.

296. L'octroi de droits sans personnalité. M. le professeur Teyssié adopte la solution classique d'octroi de la personnalité juridique : « La personnalité est, en principe, acquise à l'être humain au moment de sa naissance »⁸. Il ajoute, une fois de plus, fort classiquement : « Encore

¹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd. 2006, n° 9, p. 26.

² Idem.

³ Ch. Larroumet, op. cit. n° 320, p. 199.

⁴ Ch. Larroumet, op. cit. n° 321, p. 200.

⁵ Voir supra n° 248 et s.

⁶ Ch. Larroumet, op. cit. n° 321 ter, p. 204.

⁷ Mme Laroche-Gisserot ne relève-t-elle d'ailleurs pas que « les conditions [d'attribution de la personnalité] ont un intérêt pratique sur le plan successoral » ?, op. cit. n° 443, p. 9.

⁸ B. Teyssié, op. cit., n° 112, p. 13.

faut-il que l'enfant soit né vivant – l'enfant mort-né est réputé n'avoir jamais été une personne¹ - et viable, c'est-à-dire physiologiquement capable de survivre »². La maxime *infans conceptus* constitue ainsi une exception puisqu'elle permet à l'enfant non né d'intervenir sur la scène juridique, sous condition de naître vivant et viable.

Lorsqu'il s'agit cette fois de déterminer si l'embryon dispose du droit à la vie, l'auteur remarque néanmoins : « L'embryon étant déjà l'être humain, retenir le temps de la conception s'impose. Tel est le choix opéré par les lois du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse et du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain lorsqu'elles garantissent le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, élément du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »³. Il ajoute : « Il n'est point de droit, même fondamental, qui ne puisse céder au nom d'intérêts supérieurs à ceux de son bénéficiaire »⁴. Il est ainsi porté atteinte au droit à la vie des personnes déjà nées lorsqu'un Etat applique la peine de mort, en cas de légitime défense de soi ou d'autrui ou encore en cas d'absolue nécessité du recours à la force qui peut avoir la mort pour résultat. Si « la mort peut légitimement frapper l'être humain déjà né. Elle peut aussi être appliquée à celui qui n'est encore qu'un embryon : en cas de nécessité, la grossesse peut être volontairement interrompue »⁵. Il appréhende l'interruption volontaire de grossesse et l'interruption thérapeutique comme de simples exceptions au principe du respect du droit à la vie⁶.

Il en résulte que si M. le professeur Teyssié affirme que l'embryon n'est pas doté de la personnalité juridique, il bénéficie néanmoins de droits, notamment celui protégeant son intégrité physique. Les atteintes portées à ce droit par les lois IVG et bioéthique ne sont que des exceptions légales à ce principe, desquelles il ne faut pas induire la disparition du principe qui est le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Si la définition de la personne juridique relève encore d'une définition *a priori*, il est possible, *a posteriori*, lorsque l'on se pose la question du bénéficiaire de la norme, d'infléchir la définition pour permettre à l'embryon d'être protégé par le droit fondamental à la vie.

¹ Ce qui n'autorise pas pour autant son incinération avec des déchets hospitaliers, CAA Lyon 18 nov. 2003, JCP 2004, G., II, 10152.

² B. Teyssié, op. cit., p. 14.

³ B. Teyssié, op. cit., p. 28/29.

⁴ Idem.

⁵ B. Teyssié, op. cit., p. 32.

⁶ B. Teyssié, op. cit., p. 32. Il relève toutefois la précarité de l'embryon fécondé *in vitro*, le Conseil constitutionnel ayant admis qu'il soit soustrait du principe selon lequel respect est dû à tout être humain dès le commencement de sa vie : « Conservé, il peut, à titre exceptionnel, devenir l'objet d'études à caractère médical. Conservé et non transféré, il a vocation à périr sauf à être accueilli par un autre couple avec l'accord du premier et sous réserve d'une autorisation judiciaire préalable » (idem).

297. La qualité de personne dotée d'une personnalité juridique limitée. Le doyen Cornu est, à n'en pas douter, celui qui développe la théorie la plus originale. Partant du postulat que la loi « consacre la personnalité juridique mais elle ne l'attribue pas »¹, il en déduit que « la loi n'institue pas la personne, elle sanctionne sa personnalité, en couronnant une exigence de nature »² ; dès lors, « la distinction entre, d'une part, être humain et vie humaine, réalités biologiques, d'autre part, personnalité juridique ne doit pas être exagérée ». En la matière, il semble en effet opportun de rappeler que le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, rappelé à l'article 16 du code civil constitue une preuve que la personnalité juridique n'est pas une construction artificielle mais la consécration d'une donnée naturelle³. Puisque, « c'est la vie qui, en vérité, gouverne, la personnalité »⁴ ; « l'enfant acquiert la personnalité juridique dès avant sa naissance du seul fait de la conception : au moins dans sa primeur, plus précisément dans la mesure où son intérêt personnel le réclame »⁵. A l'inverse des autres auteurs, le doyen Cornu voyait dès lors dans la règle *infans conceptus*, non une fiction⁶, mais une démonstration de

¹ G. Cornu, *Droit civil : Les personnes*, Montchrestien, précis Domat, 13^{ème} éd., 2007, n°6, p. 14.

² Idem.

³ L'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 et l'article 16 du code civil affirment « à l'unisson [que] dès sa conception par la fusion des gamètes masculins et féminins l'embryon est un être humain pourvu de droits que la loi se doit de reconnaître et garantir ». Une telle perspective repose sur « l'affirmation de la concomitance entre la conception de l'embryon et l'humanité de celui-ci » (A Sériaux, « *Infans conceptus...* » - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 67.

⁴ G. Cornu, op. cit. n°7 p. 15.

⁵ G. Cornu, op. cit. n° 8 p. 15.

⁶ A dire vrai, d'autres auteurs ont soutenu le caractère réel de la règle (v. par exemple l'article de M. Théry, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, chron. 231). M. Atias considère, quant à lui, que « l'enfant conçu est sans doute considéré comme né, *pro nato habetur* » : mais l'adage ne connaît qu'une fiction de naissance. Il ne comporte aucune fiction de personnalité, aucune fiction d'humanité : « *infans conceptus pro nato habetur, sed humanus est* » ou « *quia humanus est* » (« La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 122). Il ajoute : « La fiction d'inexistence de l'enfant conçu qui ne naîtra pas viable est un moyen commode pour répartir les biens familiaux sans tenir compte d'un être dont les héritiers ne paraissent pas devoir l'emporter sur ceux de ses parents » (ibidem p. 125-126). En effet, la condition de viabilité n'est « pas une condition générale résolutoire qui ferait effacer rétroactivement la période d'existence de l'enfant » (p. 124). Ainsi, « la naissance n'est qu'un épisode. C'est bien la conception qui fait l'existence et, par conséquent, la capacité » (p. 125). Pour Mme Herzog-Evans, la maxime « *infans conceptus...* » dans sa dimension fictive est d'ailleurs une « absurdité » : « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000 p. 65.

Au demeurant M. le professeur Alain Sériaux, en suivant la théorie de l'animation progressive de l'embryon a pu soutenir qu'est « fictive l'assimilation anticipée du *nasciturus* au *nascitus* [...] ». Il s'agit d'être juste : corriger par quelque utile infraction au réel ce que pourraient avoir d'injuste les hasards, heureux ou malheureux, de la vie et de la mort, lesquels sont en revanche bien réels » (« *Infans conceptus...* » - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 55. L'histoire de la formation de l'adage semble le démontrer : « C'est justement parce qu'ils n'étaient pas d'accord sur la nature exacte du produit de la conception humaine, que les juristes romains décidèrent de construire une fiction. Le développement ultérieur de la pensée chrétienne n'eut sur ce point aucun effet décisif » (ibidem p. 58). Puisque « jamais, au grand jamais, une matière aussi puissamment animée soit-elle d'emblée, ne pourra produire à elle seul du purement spirituel » (p. 64), « le moment exact de l'animation demeure questionnable » (p. 66) : dès lors il a paru « prudent de s'abstenir de toute intervention nocive sur l'embryon d'origine humaine et d'adopter la politique du comme si » (p. 60).

la personnalité de l'embryon : « c'est la présentation traditionnelle qui, en assimilant la conception à la naissance, paraît établir une fiction (alors qu'on pourrait y voir un pari pour l'espérance, en faveur d'un heureux événement, une anticipation optimiste donc, plutôt une présomption). De toute façon, le recours à ce procédé technique n'est qu'une des analyses possibles : la reconnaissance de la personnalité à l'enfant conçu paraît plus naturelle – sans l'artifice de l'assimilation – lorsque, partant du principe que la personnalité est liée à la vie, on reconnaît dans l'enfant conçu un être vivant »¹. Une telle perspective a d'ailleurs le mérite d'être confirmée par l'article 16 du code civil. Le doyen Cornu dégage alors trois principes applicables à l'embryon : son appartenance au genre humain ; son humanité dès sa conception ; la garantie légale de son respect dès le commencement de sa vie.

Au demeurant, si la personnalité est acquise, elle ne peut être entière : l'on ne saurait imposer des obligations à l'enfant à naître². Néanmoins, des effets juridiques essentiels sont engendrés par cette personnalité limitée : des vocations libérale et successorale, ainsi qu'une protection pénale³ au titre du droit à la vie. Ainsi, la personnalité n'est pas une construction théorique, *a priori*, mais une institution naturelle intimement liée aux droits devant être légitimement octroyés à l'embryon.

Mme Labrusse-Riou et M. Baudouin arrivent à une conclusion identique : « Réifier l'embryon purement et simplement, en faire un simple objet, est oublier qu'il participe à l'espèce et à la nature humaine et qu'à ce seul titre il mérite respect. Par contre, l'assimiler pour autant à une personne humaine et lui donner une pleine personnalité juridique ne nous paraît ni réaliste, ni acceptable dans un contexte où les droits de la femme sur son propre corps commencent enfin à être reconnus »⁴.

298. Les avis du Comité consultatif national d'éthique. Proche de la conception de la personnalité limitée est la position du Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Selon l'avis n°1 du Comité⁵ en date du 22 mai 1984, « le terme embryon humain inclut tous les stades de développement du zygote, depuis la fécondation de l'ovule jusqu'au stade de la maturation permettant une vie autonome hors du corps maternel, soit vers la 25ème semaine gestationnelle (600 grammes). Etant donné la difficulté de déterminer scientifiquement le passage du stade

Sur l'histoire de l'adage, v. A. Lefèbvre-Teillard, « "*Infans conceptus*", existence physique et existence juridique », *Rev. hist. droit* 1994, p. 499 et s.

¹ G. Cornu, op. cit. note n°4 p. 16.

² G. Cornu, op. cit. n° 11 p. 24.

³ G. Cornu, op. cit. n°8, p. 17.

⁴ J.-L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, PUF, 1987, p. 206

⁵ Pour un commentaire, voir G. Mémeteau, « Le Comité consultatif national d'éthique et l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Colloque National Des Juristes Catholiques, éd. Téqui, p. 67 et s.

embryonnaire au stade fœtal, le terme d'embryon sera seul utilisé »¹. Une analyse plus précise² de l'embryon a toutefois été effectuée dans le rapport scientifique rendu par le CCNE, relatif à l'avis n° 8 du 15 décembre 1986. Dans son acception générale, le terme embryon couvre toute la période s'étendant de l'apparition de la cellule unique, l'œuf, jusqu'à la formation d'un ensemble complexe de cellules, le fœtus³. Cependant, des subdivisions de cette période sont précisées par la pratique scientifique. Ainsi, le terme de « zygote » (ou « œuf segmenté ») est utilisé pour désigner le stade où se font les premières divisions cellulaires, avant l'apparition des deux lignées cellulaires à partir desquelles se formera, d'une part, le « bouton embryonnaire », d'autre part, le futur placenta. Mais est également utilisée la distinction entre le stade préalable à l'implantation dans l'utérus maternel et le stade postérieur à l'implantation. Le terme de « fœtus », quant à lui, est relatif aux stades de développement à partir desquels l'ensemble des principaux organes est constitué, et la « forme générale, caractéristique de l'espèce, acquise »⁴.

Afin de fonder les décisions relatives à l'utilisation des embryons, le Conseil remarque que le terme « embryon » a reçu des définitions variées : néanmoins, « la désignation de limites précises, pour la définition de l'embryon humain, résulte en fait d'une démarche utilitaire qui, à elle seule, ne peut fonder notre représentation du début de la vie d'un être vivant »⁵. Aussi, la définition retenue est-elle la suivante : « le terme embryon désigne tous les stades de développement du zygote, avant le stade fœtal qui est atteint à la huitième semaine de grossesse »⁶.

Quant à la dimension éthique et à sa qualification, dès son premier avis de mai 1984, le Comité écrit : « L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle »⁷. En décembre 1986, le Comité confirme cette définition en affirmant que « cette qualification constitue le fondement du respect dû à l'embryon »⁸. Dès lors, les considérations sur le début de la vie humaine doivent « prévaloir sur les avantages qui pourraient résulter, pour le progrès des connaissances ou l'amélioration des thérapeutiques, d'une réduction à l'état d'objet de la personne humaine »⁹.

¹ CCNE, Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, n° 1, 22 mai 1984, p. 4.

² Par commodité, l'assimilation, privilégiée dans un premier temps, entre embryon et fœtus sera adoptée tout au long de notre étude.

³ CCNE, Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques, n° 8, 15 décembre 1986, p. 16.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem p. 17.

⁶ Idem

⁷ CCNE, Avis n° 1, précit. p. 2.

⁸ CCNE, Avis n°8, précit. p. 3

⁹ Idem.

Il convient de rappeler qu'il ne s'agit pas d'une acception juridique mais bien éthique¹, plus philosophique ou épistémologique que relevant de la dogmatique juridique. Elle se rapproche de la théorie de la personnalité limitée car elle détache l'embryon du monde des choses pour l'apparenter aux personnes : « L'attribution de la personnalité juridique est tout à fait compatible avec la limitation des droits. C'est parce que pendant longtemps la majorité des juristes est restée insensible que la bioéthique a redécouvert la notion de personne potentielle pour qualifier l'embryon humain »².

299. La qualité pleine de personne juridique. Bien que minoritaires, certains auteurs ont soutenu que l'être humain dès la conception, était dotée de la personnalité juridique. Ainsi en est-il, par exemple, de Monsieur Théry qui affirme : « dans la perspective traditionnelle, l'enfant conçu a un statut uniforme tout au long de la grossesse : il le doit à sa qualité de sujet de droit, évidemment toujours égale à elle-même. Pas plus que le droit civil avec l'adage *infans conceptus...*, le droit pénal ne tient compte de son degré de développement »³. Pareillement, M. le professeur Mignon soutient qu'en « définitive, rien ne permet d'attribuer sur le plan éthique une valeur différente à l'enfant né et à l'enfant à naître. La personnalité juridique qui doit être reconnue à ce dernier est la base même de sa protection légale, tant sur le plan civil que sur le plan pénal... »⁴. Enfin M. le professeur Raynaud a pu écrire : « une protection complète de la personnalité de l'enfant voudrait que soit dépassée la fiction pour être affirmée la réalité de la personnalité dès la conception, comme les données scientifiques actuelles le permettraient peut-être. Une telle analyse devrait logiquement et nécessairement conduire à un retour à la condamnation de l'avortement et à la prohibition de toute expérimentation sur le fœtus, qui traitent l'enfant à naître comme une chose »⁵.

Au final, il apparaît clair que la définition doctrinale de la personne dotée de la personnalité juridique repose majoritairement sur une solution classique : la naissance conditionne l'acquisition de la personnalité juridique. Si cette acception a le mérite de reposer sur son ancienneté et une disposition du code civil, il n'en demeure pas moins qu'elle présente le net

¹ Concernant la qualification de « personne potentielle », « le Comité maintient que cette affirmation, fondée en raison, doit être comprise comme l'énoncé d'un concept éthique » (Avis n° 8 du 15 décembre 1986, p. 3). Sur la difficulté d'une transposition de l'éthique au droit, D. Thouvenin, « De l'éthique biomédicale aux lois bioéthiques », *RTD civ.* 1994 p. 717.

² A. Giudicelli, *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers, 1993, p. 68.

³ R. Théry, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231, n° 12

⁴ J. Mignon, « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la loi ? », *Conc. méd.* 25 sept. 1982, p. 5063.

⁵ P. Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988 p. 109, § 19. L'incidente relative à l'interruption volontaire de grossesse ne s'induit pas, toutefois, nécessairement : voir *infra* n° 352.

inconvenient de laisser l'être humain en gestation, et *in vitro*, à l'écart de normes fondamentales. En outre, cela cadre mal avec l'exigence de personnalité juridique que les auteurs reconnaissent à tous les membres de la famille humaine.

§ 2 – Qualification alternative : la personne humaine

300. Genèse. Au-delà de la querelle relative à l'attribution de la personnalité juridique à l'embryon, les évolutions récentes du droit ont amené à se poser la question de savoir s'il ne pouvait exister, à côté de la personnalité juridique, une place en droit pour la personne humaine. Le droit reconnaîtrait-il en la personne humaine, et sans passer par le truchement de la personnalité, un individu disposant de droits sans entrer dans la plénitude que recouvre la personnalité ?

Le droit romain n'appréhendait la notion de personnalité juridique que de « manière ponctuelle dans le cadre d'un rapport mais non en soi »¹. Elle existait en tant que masque permettant aux hommes de jouer un rôle ponctuel dans une relation juridique. Néanmoins, peu à peu la personnalité juridique s'est détachée de la personne concrète, réelle jusqu'à pouvoir être conçue indépendamment de lui : cela amènera la reconnaissance de la personne morale. Cette séparation va avoir pour conséquence une distinction entre deux ordres de personnalité : « l'ordre de la personnalité dont relève la personne humaine concrète, réelle et l'ordre du concept juridique dont relève la personnalité abstraite, juridique »².

La notion de personne humaine apparaît alors au XXème siècle avec les déclarations de droits. Ainsi, en 1945 dans le préambule de la Charte de l'ONU, les peuples des Nations Unies se déclarent résolus à « proclamer à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine » ; en 1966 le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme, en son article 6, que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine ». Cette référence à la personne humaine trouve son explication dans la volonté claire des rédacteurs de fonder ces droits fondamentaux sur une qualité idiosyncrasique des individus et non sur une qualité attribuée par un système juridique. L'idée est que, lorsque les principes reposent sur l'humanité et non une construction abstraite, ils ne dépendent d'une quelconque reconnaissance ou attribution, ce qui leur octroie un caractère universel. Comme l'affirme clairement la Convention américaine relative aux droits de l'homme « les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent

¹ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003, p. 15.

² Idem.

sur les attributs de la personne humaine »¹. Aussi le Pacte international relatif aux droits civils et politiques se réfère-t-il, dans son préambule, aux droits égaux et inaliénables de « tous les membres de la famille humaine » et rappelle que « ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine. Tout ceci est fondé sur le fait que « le droit d'être un homme est une valeur permanente et antérieure à tout acte politique et que les textes internationaux de proclamation ne créent pas les droits de l'homme mais les reconnaissent [...] Partout est perçue cette exigence fondamentale que quelque chose est dû à l'être humain parce qu'il est un être humain »².

301. Modernité de la personne humaine. Ce sont, de nos jours, les textes les plus divers du droit interne qui se réfèrent à cette qualité de personne humaine. Le titre II du livre II du code pénal est intitulé « Des atteintes à la personne humaine ». La circulaire du ministère de la justice, prise à l'occasion de l'entrée en vigueur du code pénal, observe d'ailleurs que « la protection de la personne humaine contre les atteintes de toute nature pouvant lui être portées est l'une des orientations fondamentales du code pénal »³. La loi du 17 juin 1998 introduit dans le code pénal des dispositions ayant pour objet de prévenir et réprimer les atteintes à la dignité de la personne humaine⁴.

Au-delà, la référence à la personne humaine se retrouve dans l'énoncé de certains principes à valeur constitutionnelle : le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994 a affirmé que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »⁵.

Il convient alors de se demander quelle est la portée pratique de ces consécutions de principe puisqu'il est important pour chaque individu de savoir s'il est concerné par ces préceptes, s'il lui est reconnu la qualité de personne humaine. Cela s'avère essentiel si l'être en question, comme un enfant à naître, ne dispose pas de la qualité de personne juridique. Malgré cet enjeu, il est difficile, en pratique, de cerner la notion de personne humaine et l'on peut s'interroger avec M. Andorno : le droit « pourrait-il sérieusement protéger la dignité humaine

¹ Convention américaine relative aux droits de l'homme signée à San José le 22 novembre 1969 dans le cadre de l'organisation des Etats américains.

² F. Sudre, « La déclaration universelle des droits de l'homme » *JCP G*, 1998, actualité p. 2249.

Le doyen Cornu développait une théorie équivalente au regard de la personnalité juridique : voir supra n° 297.

³ Circulaire criminelle 93-9 F1 du 14 mai 1993.

⁴ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

⁵ Décision n° 94-343 -344 du 27 juillet 1994, D. 1995. 237, note Mathieu ; ibid. Somm. 299, obs. Favoreu.

s'il ne savait pas ce qu'est la personne ? »¹. Il semble évident que la protection de la personne, « tâche dont la responsabilité revient principalement au droit, exige comme condition *sine qua non* de sa réalisation que l'on sache de qui on parle »².

Or, comme l'observe Mme Bertrand-Mirkovic, : « La notion de personne humaine est mal délimitée d'une part par rapport à l'existence humaine : tout être humain est-il une personne humaine ? Elle est mal définie d'autre part par rapport à la personnalité juridique : la personne humaine est-elle liée à la personnalité juridique ? »³.

302. Personnes et êtres humains. Les textes sont les premiers à créer une ambiguïté entre personne humaine et être humain. Le préambule de la Constitution de 1946 est à cet égard symptomatique de la confusion : « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». L'article 16 du code civil semble participer de la même équivoque : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Ces notions sont couramment employées en droit sans être précisées l'une par rapport à l'autre. Cela signifie-t-il pour autant qu'elles sont synonymes ? D'où une certaine hésitation⁴ : « depuis qu'une certaine science et une certaine philosophie effacent ses contours, qui prononce, sans hésitation le mot homme ? L'embryon congelé ou le mourant végétatif brouillent un horizon autrefois bien tracé entre la vie et la mort »⁵. L'existence des embryons n'est certes pas une découverte mais le fait

¹ R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse Paris XII, LGDJ, 1996, p. 40.

² Ibidem p. 56.

³ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2004 p. 19.

⁴ Moins hésitant est M. le professeur Christian Atias : « L'être conçu est un être humain. Telle est l'évidence toute simple sur laquelle repose le droit français ! Il n'y a nulle fiction, nulle construction intellectuelle. C'est la réalité qui s'affirme dans les solutions de droit ; celles-ci ne signifient pas que la venue de cet enfant ne suscite jamais de difficultés. Elles affirment que, dans les efforts accomplis pour surmonter ces difficultés, il faut nécessairement partir de l'existence de cet enfant et il faut y revenir sans cesse » (« La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 123). Il ajoute : « Ce qui est clair pour la biologie, pour l'Eglise, comme pour les traditions juridiques et morales les plus fermes, c'est que dès la conception, un être humain est là : il n'est que de le constater et de le respecter. Pour rendre à la réalité l'hommage qui lui est dû, le discours doit s'arrêter : il n'y a rien à ajouter » (ibidem p. 119). « Qui sait que l'enfant conçu est un être humain ne peut croire qu'une loi y puisse jamais rien changer. L'enfant conçu n'est pas un objet de définition, un thème de réflexion pour penseurs irréalistes ; c'est une réalité à constater. Le droit est le reflet de cette réalité-là qui inclut l'être et le devoir-être ; aucune loi ne peut changer ni cette réalité, ni le droit » (p. 120).

⁵ J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, « Produire l'homme, de quel droit ? », *Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987, p. 281.

qu'ils puissent être soumis à des expérimentations, à des manipulations pousse le droit à les appréhender de manière claire et objective¹.

Puisque le droit ne peut se réduire à une création de normes dans la mesure où leur application est au moins aussi importante, on peut légitimement se demander comment les juges peuvent faire usage de normes visant l'être humain ou la personne humaine s'ils ne savent pas qui entre dans ces qualifications. Au demeurant, la distinction personne humaine/personnalité juridique n'est pas plus évidente.

303. Personne humaine et personnalité juridique. Il semble évident que l'apparition de la notion de personnalité juridique a vidé la notion juridique de personne de sa référence à l'humanité des êtres puisque le terme personne désigne juridiquement des êtres humains ainsi que des groupes. Dès lors, si l'on veut distinguer l'être fait d'os et de chair, on a recours, le plus souvent, à l'expression personne physique et non personne humaine. En effet, la référence à la personne humaine renvoie aux qualités intrinsèques de l'être sans référence à la personnalité juridique.

Comme le remarque Mme Bertrand-Mirkovic, « si l'esclavage aujourd'hui existait encore, on dirait des esclaves qu'ils ne sont pas des personnes juridiques et, par conséquent, pas des personnes physiques (au sens juridique du terme) mais qu'ils sont des personnes humaines, qualité qui n'est pas attribuée par le droit »². La proximité terminologique tenant au fait que les deux expressions contiennent le terme « personne » explique sans doute les confusions menant à assimiler ce qui relève de l'humanité et ce qui dépend d'une reconnaissance juridique. Ainsi, concernant le fœtus, on affirmera que le fœtus n'est pas une personne car il n'a pas de personnalité juridique et que comme il n'est pas une personne, l'atteinte à sa vie ne relève pas des atteintes à la personne humaine.

Néanmoins, il est vrai qu'il peut sembler délicat, *a priori*, de reconnaître un statut juridique à la personne humaine à côté de la personnalité juridique. Le masque de la personnalité n'a été inventé que pour permettre à certains êtres d'intervenir sur la scène du droit. Dans la mesure où la personnalité n'est pas limitée à un cadre aussi restrictif que celui posé par le droit civil³, sans doute est-il intéressant de se pencher sur la nécessité de découvrir en dehors de la

¹ Or, « comment légiférer et espérer poser des normes adéquates sur l'embryon sans savoir ce qu'il est ? » : A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003, p. 21.

² A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2004 p. 23. Cette approche est confirmée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 8 février 1839 affirmant : « en tout cas, la loi organique du 24 avril 1833, et l'ordonnance royale du 4 août, même année, ont formellement rangé les esclaves dans la classe des personnes, et leur ont reconnu un état civil », *Sirey* 1839.613.

³ V. 328 et s., spéc. n° 339.

personnalité des « existants juridiques ». Jusqu'à une époque récente, les seuls individus pour lesquels la qualité de personne était intéressante étaient également titulaires de la personnalité juridique. Dès lors, l'occasion d'invoquer au profit des enfants à naître les règles protectrices de la personne humaine ne se présentait pas. Leur statut était réglé par quelques règles particulières : en droit pénal, la répression de l'avortement protégeait leur vie, en droit civil la règle *infans conceptus pro nato habetur* leurs intérêts : « On a donc pris l'habitude de se contenter d'une notion juridique de personne entendue comme désignant l'être humain sujet de droit »¹. Toutefois en assimilant le sujet de droit à l'être pourvu de la personnalité juridique, l'on en est venu à exclure de la scène juridique les êtres auxquels on refuse classiquement une telle qualité. Cette orientation suffit à régler la situation juridique de l'enfant conçu qui plus tard naîtra vivant et viable. Elle est cependant impuissante à l'égard de l'enfant conçu qui ne naîtra malheureusement pas, ou qui ne naîtra pas vivant et viable².

A l'évidence le flou inhérent à la qualification des personnes est intimement lié au refus législatif de qualifier l'embryon et de prendre clairement parti sur la définition de la personne en droit.

Section 2 – Le flou normatif : le régime juridique de l'embryon

304. La norme législative est ici le premier reflet d'un droit hésitant sur la question de l'embryon et du fœtus. Profondément marqué par la légalisation sur l'interruption volontaire de grossesse et par la volonté de ne pas remettre en cause cet « acquis », le législateur est resté très prudent lors des votes des lois « bioéthique » en 1994 et 2004, préférant adopter un régime juridique sans se prononcer explicitement sur la nature de cet être (§ 1). De son côté, le juge conventionnel a pareillement montré un certain embarras lorsqu'il fut amené à se prononcer sur la possibilité d'octroyer le bénéfice de l'article 2 de la Convention européenne à l'embryon : fut alors choisi de ne pas expressément se prononcer (§ 2), confirmant ainsi le flou normatif interne.

§ 1 – La loi et l'embryon

¹ Ibidem p. 25.

² M. Labée ose alors poser la question : « Faut-il accepter que les êtres humains soient protégés à un autre titre que celui du droit des personnes, au motif qu'ils ne sont pas encore nés. Notre millénaire peut-il se terminer sur une vision aussi réductrice ? » : X. Labée, note sous TGI Lille, 13 février 1998, D. 1998, p. 177.

305. De prime abord, il est facile de constater que l'ensemble normatif en la matière est confus puisqu'il est impossible de déduire des textes positifs un régime juridique unifié de l'embryon : si certaines règles semblent faire de l'embryon un être humain, d'autres s'y refusent plus ou moins explicitement.

Les dispositions essentielles en la matière sont contenues dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse dont les dispositions sont reprises aux articles L. 2211-1 et suivants du code de la santé publique, et dans les lois bioéthiques de 1994 et de 2004.

306. Dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi 75-17 du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, il est clair que pour le droit positif l'enfant conçu est un être humain. En effet, l'atteinte à la vie d'un embryon est incriminée au titre des atteintes à la personne¹ sous la qualification d'avortement ; la seule exception résidait alors dans la concurrence entre la vie de la mère et celle de l'enfant. Seule la vie d'une autre personne bien particulière, la mère, justifie une atteinte à la vie de l'enfant, ce qui n'est rien de moins qu'une consécration légale et à titre spécial de l'état de nécessité. La loi affirme, en son article premier, qu'elle garantit « le respect de tout être humain dès le commencement de la vie » et qu'il « ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ». L'éventuelle atteinte à l'intégrité de l'embryon est donc clairement posée comme une exception au principe du respect de la vie de l'embryon. Bien que la loi permette, sous certaines conditions, de pouvoir détruire un embryon elle ne refuse pas à l'enfant à naître la qualité d'être humain. Cette lecture logique du premier article de la loi de 1975 est d'ailleurs confirmée par le Conseil d'Etat lorsqu'il affirme que « la loi a d'abord affirmé le principe de l'assimilation du fœtus à un être humain [...] ». Toutefois elle s'est placée dans une logique de mise en balance de ce droit avec la prise en compte de la situation de détresse de la mère et des dangers que celle-ci peut encourir². Le choix fait en faveur de l'IVG est fondé sur la prévalence des intérêts de la mère plutôt que sur ceux de l'embryon sans que ceci vienne remettre en cause la qualité d'être humain attribuée par

¹ L'ancien article 317 du code pénal était ainsi situé aux Titre II – Crimes et délits contre les particuliers, Chapitre 1^{er} - Crimes et délits contre les personnes, section 2^{ème} - Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, et autres crimes et délits volontaires.

² *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Conseil d'Etat – Section du rapport et des études, remis à Lionel Jospin en novembre 1999, La documentation française, Coll. « Etudes du Conseil d'Etat », p. 18.

la loi à l'enfant à naître. Avant l'expiration des douze semaines¹, l'embryon reste un être humain dont les intérêts sont écartés au profit de la mère en détresse².

Cette démarche est identique dans le code de la santé publique. L'article L. 2211-1 de ce code reprend le principe posé à l'article 16 du code civil du principe du respect de tout être humain dès la conception. Il ne peut être porté atteinte à ce principe que dans les cas et conditions prévus par la loi. Ainsi, est-il est clair que « la loi de 1975 n'introduit pas de contradiction dans le concept d'être humain »³.

Certains auteurs ont néanmoins refusé d'accorder à l'article 1^{er} de la loi de 1975 la valeur de principe tant les dispositions qui suivaient y portaient atteinte⁴. L'argument semble excessif tant l'interruption de grossesse est encadrée par le code de la santé publique. Les articles L. 2212-1 à L. 2212-11, au-delà de la procédure à suivre, prévoient un délai de douze semaines ; la femme doit en outre se trouver dans un état de détresse ; l'intervention, obligatoirement pratiquée par un médecin, ne peut avoir lieu que dans « un établissement de santé public ou privé, ou dans le cadre d'une convention conclue entre le praticien ou un centre de planification ou d'éducation familiale ou un centre de santé et un tel établissement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat⁵ ». Le non-respect de ces exigences légales peut faire l'objet de poursuites pénales comme le prévoient les articles L. 2222-1 à L. 2222-4. Quant à l'interruption de grossesse pour motif médical, il est désormais prévu à l'article 2213-1 CSP qu'elle « peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

Cela étant, depuis 1975, la question de la nature de l'embryon est faussée car toute proposition de loi considérée comme favorable à l'embryon est perçue comme une remise en cause de la loi autorisant l'IVG. Ceci explique que de nombreux textes prennent le soin d'affirmer de manière liminaire que les nouvelles dispositions ne remettent nullement en cause les acquis de la loi de 1975⁶. Par suite, lors de la signature à New York le 26 janvier 1990 de la

¹ Depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

² Comme Bernard Teyssié l'a démontré (supra n° 296), l'individu non-né, comme l'individu né, peut voir son droit à la vie écarté par le droit. Faire exception au principe ne signifie pas que le principe disparaît.

³ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003 p. 60.

⁴ Notamment, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes – Les incapables*, Def., 3^{ème} éd., janvier 2007, n° 4, p. 10 ; Ph. Malaurie, « L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) », art. précit. Plus nuancés, les professeurs Terré et Fenouillet préfèrent voir pendant les douze premières semaines une période où le fœtus n'est pas, au sens du droit, un être humain dont le respect est garanti légalement : voir supra n° 293.

⁵ Art. L. 2212-2 CSP.

⁶ Voir, en matière pénale, les méandres de l'amendement Garraud, infra n° 327 et 358.

Convention relative aux droits de l'enfant, la France a pris le soin d'émettre une réserve interprétative selon laquelle cette Convention ne saurait être interprétée comme un obstacle à l'application des dispositions de la législation interne sur l'IVG¹. Avant le vote des lois bioéthiques en 1994, le Conseil d'Etat conseilla au législateur de distinguer l'embryon *in vitro* de l'embryon implanté pour ne pas heurter la loi sur l'IVG².

307. Réception judiciaire de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1975. L'avortement pendant les douze³ premières semaines en cas de détresse de la mère, et sans délai pour l'avortement thérapeutique, constitue ainsi, aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 1975 sur l'IVG, une exception au principe selon lequel « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie ». De manière très logique, s'il est prévu une exception au principe pendant les douze premières semaines, l'enfant à naître devrait relever du principe au-delà des douze premières semaines⁴, sans quoi il serait inutile, voire absurde de prévoir une exception à leur rencontre. Partant, il est possible de conclure, qu'au sens de la loi de 1975, l'enfant à naître est un être humain⁵.

Le caractère exceptionnel⁶ du recours à l'avortement est d'ailleurs mis en exergue par toutes les juridictions. Le Conseil constitutionnel, dans sa célèbre décision « IVG » du 15 janvier 1975, remarque que « la loi n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit »⁷ ; affirmation reprise plusieurs fois par la Cour de cassation⁸.

Tirant toutes les conclusions d'une telle affirmation, la Cour d'appel de Toulouse a ainsi pu affirmer que « l'enfant à naître est juridiquement protégé en dépit de l'atteinte que le législateur a estimé opportun de lui porter par la législation sur l'avortement »⁹. Cette position fut adoptée par la Cour d'appel de Lyon qui jugea que « sous réserve des dispositions relatives à

¹ Réserve suivant le texte de la Convention publiée par le décret n° 90-917.

² *De l'éthique au droit*, étude du Conseil d'Etat sous la direction de Guy Braibant, la Documentation française, coll. Etudes du Conseil d'Etat, 1988, p. 83. Les débats parlementaires retranscrivent cette volonté manifeste de ne pas aller à l'encontre des principes acquis en matière d'avortement par la loi de 1975 sur l'IVG. Ainsi Mme Roudy précisa lors des débats parlementaires que « ce principe [le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie] ne doit pas remettre en cause la loi Veil » (Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 20 novembre 1992, JOAN, 1992, CR, p. 5835).

³ Depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001.

⁴ Sauf le cas spécial de l'interruption thérapeutique.

⁵ Pour une opinion identique, voir A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003, p. 96.

⁶ Au premier sens du terme.

⁷ Décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, D. 1975. 529, note L. Hamon.

⁸ Crim. 2 avril 1997, Gaz. Pal. 1997. 2, chron. crim. 161 ; Crim. 5 mai 1997, Bull. crim. n°158, RSC 1998 p. 117, obs. Delmas Saint-Hilaire.

⁹ CA Toulouse 21 septembre 1987, JCP G 1988.II.21036.

l'interruption volontaire de grossesse et de celles relatives à l'interruption thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé qu'il naisse viable »¹. Dans la même verve, le Tribunal de grande instance de Paris rappelle que la loi impose à la femme de recevoir d'un organisme agréé une consultation « en vue notamment de permettre à cette femme de garder son enfant, formulation qui implique que, puisque l'on ne peut garder que ce que l'on possède, ledit fœtus ait déjà la qualité d'enfant »².

Il en résulte pour les juges qu'il est évident que l'enfant à naître est un être humain au sens de la loi de 1975. Concernant les embryons *in vitro*, à l'inverse, la Cour de cassation considère que l'article 1^{er} de la loi de 1975 ne saurait leur être appliqué : « la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, n'est pas applicable dans le cas de refus de l'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse »³. Or, l'article 1^{er} de la loi de 1975 ne précise pas que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie *in utero*⁴. L'arrêt de la Cour de cassation tend donc à affirmer que l'embryon *in vitro* n'est pas concerné par le principe car cette entité n'entre pas dans son champ d'application : « c'est donc que la condition pour être concerné, la qualité d'être humain, lui fait défaut »⁵. Or une telle affirmation pose problème dans la mesure où elle sous-tend que l'embryon est *in utero* humain et qu'il perd cette qualité une fois séparé du sein de sa mère. Aussi aurait-il été plus judicieux de fonder le refus du transfert d'embryon sur la loi elle-même. En effet cette dernière dispose que l'on peut porter atteinte à l'embryon dans les cas prévus par la loi. La loi de 1994 prévoit la destruction d'embryons si le transfert n'est plus réalisable dans une famille constituée⁶. Le Conseil constitutionnel a néanmoins validé antérieurement une telle optique : dans le cadre du contrôle des lois bioéthiques de 1994, il n'a pas, en effet, reproché au législateur d'avoir « estimé que le principe du respect de tout être

¹ CA Lyon 13 mars 1997, D. 1997. 557, note Serverin ; JCP 1997. II. 22955, note Fauré ; Dr. pénal 1997. Chron. 22, obs. Puigelier ; Def. 1997, art. 36578, p. 640, note Malaurie.

² TGI Paris 4 juillet 1995, Gaz Pal 1998 somm. p. 223.

³ Civ 1^{ère} 9 janvier 1996, D. 1996.376 note Fr. Dreifus-Neitter, Defrénois 1996 art 36300, obs. J. Massip, RTD civ 1996 p. 59, obs. J. Hauser

⁴ Sauf à considérer que la nidation fait la vie, donc l'être humain : « L'ovocyte humain fécondé *in vitro* est devenu un être humain éventuel qui ne pourra devenir un être réel que si les conditions nécessaires sont réalisables et effectivement réalisées. Tant que ces éventualités ne se sont pas produites, il n'existe pas réellement en tant qu'être humain et ne peut donc être sujet de droit. En revanche, après son introduction dans un utérus et sa nidation dans la muqueuse utérine, un nouvel être humain potentiel a été conçu. Il réunit les éléments et il est placé dans les conditions nécessaires pour donner la vie à un nouveau-né. Le commencement de sa vie se situe exactement au moment du début de sa gestation. Dès lors, l'embryon est un sujet de droit à qui sont dus dignité et respect » : J.-S. Cayla, « L'état des oeufs humains fécondés *in vitro* et ses conséquences sur leur destination et sur celle des cellules souches obtenues par leur culture en laboratoire », RDSS, 2001, p. 43.

⁵ A. Bertrand-Mirkovic, op. cit. p. 98.

⁶ Pour la validation européenne, voir CEDH « Evans c/ Royaume-Uni », 10 avr. 2007, infra n° 310.

humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable »¹. Or, ce n'est pas parce qu'ils ne sont pas des êtres humains que l'on peut les détruire mais bien car le législateur en a décidé ainsi.

Il est donc possible d'affirmer que, hors l'appréhension judiciaire de l'embryon *in vitro*, le statut de l'embryon est, au sens de la loi de 1975, clair : il s'agit à tout le moins d'un être humain.

308. Les lois bioéthiques de 1994². Ce sont les lois du 29 juillet 1994 relatives au respect du corps humain, et relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal qui semblent, à vrai dire, avoir apporté la confusion. Certaines dispositions sont difficilement justifiables si on part du postulat que l'embryon est un être humain, d'autres au contraire apparaissent superfétatoires si l'on part de ce postulat.

De manière purement formelle, à la lecture du livre V du code pénal, il apparaît que la protection de l'embryon humain ne se fait pas à travers celle du corps humain concernant l'obtention et utilisation des produits et organes³. Il s'agit sans doute d'un indice en faveur de la reconnaissance de la qualité d'être humain de l'embryon. En outre l'article L. 2148-8 du code de la santé publique prévoyant les recherches sur l'embryon interdit formellement toute recherche sur un embryon n'ayant pas été conçu à cet effet sauf, à titre exceptionnel, avec accord des parents. L'alinéa 4 précise que « ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon ». L'on ne saurait expliquer ces précautions législatives si l'embryon n'était pas un être humain dans la mesure où l'expérimentation est libre sur les produits du corps humain. Au surplus, il est aisé de remarquer que l'expérimentation sur l'embryon est plus strictement encadrée que les expérimentations sur les êtres humains en général. Elles deviennent plus strictes à mesure que l'état de faiblesse de la personne est caractérisé. Ainsi, la recherche sans bénéfice direct est interdite sur les incapables en vertu de l'article L. 1121-6 du code de la

¹ Conseil constitutionnel, Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 « Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », Recueil, p. 100. RJC, p. I-592. Publiée au Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024, considérant n°9.

Pour une sévère mais juste critique du Conseil, voir B. Edelman « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205 : « Ces différents « considérants », il faut le dire avec toute la brutalité nécessaire, sont proprement inadmissibles : contre la volonté du législateur, le Conseil constitutionnel a créé une sous-catégorie d'êtres humains, ressuscitant ainsi une forme inédite d'esclavage. En premier lieu, si le respect est le signe distinctif de tout être humain - comme la dignité est le signe de la personne - un être humain qui ne mérite plus le respect est chassé de l'humanité. Il est un paria ».

² V. G. Mémeteau, « L'embryon législatif », *D.* 1994, chron. 355

³ L'embryon est protégé au titre d'une section spéciale intitulée « De la protection de l'embryon humain ».

santé publique. L'on peut également relever que la loi ne parle pas de don d'embryon mais d'accueil, à la différence des gamètes.

Cependant une disposition de la loi vient faire obstacle à cette qualification de l'embryon puisque la loi autorise la destruction des embryons surnuméraires au bout de cinq ans. La survie des embryons *extra utero* est en effet soumise à deux conditions : la persistance d'un projet parental les concernant et une conservation maximale de cinq ans. Or, la destruction automatique heurte de plein fouet le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie. Ceci peut s'expliquer de deux manières : soit l'on considère que ce principe ne s'applique pas aux embryons *in vitro*, ce qui tend à leur dénier la qualité d'être humain. Soit l'on soutient que, « bien que toujours qualifiés d'êtres humains, ces embryons appartiennent à une catégorie d'êtres humains inférieure non seulement sans droits, mais sans respect en l'espèce »¹.

Le rapport d'information relatif à la première² révision des lois bioéthiques met en perspective cette malfaçon : « le compromis atteint par le législateur en 1994 traduit, par son ambiguïté, les controverses suscitées à l'époque autour de la question du statut et de la protection adéquate de l'embryon »³.

309. Le Conseil constitutionnel et les lois bioéthiques de 1994. L'article 16 du code civil, tel qu'issu des lois de 1994, dispose que la « loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »⁴. Cette disposition d'ordre public⁵ a un caractère général et pose « un principe inspirant le droit français dans son ensemble »⁶. La question qui s'est alors posée au Conseil constitutionnel fut de déterminer si l'enfant à naître relève de ce respect. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette question dans sa décision « Lois bioéthiques » du 27 juillet 1994⁷.

Concernant tout d'abord le droit à la vie, au regard de la destruction des embryons surnuméraires, le Conseil soutient que le législateur « n'a pas considéré que devait être assurée la

¹ J-F Niort, op. cit p. 472.

² Le processus de seconde révision est officiellement à l'ordre du jour en vertu d'une communication au Conseil des ministres du 16 juillet 2008 par Mme la ministre Roselyne Bachelot. Le 22 juillet, par la voie d'un communiqué de presse, l'Assemblée nationale annonçait la constitution d'une mission d'information parlementaire sur la révision des lois bioéthiques présidée par M. Alain Claeys.

³ A. Claeys, *Rapport d'information déposé par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994*, document Assemblée nationale n° 3208, 27 juin 2001, p. 114.

⁴ Disposition reprise à l'identique par l'article L. 2211-1 du code de la santé publique.

⁵ CA Lyon 13 mars 1997, D. 1997 p.557 note E. Serverin ; Def. 1997 art 36578, note Malaurie.

⁶ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2003, p. 100.

⁷ Décision n° 94-343-3444 DC du 27 juillet 1994, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, L. Favoreu et L. Philip, Dalloz 2001 p. 305.

conservation en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ». Or, « si le respect est le signe distinctif de tout être humain [...] un être humain qui ne mérite plus le respect est chassé de l'humanité »¹. L'on pourrait également voir dans ce considérant la mise en œuvre d'une exception au principe de respect prévu par la loi, sans qu'une telle prise de position ne soit appréhendée telle une déchéance légale d'humanité².

Quant à la violation du droit à la vie par les dispositions relatives aux diagnostics prénatal et préimplantatoire, le Conseil examine séparément les deux griefs.

Le diagnostic prénatal ayant pour objectif de détecter *in utero* chez l'embryon une affection d'une particulière gravité³, le Conseil examine au fond la compatibilité de cette pratique avec le droit à la vie. Il remarque que « l'article L. 162-16 qui concerne le diagnostic prénatal *in utero* n'autorise aucun cas nouveau d'interruption de grossesse », donc le droit à la vie n'est pas violé. On peut en conclure que « le principe concerne bien les embryons *in utero*, ce qui signifie qu'ils entrent dans la définition de l'être humain »⁴. Repris à l'article L. 2211-1 du code de la santé publique, le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ne saurait connaître d'exceptions qu'en cas de nécessité et selon les conditions fixées par la loi : l'interruption volontaire de grossesse et l'interruption thérapeutique. Le principe concerne logiquement l'entité objet de l'exception de la même manière que le fait l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975. L'enfant *in utero* est donc bel et bien un être humain.

En ce qui concerne le diagnostic préimplantatoire, le Conseil n'examine pas le grief au fond car il est effectué sur des embryons *in vitro* qui, selon lui, ne sont pas concernés par le principe posé à l'article 16.

Au final, le Conseil fait donc la distinction entre les embryons *in utero*, êtres humains, et les embryons *in vitro*, non considérés comme des êtres humains. La notion d'être humain au regard de la décision du Conseil est donc confuse car elle repose sur une séparation du sein de la mère sans qu'une telle distinction de qualification ne soit explicitement posée par le législateur.

L'espoir placé dans la réforme des lois de bioéthique de 1994 fut dès lors de courte durée puisque le législateur continua à légiférer dans le domaine embryonnaire sans prendre parti sur la nature de l'embryon.

¹ B. Edelman « Le Conseil constitutionnel et l'embryon » *D.* 1995 p.207.

² Comme le fait également la Cour de cassation, *infra* n° 327 et s.

³ Article L. 162-16.

⁴ A. Bertrand-Mirkovic, *op. cit.* p. 101.

310. La loi bioéthique de 2004 : PMA et diagnostic préimplantatoire. Dans le cadre du vote de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004¹, « la procréation et l'embryologie constituent, sans nul doute possible, le terrain sur lequel les problèmes posés étaient les plus aigus »². Concernant la procréation médicalement assistée avec conservation d'embryons dans l'intention de réaliser ultérieurement le projet parental du couple³, désormais, une information concernant le devenir de ces embryons devra être remise au couple qui sera, en outre, consulté chaque année sur le maintien de son projet parental⁴. Si le projet du couple est maintenu, les embryons seront implantés, mais une nouvelle tentative de fécondation *in vitro* ne pourra être réalisée avant le transfert de tous les embryons conservés⁵. Si au moins un membre du couple ne répond pas à plusieurs reprises aux consultations annuelles, les embryons sont détruits au bout de cinq ans⁶. Il en va de même si l'homme et la femme expriment leur désaccord quant au devenir des embryons⁷, impossibilité d'implantation qui a d'ailleurs été validée par la Cour européenne des droits de l'homme⁸. Enfin, en cas de disparition du projet parental, les membres du couple⁹ consentent à l'une des trois solutions prévues par l'article L. 2141-4, alinéa 2, du code de la santé publique : l'accueil par un autre couple¹⁰ ; l'abandon à la recherche ; la destruction.

¹ F. Bellivier, chron. lég. RTD civ. 2004. 787. ; P. Egéa, RJPF 2004-9/11 ; J.-C. Galoux, D. 2004 p. 2379 ; V. Pecresse, LPA 1er juill. 2004 ; D. Thouvenin, D. 2005. Chron. 116 et 172 ; Dossier RDSS 2005. 183 (la révision des lois bioéthiques).

² J.-R. Binet, « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Droit de la famille* n° 12, décembre 2004, Etude 28.

³ C. santé publ., art. L. 2141-3. - L. n° 2004-800, art. 24, I, 3°.

⁴ C. santé publ., art. L. 2141-4, al. 1. - L. n° 2004-800, art. 24, I, 4°.

⁵ Sauf « problème de qualité » : C. santé publ., art. L. 2141-3.

⁶ C. santé publ., art. L. 2141-4, al. 3. - L. n° 2004-800, art. 24, I, 4°.

⁷ C. santé publ., art. L. 2141-4, al. 3. - L. n° 2004-800, art. 24, I, 4°.

⁸ La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, eu à se prononcer sur le refus du droit anglais d'autoriser le transfert d'embryon en cas de disparition du projet parental, en l'espèce, l'absence de consentement de l'ex-compagnon (CEDH « Evans c/ Royaume-Uni », 10 avr. 2007, n° 6339/05, D. 2007. AJ. 1202, obs. C. Delaporte-Carré ; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud, et 545, obs. J. Hauser ; RDSS 2008 p. 1435 note Galloux ; 1ère instance, CEDH 7 mars 2006, D. 2007. Pan. 1102, spéc. 1108). La Grande chambre confirme la décision précédente : « en l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine ». Quant au choix entre le droit de la femme à recueillir les embryons et à son ex-compagnon de renoncer à la paternité, la Grande chambre partage l'opinion des premiers juges, en estimant qu'une question aussi délicate relève de la libre appréciation des Etats. Comme l'observe le professeur Galloux (art. précit.), « est-il admissible pour les questions les plus fondamentales de la biomédecine, de déléguer aux Etats une marge d'appréciation aussi large ? ». L'on sait toutefois que la Cour préfère se retrancher derrière cette marge d'appréciation dès que le champ de l'article 2 vient à être discuté quant au commencement du droit à la vie : CEDH, 8 juillet 2004, « Vo c/. France », voir infra n° 334 et s.

⁹ Ou le membre survivant si le projet disparaît en raison du décès de l'un d'eux.

¹⁰ Les embryons non accueillis au bout de cinq ans sont détruits : C. santé publ., art. L. 2141-4, al. 5. - L. n° 2004-800, art. 24, I, 4°.

La loi relative à la bioéthique apporte également d'importantes modifications au régime du diagnostic prénatal¹ en élargissant son champ d'application. Si depuis 1994, ce diagnostic n'est possible que lorsqu'il existe une forte probabilité que les parents donnent naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic², la loi du 6 août 2004 crée deux nouvelles indications : « une indication destinée à éviter une naissance et une indication destinée à favoriser une naissance »³.

Le diagnostic peut ainsi être réalisé dans l'hypothèse où l'un des parents aurait des ascendants immédiats victimes d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital⁴.

Le diagnostic peut également avoir pour seconde finalité ce que l'on appelle le « bébé médicament » ou encore le « bébé du double espoir ». Il peut, en effet, être autorisé, à titre expérimental et sous contrôle de l'Agence de la biomédecine⁵ lorsque trois conditions sont réunies : le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ; il faut, en outre, que le pronostic vital de cet enfant puisse être amélioré, de façon décisive, par l'application d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon ; enfin, le diagnostic doit avoir pour seuls objectifs de rechercher la maladie génétique et les moyens de la traiter⁶.

Il s'agit ici, concrètement, de sélectionner un embryon dans le but de faire naître un enfant compatible pour un don d'éléments ou de produits du corps humain à un enfant déjà né et atteint d'une maladie grave.

Il est évident, que ce faisant, « le législateur franchit indubitablement un pas de plus dans le sens de l'instrumentalisation de la vie humaine »⁷. Prenant conscience de cette dérive et des risques qu'elle suscite, le législateur a exprimé le souhait lors des débats qu'il faudrait toujours s'assurer que les parents du premier enfant malade ont d'abord la volonté d'avoir un autre enfant

¹ Il convient d'observer que, désormais, la consultation qui doit obligatoirement précéder le diagnostic ne porte plus seulement sur le conseil génétique, mais doit être adaptée à l'affection recherchée : C. santé publ., art. L. 2131-1. - L. n° 2004-800, art. 23, 1°, a.

² C. santé publ., art. L. 2131-4.

³ J.-R. Binet, art. précit.

⁴ C. santé publ., art. L. 2131-4, al. 3. - L. n° 2004-800, art. 23, 4°

⁵ La création de l'Agence de la biomédecine résulte de cette même loi du 6 août 2004 : il s'agit d'un établissement public administratif de l'Etat qui reprend les missions de l'Etablissement français des Greffes, mais qui assure également des missions d'évaluation, de suivi et de contrôle dans les domaines de la procréation, l'embryologie et la génétique humaines : C. santé publ., art. L. 1418-1 à L. 1418-8.

⁶ C. santé publ., art. L. 2131-4-1, L. n° 2004-800, art. 23, 6°.

⁷ J.-R. Binet, art. précit.

et, ensuite, la volonté de soigner le premier¹. Le deuxième bébé ne doit pas être primitivement un bébé-médicament, mais, avant tout, un bébé du double espoir. Si l'Agence de la biomédecine² a pour mission de délivrer les autorisations³, on peut légitimement douter qu'un tel contrôle puisse être exercé.

311. Loi de 2004 : la recherche sur l'embryon. La loi du 6 août 2004 détermine également le régime juridique de l'utilisation diagnostique, thérapeutique ou scientifique des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux prélevés à l'issue d'une interruption de grossesse⁴. Si ces utilisations ne sont possibles qu'avec le consentement de la femme, donné par écrit après que sa décision d'interrompre sa grossesse a été prise et après information appropriée, le contrôle de l'Agence de la biomédecine est en outre prévu pour les utilisations scientifiques.

Surtout, la loi relative à la bioéthique encadre les recherches portant sur l'embryon humain *in vitro* et ses cellules en réaffirmant le principe d'interdiction mais en prévoyant également des possibilités dérogatoires de conduire ces recherches. S'y ajoute un régime transitoire.

Dans la lignée du vote de la loi bioéthique de 1994, les parlementaires ont prolongé le consensus selon lequel il convenait de ne pas se prononcer sur la nature juridique de l'embryon. Seule fut prise en considération la réalité scientifique : l'embryon est le début de la vie humaine. M. le sénateur Chérioux résuma ainsi la position du législateur : « Dans son ensemble, le monde scientifique [...] admet que l'embryon humain ne peut être considéré comme une chose, que, à l'évidence, un embryon est le début d'une vie d'homme et que, à ce titre, il mérite le respect. Pour ces raisons, il n'est pas utile de définir un statut juridique de l'embryon. Il suffit simplement de reconnaître la réalité »⁵.

Néanmoins, une fois encore, les parlementaires étaient amenés à se prononcer sur les conséquences de cette réalité pour décider du maintien ou de la remise en cause du principe d'interdiction des recherches sur l'embryon⁶.

¹ Le Comité national d'éthique, dans son avis n° 72 du 4 juillet 2002, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, avait conseillé une telle hiérarchisation des volontés pour rendre le diagnostic tolérable : « permettre qu'un enfant désiré représente de plus un espoir de guérison pour son aîné est un objectif acceptable s'il est second ».

² La procédure est régie par l'article R. 2131-26-1 du code de la santé publique issu du décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006 (v. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, « Droits et libertés corporels, janvier 2006 - décembre 2006 », *D.* 2007 p. 1102).

³ C. santé publ., art. L. 2131-4-1, al. 6. - L. n° 2004-800, art. 23, 6°.

⁴ C. santé publ., art. L. 1241-5 - L. n° 2004-800, art. 27.

⁵ JO Sénat CR, séance 30 janv. 2003.

⁶ Sur l'étendue de ces arguments, voir R. Binet, art. précit.

Remarquable est l'avis de M. Mattei, alors député : malgré le besoin des chercheurs de travailler sur les cellules souches embryonnaires, il fit observer que cette nécessité n'était que ponctuelle et que cela ne justifiait pas la méconnaissance d'un principe aussi ancien et fondamental que la protection de la vie dès ses débuts. Il pensait en outre qu'« il serait à l'honneur de la France de mettre en œuvre tous les moyens de recherche sur les cellules souches d'origine adulte afin d'être dans le wagon de tête sur ce sujet plutôt que de se glisser dans le fourgon de queue dans la recherche sur les cellules embryonnaires »¹.

Une conception intermédiaire fut retenue à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique : l'interdiction de la recherche fut maintenue mais fut concédée, à titre exceptionnel, la possibilité temporaire de mener des recherches pour évaluer les potentialités thérapeutiques des cellules souches embryonnaires. Comme le résume M. Mattei, le nouvel encadrement de la recherche sur l'embryon est un régime à trois dimensions : « L'interdit fondateur, les études et, par dérogation, les recherches sur les cellules souches embryonnaires »².

Ainsi la loi n'autorise-t-elle les recherches que sur les embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental : il s'agit des embryons surnuméraires conçus dans le cadre d'une technique d'assistance médicale à la procréation initialement conservés par cryogénisation aux fins d'implantation utérine ultérieure³. Il est évidemment prévu que les embryons utilisés à fins de recherche ne pourront pas faire l'objet d'une implantation ultérieure⁴.

Cette possibilité de recherche sur les cellules souches embryonnaires s'intègre dans un processus de comparaison avec les cellules souches adultes, celles-ci ayant, déjà à l'époque montré des résultats encourageants. Bien que cette voie fût privilégiée par le gouvernement⁵, il apparut raisonnable de ne pas écarter l'éventualité que les cellules souches embryonnaires donnent de meilleurs résultats. Dès lors, à compter de la publication du décret en Conseil d'État

¹ JOAN CR, 3e séance, 15 janv. 2002.

² JO Sénat CR, séance 30 janv. 2003.

³ C. santé publ., art. L. 2151-5, al. 4 : Par conséquent, d'une part les embryons naturellement conçus et développés *in utero* ne sont pas concernés, même s'ils venaient à être expulsés de l'utérus maternel en cours de développement. D'autre part, la conception *in vitro* d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche (C. santé publ., art. L. 2151-2), aussi bien qu'à des fins industrielles ou commerciales (C. santé publ., art. L. 2151-3) ou encore thérapeutique (C. santé publ., art. L. 2151-4), est interdite et pénalement sanctionnée (sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Si cette interdiction n'était pas respectée, la seule existence d'embryons ainsi conçus ne permettrait pas de justifier leur utilisation à fins d'expérimentation.

⁴ C. santé publ., art. L. 2151-5, al. 7. De plus, il sera possible d'effectuer des recherches sur les tissus ou cellules embryonnaires importés à cette fin sur autorisation de l'Agence de la biomédecine s'ils ont été obtenus dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil (C. santé publ., art. L. 2151-6, al. 1er).

⁵ J.-F. Mattei : JO Sénat CR, séance 30 janv. 2003 : « Nous allons développer les recherches sur les cellules souches adultes pour lesquelles le ministère de la recherche et l'INSERM, l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, sont en train de préparer un appel d'offres spécifique. Telle est en effet la voie que nous entendons privilégier ».

devant préciser les conditions d'application de l'article L. 2151-5 du code de la santé publique¹, une période de cinq ans² a commencé à courir pendant laquelle ces recherches seront possibles à deux conditions : l'absence de méthode alternative d'efficacité comparable et la susceptibilité de permettre des progrès thérapeutiques majeurs³.

Formellement, les recherches sur les embryons humains *in vitro* ne faisant plus l'objet d'un projet parental ne peuvent être entreprises qu'à la condition, d'une part que le consentement de ses géniteurs ait été préalablement donné⁴ et, d'autre part, que l'Agence de la biomédecine les ait autorisées⁵ en fonction de la pertinence scientifique du projet de recherche, de ses conditions de mise en œuvre au regard des principes éthiques et de son intérêt pour la santé publique.

Si la finalité de l'embryologie a toujours été la procréation, force est désormais de constater que la loi du 6 août 2004 formule un réel tempérament à ce principe : « L'embryon n'est plus seulement un être humain saisi dans un « projet » parental ou dans une décision maternelle. Il est aussi un objet d'étude et de recherche. Le néologisme « embryologie désigne tout cela à la fois. Il révèle une légère inflexion dans le discours et la logique à l'œuvre dans les lois bioéthique car, pour une partie du dispositif, particulièrement l'expérimentation, l'être humain avant la naissance tend à devenir un moyen sans fin »⁶.

312. Une neutralité illusoire : un choix implicite. Face à la supposée impossibilité de définir ce qu'est la personne humaine, la plupart des intervenants s'accorde sur la non nécessité de se prononcer. Toutefois, en affirmant qu'un tel choix relève de la conscience de chacun, on peut objecter que « si cela était le cas, on ne verrait plus alors quel serait le rôle du droit dans la société »⁷. Il apparaît clair que refuser de choisir revient surtout à laisser choisir un autre intervenant, donc à faire un choix. L'on ne peut douter que « l'élaboration comme l'application

¹ Décret n° 2006-121 du 6 février 2006 (JO 7 févr.)

² Néanmoins, l'article L. 2151-5 CSP prévoit que les recherches qui n'auront pas pu être menées à leur terme dans le cadre de leur protocole d'autorisation pourront être poursuivies dans le respect des conditions prévues par la loi. En outre, un régime transitoire permettait aux chercheurs de présenter leurs demandes d'autorisation de recherches sur des cellules souches embryonnaires importées (L. n° 2004-800, art. 37, II).

³ C. santé publ., art. L. 2151-5, al. 3.

⁴ C. santé publ. art. L. 2151-5, al. 4 : les personnes appelées à donner leur consentement doivent avoir été informées des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Ce consentement qui doit en principe être confirmé à l'expiration d'un délai de réflexion de trois mois, est révocable à tout moment et sans motif.

⁵ C. santé publ. art L. 2151-5.

⁶ P. Egéa, « La condition fœtale entre procréation et embryologie, Du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *RDSS* 2005 p. 232.

⁷ R. Andorno, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne », *RIDC* 1994, p. 150.

des normes juridiques obligent le législateur et les juges à qualifier les êtres, c'est-à-dire à se prononcer sur la définition de la personne humaine »¹.

Cette évidence fut mise en avant par le ministre de la santé à l'époque du vote de la première loi bioéthique : « Chacun admet que ce n'est pas à la loi de définir la vie. Il est indéniable pourtant que cette loi reflètera notre conception de l'homme »². M. Andorno avait alors relevé le paradoxe : le législateur « commettrait alors une grave erreur en s'abstenant de définir l'embryon sous prétexte que cela est impossible, ou que cela relève de la philosophie, voire des croyances de chacun. Cette abstention constitue par elle-même un choix ; en fait, dans ce domaine, ne pas choisir équivaut dans la pratique à choisir la réification de la vie humaine : l'embryon sera considéré et traité comme une chose »³.

Il paraît, en effet, étrange d'affirmer qu'on ne prend pas parti sur la nature juridique de l'embryon et d'accepter qu'il puisse être détruit après cinq ans de conservation. En opposant la règle posée à l'article 16 du code civil prévoyant la protection de l'être humain dès le commencement de sa vie et la possibilité de détruire l'embryon au bout de cinq ans, on est mené à conclure que la loi dénie à l'embryon, au moins *in vitro*, le statut d'être humain.

Ce faisant toutes les précautions prises par le législateur pour éviter d'avoir à se prononcer sur la nature juridique de l'embryon apparaissent futiles dans la mesure où abstention signifie approbation de la pratique. En effet, sans réglementation claire en la matière, c'est la pratique qui est approuvée. Il devient alors nécessaire de se prononcer sur le contenu de l'impératif fondant les règles de bonne conduite : « faire semblant de ne pas prendre parti sur la nature de l'embryon est en fait une prise de position, à ceci près qu'elle se passe de justification »⁴. Or le même souci de neutralité mis en exergue par les juges relève, à la vérité, d'une illusion identique.

Une quelconque neutralité judiciaire ne peut en effet être que théorique dans la mesure où les juges sont par nature amenés à trancher des conflits à travers des décisions exprimant forcément un choix sous peine de relever du déni de justice dont l'interdiction est proclamée à l'article 4 du code civil. Ainsi lorsque l'on demande à une juridiction de déterminer si l'article 221-6 du code pénal protège également l'enfant à naître, ou si la Convention européenne des droits de l'homme en son article 2 protégeant le droit à la vie concerne l'embryon, le juge se

¹ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003, p. 53.

² B. Kouchner, 1^{ère} séance du 19 novembre 1992, JOAN, 1992 C.R., p. 5727.

Ph. Malaurie développe une conception identique lorsqu'il affirme : « si l'on peut soutenir que c'est la loi qui définit la personnalité – ce qui est peut-être contestable – c'est sûrement la nature qui décide de la vie ; la loi ne peut dire ce qui est vivant » : « Le respect de la vie en droit civil », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996, p. 436-437.

³ R. Andorno, op. cit. p. 150.

⁴ A. Bertrand-Mirkovic, op. cit. p. 54.

trouve dans la situation où il doit faire un choix et qualifier juridiquement l'embryon. Il est évident que « de telles questions renvoient à ce qu'il y a de plus essentiel pour l'homme et conduisent le juge à s'interroger sur les limites de l'existence de la personne »¹.

Chaque réponse à la question de l'application d'un texte à un enfant à naître revient à qualifier cette entité. Dès lors puisque dans la pratique le droit répond implicitement à la question, pourquoi ne le fait-il pas explicitement ? Cette carence semble pouvoir s'expliquer par le souci de ménager l'avenir et les évolutions des connaissances scientifiques en la matière et donc les libertés afférentes. Ce qui est sous-tendu par cette carence concerne évidemment l'IVG, les procréations médicalement assistées et l'expérimentation sur l'embryon.

Toutefois ce souci ostensible est compromis par l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 dépénalisant l'IVG puisqu'il affirme que l'être dont il permet la destruction est un être humain ! Le législateur de 1975 n'a pas eu peur d'affirmer haut et fort que l'enfant à naître est un être humain au sens de la loi et de permettre l'interruption de la grossesse. Cette loi reposait, à n'en pas douter, sur un subtil équilibre qu'il convient de déceler². Subtilité que le droit conventionnel révèle à demi-mot.

§ 2 – Le droit conventionnel et l'embryon

313. Une lettre muette. L'article 1^{er} de la Convention garantit le respect des droits qu'elle proclame « à toute personne relevant de leur juridiction ». Aussi faut-il se demander si l'enfant à naître est une personne au sens de cet article. L'article 2 consacre expressément que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » : il ne précise donc pas, à proprement parler, si l'enfant à naître est ou non concerné par le droit garanti.

En amont, l'examen des travaux préparatoires est décevant car il n'est fait nulle part allusion à cette question. Les seules problématiques soulevées dans les travaux préparatoires concernent les exceptions pouvant être portées au droit à la vie : légitime défense et peine de mort. Un tel silence peut sembler surprenant mais il faut replacer les débats dans le contexte de l'époque. La Convention était avant tout un outil pour lutter contre le totalitarisme et

¹ Ch. Maugue et L. Touvet, « Chronique générale de jurisprudence administrative française, médecine », AJDA 1993, p. 530.

² Gérard Mémeteau rappelait en 1994 : « le lien juridique entre l'affirmation de l'humanité de l'embryon et la contestation de la loi de 1975 n'est pas évident. D'abord, parce que ce texte se contente d'écrire trois faits justificatifs de l'atteinte à l'enfant conçu ; ensuite parce qu'il s'ouvre par une proclamation (art. 1er) constituant plutôt la reconnaissance implicite de la vie de l'embryon dès la conception, reprise par le législateur de 1994 lui-même (art. 16 nouveau c. civ.) avec valeur expresse de principe fondamental, et même précision (en 1994) de la protection de l'être humain dès le commencement de sa vie, ce qui personnalise encore plus l'intéressé ! » (« L'embryon législatif », D. 1994, p. 355).

l'annihilation des libertés individuelles. La situation de l'enfant à naître n'avait également pas connu les bouleversements que les progrès de la science vont entraîner au cours des trente années suivantes ; il n'est dès lors pas étonnant qu'une telle problématique fût absente de l'esprit des rédacteurs. Plus intéressantes vont être les jurisprudences de la Commission et de la Cour.

314. Orientation de la Commission. Dans un premier temps la Commission déclare irrecevables pour défaut d'intérêt à agir les requêtes pouvant l'amener à se prononcer sur la définition du concept de personne en ce qu'elles posent la question de la compatibilité des législations autorisant l'avortement avec l'article 2 de la Convention, les particuliers devant en effet justifier, en vertu de l'article 25, de leur qualité de victime d'une violation de la Convention.

Ainsi une première décision du 29 mai 1961¹ déclare irrecevable une requête dirigée contre la législation norvégienne autorisant l'interruption volontaire de grossesse sous certaines conditions. Le requérant, un opposant à l'avortement, dépose sa requête au nom des parents, qui sans leur consentement ou à leur insu, se voient privés de leur descendant par un avortement provoqué, et au nom des innocentes victimes de ces opérations que sont les enfants à naître. Le requérant pose donc clairement à la Commission la question de savoir si l'enfant à naître est ou non une personne au sens de l'article 2 de la Convention. La Commission ne répond pas à la question posée excipant du défaut d'intérêt à agir du requérant dans la mesure où ce dernier ne démontre nullement être personnellement une victime de la loi. Une solution identique eu égard à des faits similaires fut rendue le 10 décembre 1976².

La première requête recevable concernant l'enfant à naître est envisagée sous l'angle de la vie privée dans une décision du 19 mai 1976³. Cette requête est dirigée contre la Cour constitutionnelle fédérale allemande déclarant nul l'article 218 du code pénal prévoyant que « l'avortement pratiqué par un médecin dans les douze premières semaines de grossesse avec le consentement de la mère ne constitue pas une infraction punissable ». Les requérantes, militantes pro-avortement, considèrent que l'annulation de cette dépénalisation de l'avortement contrevient au principe du respect de la vie privée attaché à la grossesse et à son interruption. Du fait de la loi, elles se voient dans l'obligation soit de renoncer à des relations sexuelles, soit d'employer des moyens de contraception, soit de mettre au monde des enfants non désirés. Considérant que « la grossesse et l'interruption de la grossesse relèvent de la vie privée et sous certaines conditions de la vie familiale » et que « la réglementation juridique de l'avortement constitue une

¹ Décision du 29 mai 1961 « X c/. Norvège », req. n°867/60, Annuaire de la CEDH, IV, p. 271.

² Décision du 10 décembre 1976, « X c/. Autriche », req. n°7045/75, Décisions et rapports, vol. 7, p. 87.

³ Décision du 19 mai 1976, req. n° 6959/75, Décisions et rapports, vol. 5, p. 103.

ingérence dans la vie privée », la Commission déclare la requête recevable et ordonne un examen au fond afin de déterminer s'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée. Toutefois, comme la Commission le concèdera en 1980, dans l'arrêt « X c/. Royaume-Uni », « la question de savoir si l'enfant à naître bénéficie des garanties de l'article 2 a été expressément laissée indécise »¹.

Cette dernière décision rendue le 13 mai 1980 est intéressante car, pour la première fois, la Commission se prononce au fond sur la question de la violation de l'article 2. Le mari d'une femme enceinte saisit un juge anglais afin d'empêcher sa femme d'avoir recours à un avortement. Sa demande est rejetée au motif que la loi anglaise ne confère au père d'un enfant à naître ni un droit d'empêcher la mère de se faire avorter, ni celui d'être consulté ou informé. L'avortement thérapeutique est pratiqué quelques heures après le prononcé de la décision. Devant la Commission, le requérant soutient que la loi de 1967 sur l'avortement, sur le fondement de laquelle l'avortement a été pratiqué, est contraire aux articles 2 et/ou 5, 6, 8 et 9 de la Convention. Concernant la recevabilité, la Commission admet qu'en tant que « père potentiel » le requérant « était affecté de manière assez étroite par l'IVG de son épouse pour se prétendre victime au sens de la Convention ». Cette première affirmation est en elle-même intéressante dans la mesure où le père est ici reconnu en tant que victime indirecte ; en effet, seul le fœtus peut être la victime directe de la violation du droit à la vie proclamé à l'article 2 de la Convention. Avec M. le professeur Sudre, on peut alors remarquer que « la construction est audacieuse car admettre l'existence d'une victime indirecte suppose normalement l'existence d'une victime directe, doit-on, alors, considérer que le fœtus est destinataire du droit à la vie ? »².

Sur le fond, la Commission examine les arguments pour et contre l'admission de l'enfant à naître parmi les bénéficiaires de la Convention. Le raisonnement de la Commission va être le suivant. Elle va tout d'abord constater que l'expression « toute personne » est employée dans la Convention « de telle manière qu'[elle] ne peut s'appliquer qu'après la naissance. Rien n'indique clairement que le terme pourrait s'employer avant la naissance, mais on ne saurait totalement exclure une telle application dans un cas rare, par exemple, pour l'application de l'article 6 §1 ». Le droit à la vie ferait ainsi obstacle à la recevabilité du recours pour demander réparation du fait d'exister. La Commission ajoute que les limitations du droit à la vie « concernent toutes, de par leur nature, des personnes déjà nées et ne sauraient être appliquées au fœtus [...]. L'usage généralement fait de l'expression « toute personne » dans la Convention et le contexte dans

¹ Décision du 13 mai 1980, « X c/. Royaume-Uni », req n° 8416/79, Décisions et rapports, vol. 19, p. 244.

² F. Sudre, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377.

lequel ce terme est employé à l'article 2 tendent à étayer la thèse qu'il ne s'applique pas à l'enfant à naître ».

Au final, la Commission considère qu'elle doit faire un choix entre les trois propositions suivantes : l'article 2 doit être interprété comme « ne concernant pas du tout le fœtus ; comme reconnaissant au fœtus un droit à la vie assorti de limitations implicites ; ou comme reconnaissant au fœtus un droit à la vie de caractère absolu ». La troisième méthode est la première à être rejetée par la Commission. En effet, cela aurait pour conséquence de rendre inconventionnelles toutes les législations européennes ayant légalisé l'avortement en rendant les droits de l'enfant à naître plus importants que ceux de la mère. Quant aux deux autres possibilités, la Commission ne tranche pas dans la mesure où l'avortement a été réalisé pour une cause thérapeutique afin de protéger la vie et la santé de la mère ; or, la seule affirmation que si droit à la vie il y a, il ne peut être absolu suffit à vider la saisine. La Commission admet donc au final le père comme victime indirecte, ce qui laisse sous-entendre que le fœtus est la victime directe, et estime que si l'enfant à naître est concerné par le droit à la vie, celui-ci ne saurait être absolu. D'autres éléments vont être apportés par une décision du 19 mai 1992¹.

Dans cette décision, les faits sont quasiment similaires : le compagnon d'une femme ayant eu recours à un avortement affirme que « ne pas protéger la vie de l'enfant à naître au regard du droit norvégien est contraire à l'article 2 de la Convention ». Concernant la recevabilité tout d'abord, la Commission ne fait que rappeler sa jurisprudence antérieure pour admettre que le requérant était « en tant que père potentiel affecté de manière assez étroite par l'interruption de la grossesse de son amie pour se prétendre victime au sens de l'article 25 de la Convention, de la législation telle qu'elle a été appliquée ». Concernant le fond et la violation de l'article 2, la solution est décevante. La Commission se borne à reprendre les éléments de sa jurisprudence et conclut qu'elle n'a pas « à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une certaine protection au regard de la première phrase de l'article 2 » mais « elle n'exclut pas que dans certaines conditions cela puisse être le cas ». La Commission poursuit en constatant que les différentes législations nationales sont en la matière très divergentes, elle en arrive à la conclusion que « les Etats contractants doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire ». Or, « dans les circonstances propres à l'affaire, la Commission n'estime pas que l'Etat défendeur ait dépassé le pouvoir discrétionnaire qu'elle estime être le sien dans ce domaine délicat de l'avortement ». La décision n'apporte donc rien de nouveau à la question de savoir si le fœtus est considéré comme une personne au sens de l'article 2 de la Convention.

¹ Décision du 19 mai 1992, « H. c/. Norvège », req n°7004/90, Décisions et rapports, vol 73, p. 155.

L'intérêt de la décision repose toutefois ailleurs. Le « père potentiel » invoque également une atteinte à l'article 3 de la Convention prohibant la torture, les peines et traitements inhumains. Dans la mesure où « aucune mesure n'a été prise pour éviter le risque pendant l'avortement de faire souffrir le fœtus âgé de quatorze semaines », ceci correspond, selon lui, à un traitement inhumain ou dégradant. A ce sujet, la Commission considère que la requête est mal fondée car, tout simplement, la preuve de cette souffrance fœtale n'est pas rapportée et non car le fœtus n'est pas concerné par l'article 3 de la Convention : « vu les modalités décrites pour l'avortement en question, la Commission n'estime pas que l'affaire révèle une quelconque apparence de violation de l'article 3 de la Convention ». Ceci tend à concéder que dans d'autres conditions un avortement pourrait être considéré comme un traitement inhumain ou dégradant ; ce qui revient donc à affirmer que l'article 3 concerne l'embryon mais qu'ici il n'y a pas été porté atteinte.

315. La Cour et la notion de personne. La Cour européenne des droits de l'homme va, pour la première fois, être saisie de la question de l'applicabilité de l'article 2 à l'embryon dans le célèbre arrêt « Open Door » du 29 octobre 1992¹.

En l'espèce, l'Irlande est opposée à des associations proposant aux femmes désirant recourir à l'avortement les informations nécessaires pour se rendre en Angleterre et procéder à une interruption volontaire de grossesse. La juridiction est ainsi explicitement saisie afin de déterminer si le mot « personne » contenu à l'article 2 de la Convention concerne ou non l'enfant à naître. Pourtant, une fois de plus, la question va être rapidement éludée puisque la juridiction conventionnelle affirme « d'emblée qu'elle ne se trouve pas appelée, en l'espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus »², la requête étant tranchée dans le sens de la violation de l'article 10 de la Convention protégeant la liberté d'expression .

C'est dire que la jurisprudence européenne se montre pour le moins gênée face à la question de savoir si l'embryon est une personne ; le plus souvent par une savante esquive juridique, elle parvient à trancher le litige soumis sans avoir à répondre à la question de la définition. Comme le remarque très justement M. le professeur Sudre, « le juge européen s'arrête au milieu du gué et refuse de tirer les conséquences logiques de sa propre jurisprudence relative à la victime indirecte »³.

¹ CEDH 29 octobre 1992, « Open Door et Dublin Well woman c/. Irlande », Série A, arrêts et décisions, vol. 246.

² § 66.

³ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1989, p. 378.

Au demeurant, par une décision récente¹, la Cour européenne est allée très loin dans la protection de l'avortement. Une mère polonaise ne put interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique, alors qu'elle était atteinte d'une très forte myopie et que la grossesse aggrave cette maladie, car un médecin considéra qu'elle ne relevait pas de la situation prévue par la loi. Malheureusement, quelques semaines après l'accouchement, des hémorragies rétinienne détériorèrent considérablement sa vue. Suite au classement sans suite par le procureur général de Varsovie, elle déposa une requête devant la Cour en raison principalement, d'une violation de l'article 8 de la Convention. La juridiction strasbourgeoise, à la majorité de six voix contre une, considéra que les autorités polonaises n'avaient pas respecté, à l'égard d'une personne aussi vulnérable, leur obligation positive d'assurer le respect effectif de sa vie privée dans la mesure où elles n'avaient pas soumis à un organe indépendant son désaccord avec le médecin sur un point affectant si directement son intégrité physique.

316. La neutralité. La Cour européenne eut à également à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 2 à l'embryon au regard de deux autres configurations : le défaut de répression pénale de l'homicide involontaire sur un enfant à naître², et le refus d'un Etat d'autoriser le transfert d'un embryon après disparition du projet parental en raison d'une séparation du couple³. Dans les deux décisions, la Cour affirma qu'en « l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine ».

Or, définir ce que recouvre la notion de personne humaine revient à décider ce qu'elle est. Le choix induit relève alors d'une prise de position personnelle que le droit semble vouloir éviter. Par la voie du consensus, le droit permet aux convictions intimes de chacun de s'exprimer. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité, par le passé, par une formule assez proche, à rapprocher cette question d'un problème de croyance : « les autorités nationales jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, en particulier dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine »⁴. Définir

Face à cette insuffisance, il fut logique d'attendre énormément de l'arrêt VO c/. France dans la mesure où pour la première fois la Cour eut à se prononcer au regard des dispositions juridiques françaises et notamment au regard de notre article 221-6 du code pénal incriminant l'homicide involontaire et son interprétation stricte par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : voir infra n° 334 et s.

¹ CEDH, 4ème sect., 20 mars 2007, « Tysiac c/. Pologne », RTD Civ. 2007 p. 292, note Marguenaud ; P. Hennion-Jacquet, « D'un avortement... l'autre ? », D. 2007, p. 2648.

² CEDH, 8 juillet 2004, voir infra n° 334 et s.

³ Voir supra n° 310.

⁴ CEDH 29 octobre 1992, « Open Door et Dublin Well Woman c/ ; Irlande », Série A, arrêts et décisions vol. 246.

reviendrait à choisir une certaine conception, ce que se refuse la Cour¹. Les instances européennes excluent de se prononcer sur une question considérée comme relevant d'un choix personnel, en l'occurrence un choix qui appartient aux Etats et que la Commission et la Cour ne sauraient trancher. L'on ne manque pas de relever « les divergences de points de vue sur la question du moment où commence la vie. D'aucuns estiment qu'elle commence dès la conception alors que d'autres ont tendance à insister sur le moment de la nidation, sur celui où le fœtus devient viable ou encore sur celui où il naît vivant »². Dans une autre espèce, elle affirme qu'il est clair « que les lois nationales sur l'avortement diffèrent considérablement. Dans ces conditions et à supposer que la Convention puisse être considérée comme ayant quelque influence à cet égard, la Commission estime, que dans un domaine aussi délicat, les Etats contractants doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire »³ ; et la Commission d'ajouter dans une décision du 13 mai 1980 que, concernant sa propre jurisprudence, « la question de savoir si l'enfant à naître bénéficie des garanties de l'article 2 a été expressément laissée indécise »⁴.

Les juges considèrent donc qu'il n'entre pas dans leurs attributions de définir de façon abstraite la personne et l'embryon : chaque fois qu'elles le peuvent, « les juridictions prennent grand soin de préciser que l'affaire qui leur est soumise ne consiste pas non plus à qualifier les individus concrets au sujet desquels elles sont saisies »⁵.

317. CESDH⁶ et juges internes. Au niveau interne, les juridictions nationales ont également eu à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 2 au cas de l'embryon. Conscientes de la difficulté déjà relevée par la Cour européenne, les juridictions ont tranché de manière hétéroclite.

Ainsi, le Conseil d'Etat en 1990 s'est penché sur la compatibilité de la législation sur l'IVG avec la Convention et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La haute juridiction administrative considéra que, « eu égard aux conditions posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les

¹ Pareillement, la Cour suprême des Etats Unis affirma, dans la célèbre affaire « Roe c/. Wade », que la question de savoir « quand commence une vie humaine est encore trop controversée pour que la Cour puisse prendre position sur le sujet » (Cour suprême, 1973 Roe c/ Wade, 92 S. CT 705).

² Commission, décision du 13 mai 1980, « X. c/ Royaume-Uni », Décisions et rapports n° 19 p. 244.

³ Commission, décision du 19 mai 1992 req n° 17004/90, Décisions et rapports, vol 73, p. 155.

⁴ Commission, décision du 13 mai 1980, précité.

⁵ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM, 2003, p. 49.

⁶ S'y ajoute le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce que l'article 6.1 (voir note suivante) est souvent couplé à l'article 2 de la CESDH dans les demandes en justice.

stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹ »². Il en résulte que les textes internationaux concernent bien l'embryon mais que les conditions fixées par le législateur permettent de s'assurer que le droit interne est compatible avec le droit international. Il est en effet évident que « l'appréciation de la compatibilité d'une législation avec le droit conventionnel international n'a de sens que s'il existe un terrain de rencontre entre les deux normes, une application des deux au cas considéré »³.

Une position totalement opposée va être soutenue par des cours d'appel de l'ordre judiciaire en matière d'entrave à l'IVG. Un arrêt de la Cour d'appel de Riom en 1995 affirme ainsi que « le droit à la vie consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est pas garanti au fœtus ou à l'embryon humain, qui n'a pas la qualité de personne humaine, mais seulement celle de « personne humaine en devenir »⁴. Une position analogue se retrouve dans la jurisprudence de la Cour d'appel de Versailles en 1996 : « l'embryon ne saurait, en l'état actuel de notre droit, être considéré comme une personne humaine titulaire de droits subjectifs propres et exclusifs ; les articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales impliquent, pour recevoir application, le statut de personne de celui ou celle dont ils visent à assurer la protection »⁵. Et la Cour d'appel d'enfoncer le clou : « les enfants à naître ne relèvent pas de la Convention européenne des droits de l'homme »⁶ car la loi de 1975 est considérée comme « dérogeant à l'ensemble des textes visant à la protection de la vie humaine, ou de l'évolution naturelle de l'embryon humain, le fœtus ne saurait être assimilé à la notion de personne »⁷.

Ces trois affaires firent l'objet de pourvois en cassation invoquant l'incompatibilité de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse avec l'article 2 de la Convention européenne et l'article 6 du Pacte. Les trois pourvois furent rejetés par la Cour de cassation mais la justification fut différente. Pour la Cour, comme pour le Conseil d'Etat, ce sont les conditions de mise en œuvre de l'IVG, telles que prévues par la loi, qui permettent à ces dispositions de ne

¹ L'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ».

² CE 21 décembre 1990, D. 1991. 283, Recueil Lebon p. 369, concl. Sim.

³ D. Vigneau, note sous Crim. 30 juin 1999, D. 1999.710.

⁴ CA Riom 7 septembre 1995.

⁵ CA Versailles, 8 mars 1996, cité par Crim. 5 mai 1997 (n° 2529), Bull. crim n° 158 ; JCP 1997.IV.1425.

⁶ CA Caen 11 mars 1996, cité par Crim. 2 avril 1997 n° 1771.

⁷ Idem.

pas « être incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées »¹. Une fois de plus, cela revient donc à supposer que l'embryon est concerné par ces dispositions ; cependant, les conditions posées par la loi permettent de s'assurer que l'IVG n'est pas contraire aux dispositions internationales.

Il devrait logiquement en résulter qu'en dehors du champ de l'IVG, envisagé telle une exception, le droit protège l'embryon. Mais dans un tel cas, encore faudrait-il préciser quel force le droit international accorde à une telle protection ?

Selon la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, les textes internationaux concernent l'embryon, mais les hautes juridictions ne leur concèdent qu'une valeur relative puisqu'une législation spéciale (l'IVG) peut y porter atteinte. L'embryon dispose donc du droit à la vie mais non de manière absolue². L'intérêt d'une telle présentation réside dans le fait qu'il met en exergue deux étapes essentielles dans le raisonnement : l'applicabilité du droit et la force, ou valeur, du droit. Etapes que ne respecte pas la Cour d'appel de Versailles lorsqu'elle affirme que « ni les textes de droit interne, ni aucun texte de droit international applicable en France, ne conduisent à une définition ou à un statut de l'embryon humain à la fin de la dixième semaine et ne permettent d'en inférer pour celui-ci la reconnaissance d'un droit absolu à naître »³.

Allant plus loin, la Cour d'appel de Lyon a confirmé la qualification de personne à l'embryon qui relève donc des deux conventions concernant la personne humaine qui « reconnaissent l'existence, pour toute personne, et notamment l'enfant, d'un droit à la vie protégé par la loi »⁴. En se fondant sur les deux traités internationaux (Convention européenne et Pacte international), la Cour parvient à caractériser un homicide involontaire sur un embryon. Cet arrêt et ceux qui s'en suivirent sur la même problématique révèlent la difficulté rencontrée lorsque l'on pose la question de la nature de l'embryon. Or le doute semble ici plus qu'inopportun tant les intérêts en jeu sont importants.

L'article 3 de la Convention européenne a donné lieu à une jurisprudence identique. Les Cours d'appel ont considéré que l'enfant à naître ne relevait pas d'une telle disposition

¹ Crim. 27 novembre 1996 : Bull crim n° 431 (1er arrêt) ; RSC 1998. 117, obs. Delmas Saint-Hilaire - Bull. crim. n° 431 (2e arrêt) ; RSC 1998. 117, obs. préc. Delmas Saint-Hilaire. Crim. 5 mai 1997, Bull crim n° 158 et 168 : RSC 1998. 117, obs. préc. Delmas Saint-Hilaire.

² M. le professeur Sériaux l'observe également : « Nul besoin en vérité de camper farouchement sur un prétendu droit inné et inaliénable à la vie, que nul être humain ne possède ni ne possèdera jamais de façon aussi absolue » : « *"Infans conceptus..."* - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 76.

³ Précit.

⁴ CA Lyon 13 mars 1997, Dalloz 1997.557 note E. Séverin ; Defrénois 1997 art 36578 note Ph. Malaurie.

interdisant la torture et les traitements dégradants¹. De manière différente, sur pourvoi, la Cour de cassation considère que le texte est bien applicable mais que les conditions fixées par la loi sur l'IVG ne sont pas contraires au droit conventionnel : « l'interruption volontaire de grossesse, telle qu'elle est autorisée par la loi du 17 janvier 1975 ne saurait constituer un acte de torture »².

Il est ici facile de constater que les hésitations de la jurisprudence européenne et interne se justifient par le contexte particulier posé par l'avortement. En effet, il est souvent redouté qu'une extension de la notion de personne à l'embryon constitue une remise en cause de l'interruption volontaire de grossesse. Comme le remarque Mme Bertrand-Mirkovic, « la réponse à la question "l'embryon est-il une personne ou non au regard [...] de la Convention ?" se réduit en pratique à une prise de position en faveur ou contre l'avortement, ce qui est très réducteur car les atteintes à la vie de l'embryon ne se limitent pas à celle-ci »³. C'est surtout un angle d'approche biaisé puisque, au lieu de poser le problème en terme de qualification juridique et d'intérêt protégé, on se déplace sur le terrain faussement idéologique de l'avortement et de sa légalité.

Au final, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a conduit les juridictions internes et européenne à adopter des solutions contraires et souvent contradictoires quant à la qualification de l'enfant à naître.

S'il ne fait aucun doute que les règles relatives à la personnalité juridique ne concernent que les personnes au sens juridique, qu'en est-il des normes qui concernent les simples personnes ou la personne humaine ? Des conséquences propres étant attachées à chaque personnalité, il convient, selon certains auteurs, de les distinguer. Comme l'affirme Mme Bertrand-Mirkovic, « il faut désolidariser les personnalités dans leurs effets afin d'éviter que toute mesure relative à l'enfant à naître ne soit systématiquement enfermée dans l'alternative suivante : pour ou contre sa personnalité juridique ? »⁴.

Néanmoins, une telle entreprise ne doit pas, à notre avis, reposer sur la même base que la personnalité juridique. L'idée d'une définition théorique, *a priori*, des existants juridiques doit être abandonnée. Les différentes « lois bioéthique » ont certes eu le mérite de poser le problème de la définition du statut juridique de l'embryon. Mais en ne donnant pas la clef de lecture des lois, le législateur a privé le droit de raison en courant le risque de l'incohérence.

Il n'est dès lors pas étonnant que le droit pénal ait éprouvé les mêmes difficultés. Les incidences furent toutefois plus graves. Si le droit civil et le droit médical se gardent

¹ CA Versailles 15 décembre 1995 cité par Crim. 27 novembre 1996 n° 5132. CA Paris 15 février 1996, cité par Crim. 5 mai 1997 Bull crim n° 168. Et CA Caen 11 mars 1996, précité.

² Crim. 27 novembre 1996, Bull. crim. n° 431 et Crim. 5 mai 1997, Bull crim n° 168 p. 560.

³ A. Bertrand-Mirkovic, op. cit. p. 86. Au demeurant l'on verra plus tard que même en matière d'homicide involontaire la question de l'avortement est plus ou moins explicitement posée. V. infra n° 343.

⁴ A. Bertrand-Mirkovic, op. cit. p. 26.

d'appréhender la qualification l'embryon, laissant ainsi à la doctrine, le soin d'expliquer les méandres de leurs pensées, la jurisprudence pénale a, quant à elle, exposé l'enfant à naître à un vide juridique empêchant la répression d'un individu ayant porté atteinte à sa vie. Au-delà de la défiance, le droit pénal exprime alors la défaillance de la réception du concept d'altérité en droit. En effet, au flou impressionniste laissé intentionnellement par la législation civile, succède une volonté jurisprudentielle de laisser les enfants à naître à l'écart du droit général motif pris que sans personnalité juridique déterminée *a priori* et en l'absence de textes exprès, le droit à la vie ne saurait leur être reconnu.

Chapitre II – La défaillance pénale à l'égard d'autrui

« Iles, écoutez-moi, soyez attentifs, peuples lointains ! Yahvé m'a appelé dès le sein maternel, dès les entrailles de ma mère il a prononcé mon nom », Isaïe, 49, 1.

318. Du droit civil au droit pénal. Considérant que reconnaître l'altérité d'un être revient à l'identifier dans la relation, l'on peut légitimement avancer l'idée selon laquelle toute entité juridique se doit d'être individualisée au moyen de la relation que le droit régit avec son autre. Si la personnalité juridique du droit civil témoigne d'une conception inverse en postulant la qualité pour mieux découvrir le droit qui s'y rattache, force est de constater, qu'à travers l'article 16 du code civil, la législation sur l'interruption de grossesse et les lois bioéthiques, la loi civile laisse dans le flou sa conception de l'enfant avant sa naissance. L'embryon est ainsi appréhendé par le droit dans la relation qu'il a avec sa mère¹, qu'il peut avoir avec les médecins et des chercheurs, mais l'ordonnancement juridique se refuse à en tirer une conclusion sur le terrain de l'existence juridique. Un tel embarras peut néanmoins se comprendre au regard d'une des fonctions du droit civil, à savoir, régir le commerce juridique. En effet, « si en droit civil, l'homme n'est reconnu sujet de droits que s'il possède la personnalité juridique, cette personnalité est le fruit au moins de la lecture du code conférant des droits (en l'occurrence patrimoniaux) à l'enfant conçu »². Le droit civil est en effet marqué par la notion de droit subjectif³ que l'on assimile assez souvent à une créance ou à une obligation ; refuser la qualité de personne juridique à un enfant à naître tendrait à l'exclure de l'activité de commerce juridique, ce qui, en soi, n'est pas regrettable⁴.

¹ « L'enfant conçu n'est pas le produit d'une génération spontanée, d'une manifestation de volonté, d'une décision abstraite. Il apparaît dans un couple et généralement dans une famille où, d'emblée, il prend sa place. Les liens juridiques qui l'unissent à ses parents peuvent être constatés et juridiquement établis » : Ch. Atias, « La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 126..

² Ch. Hennau-Hublet, in *Bioéthique dans les années 90*, I, p. 235

³ Pour M. le professeur Atias, l'erreur est « de rechercher les droits de l'enfant conçu avec l'espoir d'y trouver les moyens de sa sauvegarde. L'enfant conçu n'a pas de droits. Parler de ses droits, c'est s'exprimer en moraliste ou en philosophe peut-être ; ce n'est pas employer un langage juridique correct. L'enfant conçu n'a aucun droit qui puisse le soustraire à la folie des hommes ; l'expérience nous a bien montré quelle hypocrisie il pouvait y avoir à confondre ces fragiles barrières juridiques et les bras protecteurs d'une mère. L'enfant conçu n'a aucun de ces droits subjectifs voués à entrer en conflit avec d'autres droits qui pourraient l'emporter sur les siens, aucun de ces droits qui peuvent se perdre. Rechercher ses droits, c'est admettre un pluralisme qui permettrait, aux uns de les reconnaître et aux autres de les méconnaître ; c'est se préparer à l'affirmation qu'il n'est pas permis d'imposer aux autres notre opinion sur les droits de cet enfant ». « En prétendant le défendre par l'octroi ou la reconnaissance de droits subjectifs, les juristes se sont engagés dans la voie périlleuse de la concurrence des droits, de la sélection des droits, dans cette voie qui, système démocratique aidant devait, un jour ou l'autre aboutir à la consécration de droits plus forts, meilleurs ou préférables » (Ch. Atias, art. précit. p. 121-122).

⁴ Surtout que la maxime « *infans conceptus...* » permet de le lui octroyer des droits.

Plus gênante est l'incidence au regard des droits extra-patrimoniaux car s'il convient d'être toujours doté de la personnalité pour en bénéficier, la situation des enfants à naître s'aggraverait ostensiblement. L'exemple du droit à la vie tel qu'il est appréhendé par la Cour européenne des droits de l'homme est frappant¹. En liant le droit extra-patrimonial à la personnalité, on écarte de la protection au titre des droits fondamentaux toute entité qu'un système juridique exclut plus ou moins explicitement du commerce juridique.

C'est dire que tous les regards se tournent vers le droit pénal. Nonobstant une privatisation rampante², le système répressif n'est pas, en principe, lié à l'existence corrélative de la violation d'un droit subjectif. L'action publique n'est pas, sauf exceptions³, conditionnée par l'action civile : le procès pénal peut parfaitement s'entendre sans que la victime ne greffe une action en vue de la réparation de son préjudice⁴. Se démarquant, dans ses principes, du commerce juridique, l'on pouvait légitimement attendre du droit pénal, qu'il interprète une incrimination telle que l'homicide involontaire, non au regard de la personnalité juridique, mais davantage à l'aune de l'interdit érigé, de la valeur protégée, la victime n'en étant que le réceptacle. La relation entre la valeur protégée, incarnée par la victime, et l'auteur de l'infraction aurait dû cristalliser le nœud du litige. Les entités auraient alors pu être définies de manière dynamique à l'aune de la relation, et non de manière statique à l'aide d'une personnalité juridique pré-définie par le commerce juridique. Or, ce ne fut pas l'option retenue par la Cour de cassation. En exigeant clairement la naissance pour que la répression de l'homicide involontaire puisse être actionnée, la haute juridiction a clairement pris le parti d'exiger la personnalité juridique de la victime, à défaut de textes particuliers concernant l'embryon et le fœtus. Ce faisant, elle a fixé les termes de l'échec de la réception de l'altérité en droit (section 1) puisque la relation ne précède pas

¹ Pour M. le professeur Atias, l'erreur est « de rechercher les droits de l'enfant conçu avec l'espoir d'y trouver les moyens de sa sauvegarde. L'enfant conçu n'a pas de droits. Parler de ses droits, c'est s'exprimer en moraliste ou en philosophe peut-être ; ce n'est pas employer un langage juridique correct. L'enfant conçu n'a aucun droit qui puisse le soustraire à la folie des hommes ; l'expérience nous a bien montré quelle hypocrisie il pouvait y avoir à confondre ces fragiles barrières juridiques et les bras protecteurs d'une mère. L'enfant conçu n'a aucun de ces droits subjectifs voués à entrer en conflit avec d'autres droits qui pourraient l'emporter sur les siens, aucun de ces droits qui peuvent se perdre. Rechercher ses droits, c'est admettre un pluralisme qui permettrait, aux uns de les reconnaître et aux autres de les méconnaître ; c'est se préparer à l'affirmation qu'il n'est pas permis d'imposer aux autres notre opinion sur les droits de cet enfant ». « En prétendant le défendre par l'octroi ou la reconnaissance de droits subjectifs, les juristes se sont engagés dans la voie périlleuse de la concurrence des droits, de la sélection des droits, dans cette voie qui, système démocratique aidant devait, un jour ou l'autre aboutir à la consécration de droits plus forts, meilleurs ou préférables » (Ch. Atias, « La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. p. 121-122.

² X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, n° 2, avril-juin, p. 245-261.

³ En matière d'infraction à la loi sur la presse (article 48 de la loi du 29 juillet 1881), de propriété industrielle (article L. 623-33 du code de la propriété intellectuelle), de chasse sur le terrain d'autrui (article L. 428-33 du code rural), de délit commis à l'étranger par un Français ou sur un Français (article 113-8 du code pénal), d'atteinte à l'intimité de la vie privée (articles 226-1 et 226-2 du code pénal).

⁴ Voir Ph. Bonfils, *L'action civile : essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. Cimamonti, PUAM, 2000.

l'identification, elle la suit. La doctrine s'est alors majoritairement efforcée de définir les termes du dépassement de cet échec (section 2) : en mettant en exergue la fonction de l'incrimination à travers la valeur protégée, la vie humaine, les auteurs ont tracé le chemin d'une prise en considération par le droit objectif de l'altérité. Le fait que le texte incriminateur se réfère expressément à autrui ne devrait que renforcer une telle perspective.

Section 1 – Les termes de l'échec : une qualification pré-relationnelle d'autrui

319. Propos liminaires : de la suppression d'enfant à l'homicide. Si de nos jours, la problématique relative à l'appréhension pénale de l'embryon se focalise autour de l'infraction d'homicide involontaire, encore convient-il d'observer qu'il n'en a pas toujours été ainsi. A dire vrai, l'avortement ne centralisa pas réellement les attentions en terme de qualification puisque l'ancien article 317 du code pénal incriminait le fait d'avoir « procuré l'avortement d'une femme enceinte »¹. Dès que la grossesse était avérée, toute interruption volontaire de grossesse constituait l'infraction.

En réalité, c'est l'infraction de suppression² d'enfant qui permit à la Cour de cassation de se prononcer sur ce qu'il fallait entendre par « enfant ». La haute juridiction put juger, dans un premier temps que « s'il ne comprend pas dans ses dispositions la suppression d'un enfant mort-né, qui ne peut transmettre aucun droit, l'article 345 s'applique nécessairement à la suppression de la personne d'un enfant qui a eu vie et dont la disparition a eu lieu avant que sa naissance n'ait été déclarée à l'officier d'état civil ; en effet, dans ce cas, la suppression a eu pour effet de cacher l'existence même de l'enfant »³. Néanmoins, une loi du 13 mai 1863 modifia les termes de l'infraction pour l'étendre aux enfants n'ayant pas vécu. La Cour eut donc rapidement à interpréter la notion d'enfant n'ayant pas vécu. L'arrêt « Marie Bohart », rendu par la chambre criminelle le 7 août 1874, a ainsi refusé d'appliquer l'incrimination à une prévenue accouchée après cinq mois et demi de gestation. La Cour énonce, dans le cadre d'une longue motivation,

¹ Art. 317 CP de 1810 : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. (Al. 2) La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. (Al. 3) Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ».

² L'infraction de suppression d'enfant consistait à faire disparaître un nouveau-né, sans le tuer, mais dans des conditions telles qu'il n'était pas possible de savoir s'il avait été caché, enlevé ou recelé.

³ Cass. crim. 20 mars 1862, S. 1862 I 847.

que « l'article 345 §3 du code pénal¹ qui punit de six jours à deux mois de prison la suppression de l'enfant, lors même qu'il est établi qu'il n'a pas vécu, doit être combiné avec l'article 312 du code civil, aux termes duquel l'enfant n'est réputé viable qu'après un minimum de cent quatre-vingts jours, ou six mois de gestation ; que l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence ne constitue qu'un produit innommé, et non un enfant, dans le sens que le législateur a attaché à cette expression ; que ce n'est point en vue d'un pareil être qui, suivant que sa venue au monde se rapproche davantage de l'époque de la conception, peut ne pas même présenter les signes distinctifs de la forme humaine, que le décret du 3 juillet 1806 a prescrit la présentation du cadavre de tout enfant mort-né à l'officier de l'état civil ; qu'une telle présentation, sans utilité pour l'intérêt social, pourrait, dans certains cas, blesser la pudeur publique ». Bien que le texte d'incrimination prévoie en son alinéa 3 que l'infraction est constituée si l'enfant n'est pas vivant, encore faut-il qu'il ait été viable : il convient, pour la Cour qu'il soit conçu depuis plus de cent quatre-vingts jours. Ainsi, l'idée selon laquelle la conception civiliste de la personne doit prévaloir lorsque l'on tente de déterminer les victimes d'une infraction pénale trouve déjà une assise jurisprudentielle au XIX^{ème} siècle.

A la question, cette fois-ci, de savoir si l'enfant à naître peut être la victime d'un homicide involontaire au sens de l'ancien article 319 du code pénal et de l'actuel article 221-6, la jurisprudence n'a pas su toujours donner une réponse univoque. Dans la mesure où le texte d'incrimination réprime le fait d'avoir « causé la mort d'autrui », l'interrogation relative au destinataire de cette protection paraît logique tant le droit ne définit pas autrui. Néanmoins, l'idée que le terme « autrui » renvoie à « l'autre personne » va de soi. L'article 221-6 se situe en effet dans le livre deuxième « Des crimes et délits contre les personnes », titre deuxième « Des atteintes à la personne humaine » et un chapitre premier « Des atteintes à la vie de la personne ». Or, la problématique relative à la notion de personne n'est pas réellement nouvelle en droit².

Il en résulte que, pendant longtemps, en l'absence de réponse claire de la Cour de cassation sur la question, les juges du fond ont hésité entre la conception civiliste classique de la notion de personne et une complète protection de la vie humaine (§1). Depuis la fin des années

¹ Article 345 CP de 1810 (L. du 13 mai 1863) : « Les coupables d'enlèvement, de recélé, ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.

S'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu, la peine sera d'un mois à cinq ans d'emprisonnement.

S'il est établi que l'enfant n'a pas vécu, la peine sera de six jours à deux mois d'emprisonnement ».

² Voir C. Puigelier, « Depuis Louis XIV. A propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus », *Mélanges Bouloc, Les droits & le droit*, Dalloz 2006, p. 923 s. ; A. Lepage et P. Maistre du Chambon, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *ibid.* p. 613 s.

1990, la Cour a nettement tranché la controverse : au moyen d'une interprétation stricte des textes, la naissance constituerait le point de départ de la protection pénale (§2).

§ 1 – La jurisprudence équivoque : l'incertaine altérité de l'enfant à naître

320. Comme le remarque Pierre Sargos, « nouvelle, bien entendu, n'est pas la question. De tout temps, fût-ce à celui des chars romains ou des diligences, des femmes enceintes avortèrent des suites d'actes répréhensibles commis par des tiers, mais sans que ceux-ci aient eu l'intention de provoquer la mort du fœtus »¹. Néanmoins, l'ancienneté d'une problématique ne détermine pas nécessairement la clarté dans la réponse qui lui est accordée. Si une partie de la jurisprudence a pu considérer que la naissance constituait le point de départ de la protection pénale assurée par l'incrimination d'homicide involontaire (A), il est également possible de trouver de nombreuses décisions de justice ayant considéré qu'un enfant tué *in utero* pouvait être la victime d'une telle infraction (B).

A – La naissance comme point de départ de la protection pénale

321. Homicide en cas de naissance vivant. En s'appuyant sur l'idée que la naissance conditionne l'accession de l'être au rang de victime protégée par le droit pénal, la cour d'appel de Paris, le 10 juin 1959, a pu condamner un automobiliste ayant renversé une femme enceinte pour homicide de l'enfant en prenant le soin de remarquer que celui-ci était décédé quelques heures après son expulsion². Bien que les atteintes aient été occasionnées au cours de la vie *in utero*, la répression de l'infraction est possible dès lors que l'enfant est venu au monde. L'arrêt rappelle qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant ait acquis la personnalité juridique, la viabilité ayant été anéantie par l'accident : « Il n'y a pas lieu de rechercher si l'atteinte à la personne doit frapper un individu venu au monde, disposant d'une personnalité physique distincte de celle de la mère, étant seulement suffisant que la victime soit née vivante, viable si elle n'avait reçu de choc traumatique, et soit décédée en suite de ce choc imputable au prévenu par suite de sa faute pénale ».

¹ P. Sargos, *Rapport pour l'assemblée plénière de la Cour de cassation*, arrêt du 29 juin 2001, BICC n° 540 du 1^{er} août 2001, n°25, JCP G, II, 10569.

² CA Paris 10 juin 1959, RSC 1959, p. 678 ; Gaz. Pal. 1959, I, p. 122, obs. Hugueney : « Ainsi le délit d'homicide par imprudence doit être retenu à la charge de l'automobiliste qui a renversé une femme enceinte si celle-ci, quelques heures après l'accident, a mis au monde un enfant né viable mais décédé douze heures plus tard ».

Pareillement, un arrêt de la chambre criminelle du 14 juin 1957 rejeta le pourvoi d'un médecin qui, ayant lors d'un accouchement causé par maladresse le décès d'un enfant, contestait sa condamnation pour homicide involontaire en soutenant que la victime n'avait pas vécu d'une vie extra-utérine¹. Pour écarter ce moyen de défense, la chambre criminelle releva expressément que les rapports médicaux établissaient que ce médecin avait fracturé les os du crâne de l'enfant avec un forceps, que le cœur de l'enfant battait à la naissance et qu'il avait respiré avant de mourir. Il s'agissait donc d'un délit d'homicide involontaire sur un enfant né vivant.

S'appuyant manifestement sur cette décision, la cour d'appel de Metz² affirma le 3 septembre 1998 « qu'il ne peut y avoir d'homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré ». Cet arrêt, qui fit l'objet du pourvoi tranché par la Cour de cassation en son assemblée plénière le 29 juin 2001³, s'inscrit donc dans un courant jurisprudentiel qui subordonne la qualification d'homicide involontaire à la naissance de l'enfant en vie.

322. Blessures involontaires occasionnées *in utero*. Si la naissance permet à l'enfant à naître de devenir une victime pénale, les atteintes occasionnées alors qu'il n'est qu'un *pars viscerum matris* peuvent également faire l'objet de poursuites sur le fondement des blessures ou violences involontaires lorsque l'enfant naît vivant et viable. Ainsi, la chambre criminelle a rendu, le 9 janvier 1992⁴, une décision approuvant la condamnation d'un accoucheur pour blessures involontaires sur un nouveau-né. En l'espèce, le médecin avait trop tardé à venir au chevet de la parturiente, en dépit de plusieurs appels de la sage-femme. En raison des souffrances néonatales apparues après réanimation, le bébé était affligé d'un handicap moteur grave. Dans la mesure où le « retard était à l'origine des lésions dont la victime restait atteinte [...] la cour d'appel a, sans insuffisance, caractérisé en tous ses éléments le délit reproché au prévenu ». Ici, il importe peu que les atteintes aient été occasionnées *in utero* : si l'enfant vient à naître, il devient une victime pénale. Puisque la mesure de la répression dépend d'un aléa physiologique - la capacité de l'enfant à naître malgré les atteintes - il n'est pas étonnant qu'une autre partie de la jurisprudence ait préféré adopter la thèse selon laquelle la vie doit être le déterminant de la répression de l'homicide, non la naissance.

¹ Crim. 14 juin 1957, Gaz. Pal. 1957, 2, tables, p. 188 ; D. 1957, p. 512.

² CA Metz, 3 sept. 1998 : JCP 2000. II. 10231 (2e arrêt), note Fauré.

³ Voir infra n° 329.

⁴ Crim. 9 janv. 1992, Dr. pén. 1992, n° 172, obs. Véron, non publié au Bulletin ; RSC 1993 p. 328, obs. Levasseur. Voir également Crim. 2 octobre 2007, AJ pénal 2008 p. 32, obs. S. Lavric ; RDSS 2008. 67, obs. Hennion-Jacquet ; JCP 2008. II. 10027, note Valette-Ercole ; RSC 2008, p. 337, obs. Mayaud.

B – La répression de l'homicide causant la mort *in utero*

323. Protection pénale de la vie. Un autre courant jurisprudentiel, essentiellement mais non exclusivement soutenu par les juges du fond, n'exige pas que l'enfant ait vécu d'une vie extra-utérine pour que soit réprimée l'atteinte à sa vie¹.

Déjà, par un arrêt du 2 décembre 1882, la cour d'appel de Douai, fut amenée à juger une femme coutumière de l'exercice illégal de l'art de l'accouchement pour ce délit mais aussi du chef d'homicide involontaire sur l'enfant. Après avoir constaté que, par son impéritie et son état d'ivresse, elle avait causé la mort d'un enfant peu avant son expulsion, l'arrêt relève que « pour n'avoir pas respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine »² : il est en effet précisé qu'une demi-heure avant son expulsion complète et alors qu'il était déjà engagé dans le vagin, l'enfant était encore en vie. La cour d'appel a estimé qu'étaient dès lors constitués non seulement le délit d'exercice illégal ci-dessus, mais également le délit d'homicide involontaire de l'enfant. Il est intéressant de remarquer que le commentateur anonyme de cet arrêt, ostensiblement marqué par la conception civiliste de la personne juridique, émet des réserves en observant que « l'enfant même venant à terme et viable n'a pas encore vécu de la vie extra utérine et n'est pas encore une personne ».

Plus proche de nous, la cour d'appel d'Amiens retint, le 28 avril 1964 par un arrêt infirmatif, la culpabilité d'une sage-femme, prévenue d'homicide involontaire, en énonçant « qu'il suffit pour caractériser le délit que l'atteinte à la personne ait porté sur un être humain, même non séparé de sa mère dès l'instant que [...] sa mort est seulement imputable à un tiers »³.

Pareillement, la cour d'appel de Douai⁴ a, le 2 juin 1987, condamné l'auteur fautif d'une collision entre deux véhicules automobiles pour homicide involontaire d'un fœtus mort-né après avoir blessé grièvement une femme enceinte d'une grossesse à terme. Il ressort de l'arrêt que « l'enfant était à terme pesant 3 kgs 900 et qu'il (devait) être considéré comme ayant été vivant à un moment et viable en raison de sa maturité et de son poids ». La cour ajoute que si l'atteinte portée à l'enfant avait provoqué une lésion n'entraînant pas sa mort, la qualification de blessures involontaires eût été retenue sans hésitation aucune ; *a fortiori*, la qualification d'homicide involontaire doit être retenue s'agissant d'une atteinte ayant provoqué la mort de l'enfant.

¹ D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Dr. de la famille* 2000, n° 11, chr., p. 7.

² CA Douai, 2 déc. 1882, S. 1883, II, p. 153.

³ CA Amiens, 28 avril 1964, RSC 1967, p. 165, obs. Hugueney ; Gaz. Pal. 1964, II, p. 167.

⁴ CA Douai 2 juin 1987, Gaz. Pal. 1989, I, p. 145 ; note J.P. Doucet ; JCP 1989, II, 21250, note Labbée ; RSC 1989, p. 319 et 740, obs. G. Levasseur. Dans sa note critique, M. Labbée fait observer que l'enfant non né ne peut être considéré comme une personne, notamment eu égard à la législation de 1975 sur l'interruption de grossesse et il se demande s'il n'y a pas là une carence législative qu'il faudrait combler, par exemple en instituant une circonstance aggravante tenant au fait que la femme victime est enceinte.

Il est encore possible de citer un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 17 mai 1988, qui a qualifié d'homicide involontaire les imprudences commises par un médecin qui avaient été à l'origine du décès de jumeaux à naître alors que la mère était en phase de pré-accouchement¹. Dans le même sens, le 20 mars 1996, la cour d'appel de Bordeaux a condamné pour homicide involontaire un gynécologue ayant tardé à effectuer une césarienne et dont la négligence avait causé la mort de l'enfant *in utero* et de la mère².

Le 28 juin 1996, la cour d'appel de Versailles a déclaré coupable du même délit une infirmière chargée de la surveillance d'une parturiente et dont les fautes de négligence avaient entraîné la mort de l'enfant³.

324. L'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997. La décision rendue par cette cour⁴ est topique tant au regard des faits de l'espèce qu'à l'aune de sa postérité : elle constituera l'occasion pour la Cour de cassation d'égrener sa jurisprudence défavorable à l'enfant à naître. A la suite d'une interversion des dossiers de patientes vietnamiennes portant le même nom et venues consulter le même jour, un gynécologue de l'Hôtel-Dieu de Lyon, crut devoir ôter le stérilet de Mme Thi-Nho Vo, en fait enceinte de cinq mois et qui venait pour une échographie. Le geste entraîna la rupture de la poche des eaux, rendant nécessaire l'expulsion du fœtus âgé de vingt à vingt-quatre semaines, provoquant sa mort. Ne pouvant communiquer avec la patiente qui ne parlait pas français, le médecin s'était appuyé sur ledit dossier médical sans pratiquer d'examen clinique, ce qui aurait permis de constater la grossesse.

La cour de Lyon avait retenu contre le médecin la prévention d'homicide involontaire sur le fœtus en se fondant sur :

- l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, l'article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, reconnaissant l'existence, pour toute personne, et notamment l'enfant, d'un droit à la vie protégé par la loi,

- l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 suivant lequel « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi »,

¹ CA Aix-en-provence 17 mai 1988, Jurisdata n° 88 - 50227.

² CA Bordeaux 20 mars 1996, Jurisdata, n° 96 - 45257.

³ CA Versailles 28 juin 1996, Jurisdata, n° 96 - 44159.

⁴ CA Lyon 13 mars 1997 : JCP 1997, G. II. 22955, note G. Fauré ; Droit pénal 1997, chronique n° 22 de C. Puigelier, « L'homicide involontaire sur un fœtus » ; D. 1997, p. 557, note E. Serverin ; Def. 1997, art. 36578, note P. Malaurie ; Jacquinot, « L'éthique du vivant », Gaz. Pal. 1997, II, doctrine, p. 1389 ; C. Byk, « L'embryon jurisprudentiel », Gaz. Pal. 1997, doctrine, p. 1391 ; P. Murat, « Réflexion sur la personne humaine/personne juridique », Dr. famille 1997, chron. n° 9.

- l'article 16 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, aux termes duquel « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

La cour énonça, par la suite, que sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée. La juridiction lyonnaise ajouta que la viabilité était une notion scientifiquement incertaine et dépourvue de portée juridique et que l'imprudence ou négligence du médecin avait causé la mort d'un fœtus âgé de 20 à 24 semaines en parfaite santé.

Son arrêt fut cassé sans renvoi, le 30 juin 1999 par la chambre criminelle puisque, en vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du code pénal, les faits reprochés « n'entraient pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du code pénal »¹. Il s'agit de la première pierre dans l'édification par la Cour de cassation d'une jurisprudence visant à exclure l'embryon des prévisions de l'infraction d'homicide involontaire si la mort survient avant la naissance. Toutefois, bien que l'on ait tendance à présenter cet arrêt comme le premier rendu par la Cour de cassation au sujet de l'homicide involontaire *in utero*, il apparaît que la Cour avait déjà eu l'occasion de trancher ce type de litige, et ce dans un sens contraire.

325. Validation de la répression par la Cour de cassation. La question de savoir si le fait de tuer accidentellement *in utero* un enfant est constitutif d'un homicide involontaire fut tranchée dans un sens positif par la Cour de cassation le 19 août 1997². En l'espèce, dans le cadre, une fois de plus, d'un dramatique accouchement, un gynécologue-obstétricien fut condamné pour double homicide involontaire sur une parturiente et son enfant à naître. La Cour de cassation rejeta le pourvoi du médecin : « la cour d'appel énonce, par motifs propres et adoptés, que celui-ci a sous estimé la situation obstétricale à haut risque dont il avait la charge et n'a pas su en déceler l'évolution dramatique, alors que la situation clinique et l'enregistrement du

¹ Crim. 30 juin 1999 : Bull. crim., n° 174 ; D. 1999, p. 710, note D. Vigneau ; Def. 1999, p. 1048, note P. Malaurie ; Rev. sc. crim. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; Rev. gén. dr. méd. 1999, n° 2, p. 5, note C. Daver, « L'interruption involontaire de grossesse sur un fœtus de cinq mois et demi ne constitue pas un homicide involontaire » ; Dr. fam. 1999, n° 12, chr. 20, D. Rebut, « La loi pénale est d'interprétation stricte » ; LPA, 17 novembre 1999, note F. Debove ; Médecine et Droit, avril 2000, n° 41, p. 10, note F. Lesaulnier, « De la protection pénale de l'être humain en gestation » ; Médecine et Droit, mai-juin 2000, n° 42, p. 18, obs. L. Demont ; JCP 2000, I, 235, chr. droit pénal et procédure pénale par A. Maron, J.H. Robert et M. Veron ; M.-L. Rassat, « La victime des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 », *Dr. pén.* 2000, chr. n° 12.

² Crim. 19 août 1997, inédit, pourvoi n° 96-82648, Juris-Data n°1997-003862.

rythme cardiaque fœtal lui fournissaient des indications sans équivoque et dénuées de toutes difficultés d'interprétation » ; en outre, « elle ajoute que son départ de la clinique, sans motif particulier d'urgence, et l'absence de toutes consignes données à la sage-femme, ont été les causes d'une perte de temps fatale à l'enfant, puis à la mère ; qu'il existe un lien de causalité entre la conjugaison d'inattentions et d'imprudences imputables au praticien et la survenance du double homicide involontaire ». Or, « l'enfant présentant un rythme cardiaque très ralenti et la mère une gêne respiratoire importante, l'opération [la césarienne] a été pratiquée tardivement et a entraîné la naissance d'un enfant mort-né et le décès de la mère par embolie amniotique ». La Cour en conclut : « qu'en l'état de ces motifs, qui procèdent de l'appréciation souveraine par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause ainsi que de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis au débat contradictoire au vu desquels ils ont estimé, par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction, qu'il existait un lien de causalité certain entre les fautes du prévenu et le décès des victimes, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués ».

Le fait que l'enfant soit bel et bien mort *in utero* ne laisse pas de place au doute dans la décision d'appel : « Constitue un homicide involontaire, l'atteinte involontaire à la vie de l'enfant porté à terme de la grossesse, que la femme était sur le point de mettre au monde, dont rien ne permet de douter qu'il serait né viable et dont le décès est survenu dans les instants précédant immédiatement la délivrance par césarienne, en l'espèce imprudemment retardée par le prévenu médecin accoucheur ». Est donc coupable d'un double homicide involontaire le médecin gynécologue qui « a commis une succession d'imprudences et d'inattentions en sous-estimant la situation obstétricale à haut risque dont il avait la charge alors que la situation clinique et l'enregistrement du rythme cardiaque fœtal lui fournissaient pourtant des indications sans équivoque et dénuées de toute interprétation quant à l'urgence de procéder à une intervention césarienne, son départ de la clinique sans prendre de dispositions particulières après amnioscopie de sa patiente étant très révélateur de son absence de prise en compte de l'évolution de la situation qui est à l'origine du décès de la mère et de l'enfant »¹.

Ainsi, alors que la mort de l'enfant survint *in utero*, la Cour de cassation ne reproche pas aux juges du fond d'avoir retenu le médecin dans les liens de la prévention. Ici, le principe de légalité et son corollaire, l'interprétation stricte, qui ne furent certes pas soulevés dans les moyens du pourvoi, ne sont pas relevés d'office par la haute juridiction. Un enfant à naître décédant *in utero* peut donc être la victime d'un homicide involontaire.

¹ CA Bordeaux, 20 mars 1996, Juris-Data n°1996-045257 ; arrêt confirmatif du jugement rendu par le tribunal correctionnel de Bergerac le 4 juillet 1995.

Dans le cadre d'une synthèse de ces jurisprudences, l'on peut lire sous la plume de M. le président Sargos « que - sous réserve de la phase de l'accouchement - depuis l'entrée en vigueur du code pénal de 1810 aucun arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation ne peut s'interpréter comme ayant admis que le délit d'homicide involontaire puisse concerner un embryon ou un fœtus »¹. Il ajoute : « Par ailleurs, le nombre de décisions des juridictions du fond qui, depuis maintenant près de deux siècles, ont retenu une telle incrimination relève sur une aussi longue période du marginal »².

Or, l'on ne voit pas réellement sur quel fondement juridique il conviendrait de distinguer la phase de l'accouchement du reste de la grossesse. Soit l'enfant est expulsé et respire de manière indépendante, soit il est toujours lié à sa mère et à son activité physiologique. L'accouchement ne fait passer d'un stade à un autre qu'en un instant. Il en résulterait l'alternative suivante : soit l'enfant ne devient une personne que lors de la séparation physiologique³, soit l'enfant est une victime pénale dès que sa vie avant l'atteinte peut être prouvée, peu important qu'il soit né.

A dire vrai, ce n'est qu'à partir de 1999 que la Cour de cassation entame l'élaboration d'une jurisprudence faisant de la naissance la condition de la protection pénale en matière d'homicide involontaire, excluant, par là-même, l'enfant à naître mort *in utero* des prévisions du code pénal.

§ 2 – La jurisprudence univoque : l'inexistante altérité de l'enfant à naître

326. Se retranchant derrière l'interprétation stricte des textes répressifs imposée par le code pénal à l'article 111-4, la Cour de cassation a, dès 1999, échafaudé une jurisprudence écartant l'enfant à naître des dispositions relatives à l'homicide involontaire (A). Bien qu'elle ne repose que sur la conception civiliste de la personne juridique et exclue les enfants à naître de la

¹ P. Sargos, *Rapport pour l'assemblée plénière de la Cour de cassation*, arrêt du 29 juin 2001, BICC n° 540 du 1^{er} août 2001, n° 32.

² Idem.

³ Là encore une difficulté survient : la personnalité juridique s'acquiert-elle lors de la séparation ou lors de l'exercice d'une activité physiologique indépendante ?

L'on sait qu'en droit positif la solution est essentielle (infra n° 327 et s.). Si les réponses actuelles de la Cour de cassation lui permettent de ne pas prendre partie sur le statut de l'embryon, la détermination de la naissance pourra à l'avenir soulever d'autres problèmes lors d'accouchements tragiques. Cette ambiguïté laisse d'ailleurs le commentateur dans le flou lorsqu'il est amené à se pencher sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 février 1972 (Bull. crim. n° 68, pourvoi n° 70-91746). Est rejeté le pourvoi formé par un médecin condamné pour non-assistance en péril qui, de garde, refusa de se déplacer sur les lieux d'un accouchement réalisé dans des conditions précaires. Or, à leur arrivée à l'hôpital, les jumeaux étaient « encore reliés à leur mère par le cordon ombilical en état de mort apparente ». La « décision assimile complètement les deux enfants naissants à des personnes protégées, au sens de la loi pénale, malgré l'absence d'autonomie constatée » (D. Commaret, « Conclusions dans l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 6 juin 2002 », *Droit pénal*, 2002, n° 31, p. 5).

protection des atteintes à la vie, cette construction a été validée par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A - La naissance, condition de la protection pénale

327. Le doute laissé par l'arrêt du 30 juin 1999. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon le 13 mars 1997 relatif à la confusion entre deux patientes portant le même nom et aboutissant à la mort d'un fœtus âgé de vingt à vingt-quatre semaines, va constituer la première occasion pour la Cour de cassation de dénier à un enfant à naître la qualité de victime pénale. Au visa de l'article 111-4 du code pénal prescrivant l'interprétation stricte de la loi pénale, la décision d'appel est cassée au motif que « les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 C. pén. »¹.

Si le rapport annuel de la Cour de cassation souligne que cet arrêt, « met en évidence l'absence dans notre droit d'une protection pénale spécifique de l'être humain contre les atteintes involontaires à la vie avant la naissance »², l'interprétation faite par la doctrine de cette décision fut plus nuancée. Dans la mesure où les branches du moyen tendaient à nier à la fois la protection pénale de la vie de l'enfant à naître et, concrètement, sa viabilité, la doctrine a pu considérer, dans le laconisme de la Cour, que l'absence de viabilité de l'embryon avait emporté la conviction des hauts magistrats et entraîné la cassation sur le fondement de l'interprétation stricte.

Ainsi, M. le professeur Mayaud n'a pu se résoudre à « interpréter l'arrêt de cassation du 30 juin 1999 comme la négation de toute considération pour l'enfant, avec pour principe que sa vie ne constituerait pas un préalable à l'homicide involontaire. La décision ne saurait avoir cette portée, tant se conjuguent les textes et la théorie du droit pour démontrer le contraire »³. Il était, selon lui, possible de voir dans cet arrêt un simple rappel de la condition relative à la causalité en matière d'homicide involontaire : « Ramenée à une dimension technique, et à supposer qu'elle soit retenue comme participant de l'infraction d'homicide involontaire, la condition de viabilité pouvait être contestée en l'espèce et était donc à même de justifier la cassation prononcée »⁴ ; or, la cour d'appel de Lyon, tout en refusant de prendre en considération la viabilité puisque

¹ Crim. 30 juin 1999 : Bull. crim. n°174 ; D. 1999. 710, note Vigneau ; ibid. 2000. Somm. 27, obs. Mayaud, et 169, obs. Desnoyer et Dumaine ; JCP 2000. II. 10231 (1er arrêt), note Fauré ; Gaz. Pal. 1999. 2. 676, note Bonneau, et 1999. 2, chron. crim. 139, obs. Doucet ; LPA, 17 nov. 1999, note Debove ; Dr. pénal 2000. 3, obs. Véron ; RSC 1999. 813, obs. Mayaud (cassation de : CA Lyon, 13 mars 1997 : préc.) ; G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », D. 2000. chron. 181.

² Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1999, p. 442, sous le titre "mort d'un enfant à naître".

³ Y. Mayaud, obs. précit.

⁴ Idem.

l'incrimination ne s'y réfère pas expressément, avait retenu qu'en la circonstance l'enfant pouvait être considéré comme viable, parce qu'il avait un âge « très proche de celui de certains fœtus ayant pu survivre aux Etats-Unis ». L'approximation de la motivation fut reprochée par le pourvoi, car il ne fut pas concrètement établi que l'enfant était « certainement viable ». Le défaut de certitude quant à la viabilité ne pouvait, selon le pourvoi, que priver de base légale la décision attaquée. D'après M. Mayaud, cette analyse « rejoint une constante de la jurisprudence relative à l'homicide involontaire, qui veut que soit certaine la causalité entre la faute du prévenu et le décès de la victime, seule exigence positive relative à cet élément »¹. Il conclut alors : « Si la Chambre criminelle a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Lyon pour sanctionner cet écart d'application, alors sa décision se justifie pleinement. Mais faute de savoir ce que traduit véritablement sa censure, l'incertitude régnera toujours sur la portée précise de la cassation ainsi prononcée... »².

M. Debove fut quant à lui plus sceptique quant à l'ambiguïté de l'arrêt. A la question de savoir si tous les enfants à naître échappent sans distinction aux prévisions de l'article 221-6 du code pénal, il soutient qu'il convient « d'être prudent tant l'ambiguïté de l'arrêt peut être source d'égarements pour le lecteur. La généralité des termes employés semble s'opposer à ce que l'on puisse opérer une distinction entre le fœtus parvenu à terme et viable et celui qui ne l'est pas. Si tel est le sens de l'arrêt, la question de la viabilité du fœtus - notion contingente et incertaine - devient sans objet et seule la naissance de l'enfant - fait précis et objectif - est de nature à déclencher la protection pénale de l'article 221-6 du code pénal »³.

Encore plus de certitude se retrouve dans l'analyse du professeur Malaurie : « Le raisonnement est sans doute le suivant : l'article 221-6 du nouveau code pénal punit "la mort d'autrui" ; or, un être humain qui n'est pas né n'est pas autrui »⁴.

Pour que la portée de l'arrêt soit clarifiée, il convenait que la Cour se prononce sur le cas d'un enfant tué alors qu'il était viable. Ce fut chose faite le 29 juin 2001 par le biais de sa formation la plus solennelle⁵. Néanmoins, dans le laps de temps séparant les deux décisions de la Cour de cassation, des juges du fond ont continué à condamner des auteurs d'homicides involontaires sur des enfants à naître considérés comme viables.

¹ Idem.

² Idem. M. Vigneau partage la même analyse : « Que l'on approuve ou non cet arrêt de la Cour de cassation, la seule conclusion certaine qu'il autorise à tirer pour l'instant est qu'il n'y a pas d'homicide involontaire en cas de mort causée par imprudence à un enfant non né n'ayant pas franchi le seuil de la viabilité (« Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme », précit., p. 8).

³ F. Debove, précit.

⁴ Ph. Malaurie, *Def.*, 15 octobre 1999, n° 19, p. 1048

⁵ Voir infra n° 329.

328. Les arrêts d'appel tirant partie de l'ambiguïté. La cour d'appel de Reims, le 3 février 2000, fut ainsi amenée à se prononcer sur la qualification pénale d'un accident de la circulation ayant provoqué l'accouchement prématuré d'un enfant mort-né. Après avoir constaté que la faute du prévenu était la cause de la mort de l'enfant dont la conception remontait à huit mois et qui avait « franchi le seuil de viabilité », la juridiction en déduisit que bien que non séparé de sa mère lors de son décès, il « était une personne humaine et en tant que telle bénéficiait de la protection pénale »¹. L'auteur de l'accident fut donc condamné pour homicide involontaire.

Un précédent arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 11 janvier 2000 avait quant à lui déclaré un automobiliste coupable d'homicide involontaire tant d'un enfant mort-né que de sa mère décédée quelques jours après l'accident². Le 20 janvier 2000, la cour d'appel de Versailles entra en voie de condamnation pour homicide involontaire à l'encontre d'une sage-femme qui avait commis une faute professionnelle dont la conséquence a été la mort d'un enfant au cours d'un accouchement.

Si l'on suit les auteurs ayant vu dans l'arrêt du 30 juin 1999 un simple rappel de l'exigence de viabilité pour que l'infraction d'homicide involontaire soit constituée, alors ces trois décisions présentent la caractéristique de ne pas heurter ladite décision au profit d'une application rigoureuse du critère de viabilité. Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation trancha nettement l'ambiguïté au profit d'une exclusion générale de tous les enfants à naître de la prévention en cas de mort *in utero*. Dans la mesure où, des trois décisions, seule celle de la cour d'appel de Versailles fut frappée de pourvoi, seul cet arrêt fut par la suite cassé par les magistrats du quai de l'horloge³.

329. Le voile levé par l'assemblée plénière : l'exclusion générale de la prévention et le renvoi aux textes spéciaux. Lors d'un accident de la circulation provoqué par un conducteur sous l'emprise d'un état alcoolique, une jeune femme enceinte de six mois fut sévèrement blessée de sorte que qu'elle accouchât prématurément, quatre jours plus tard, d'un enfant mort-né. Alors que le tribunal correctionnel de Metz condamna le chauffard pour blessures involontaires sur la mère et homicide involontaire sur l'enfant à naître, la cour d'appel de Metz infirma la

¹ CA Reims 3 fév. 2000, Dr. pén. 2000, comm. n° 54 par M. Veron ; Def. 2000, art. 37170, note M.-C. Forgeard ; JCP 2000, I, 253, n° 19, chron. Byk ; JCP 2000, II, 20031, note G. Fauré ; Dr. de la famille 2000, chron. D. Vigneau, p. 7 ; Dalloz 2000, p. 873, note J.-Y. Chevallier.

² CA Versailles 20 janv. 2000, Juris-Data, n° 00 - 120642.

³ Voir infra n° 330, Crim. 25 juin 2002.

condamnation pour homicide motif pris que « l'enfant mort-né n'est pas protégé pénalement au titre des infractions concernant les personnes ; [...] en effet, pour qu'il y ait personne, il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé, et donc [...] il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré »¹. Le procureur général près la cour d'appel de Metz se pourvut en cassation en raison d'une violation de l'article 221-6 du code pénal par la cour : « l'article 221-6 du code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui, n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, [...] en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré, la Cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi ».

La partie civile développa quant à elle le moyen selon lequel « le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de sa mère ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a méconnu les textes et le principe ci-dessus mentionnés ».

Sur rapport conforme du conseiller rapporteur et conclusions contraires de l'avocat général², l'assemblée plénière de la Cour de cassation rejeta le pourvoi : « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus » ; il en résulte que « l'arrêt attaqué a fait une exacte application des textes visés par le moyen »³.

Le premier intérêt à tirer de cet arrêt réside dans le fait de clarifier la solution de 1999⁴. En l'espèce, la grossesse avait dépassé les six mois, la viabilité de l'enfant était donc certaine, des expertises l'avaient mis en exergue, la cour d'appel l'avait relevée. Le rejet de la prévention au nom de l'interprétation stricte exclut donc tout enfant à naître non né de la protection pénale. Le concept de « viabilité », qui aurait pu expliquer la décision de 1999, n'est définitivement pas un critère pour la Cour ; seul semble compter la naissance de l'enfant afin d'accéder au rang de victime en matière pénale.

¹ CA Metz 3 septembre 1998, précit. supra n° 321.

² J. Sainte-Rose, conclusions, P. Sargos, rapport, JCP G, II, 10569.

³ Cass. ass. plén., 29 juin 2001 : Bull. crim. n° 165 ; BICC 2001, n° 540, concl. Sainte-Rose, et rapp. Sargos ; D. 2001. 2917, note Y. Mayaud ; JCP 2001. II. 10569, rapp. P. Sargos, concl. Sainte-Rose, et note Rassat ; ibid. 2002. I. 101, n°21, obs. Murat ; Gaz. Pal. 2001. 2. 1456, note Bonneau ; ibid. 2002. 1. 85, concl. Sainte-Rose ; ibid. 2002. 2. 998, note S. Monnier ; Dr. pénal 2001, chron. n° 34, obs. Demont ; RTD civ. 2001. 560, obs. Hauser ; RSC 2002. 97, obs. Boulloc.

⁴ V. supra n° 327.

En outre, bien que l'assemblée plénière relève qu'il s'agit bien d'un « enfant », elle renvoie aux textes particuliers sur l'embryon et le fœtus pour justifier la non-application de l'incrimination : « C'est donc la règle *specialia generalibus derogant* qui est concernée, en raison de l'existence de dispositions dont la spécificité interdirait d'avoir recours à la qualification plus générale d'homicide involontaire »¹. De manière expresse le code pénal ne sanctionnait que commerce, expérimentations et dons non autorisés relatifs à l'embryon. Quant au code de la santé publique, il ne prévoyait des infractions qu'en matière d'avortement illégal. *Stricto sensu*, le droit pénal ne sanctionnait donc que les utilisations de l'embryon, non les atteintes à sa vie, si ce n'est indirectement, par la répression des expérimentations non autorisées : aucune atteinte involontaire à la vie de l'embryon ou du fœtus n'est spécialement incriminée. Le renvoi aux textes spéciaux étonne néanmoins car, en l'absence de réponse spéciale du droit, le droit général devrait trouver à s'appliquer. En effet, « juger, comme elle le fait, que le principe de la légalité s'oppose à ce que l'homicide involontaire sanctionne la mort d'un enfant à naître en raison de l'existence de textes particuliers, c'est soutenir que cette qualification n'a plus sa place toutes les fois que des dispositions législatives ou réglementaires existent, dont l'objet est précisément d'aménager un régime juridique recoupant les comportements visés par le délit »². Comme le remarque Madame le professeur Rassat, le renvoi aux textes spéciaux a peut-être comme objectif de valider le syllogisme suivant : « le droit pénal interdit de tuer les personnes ; le droit pénal permet de supprimer les fœtus ; donc le fœtus n'est pas une personne »³.

Monsieur le professeur Pradel a quant à lui proposé une autre interprétation en voyant dans la formule un appel au législateur : « Peut-être [...] ont-ils fait un appel discret au législateur en opposant le statut de l'enfant déjà né qui bénéficie de l'art. 221-6 c. pén. au statut de l'enfant en formation qui étant régi par des "textes particuliers" se trouve selon eux n'en pas bénéficier »⁴.

Cette difficulté explique sans doute que la chambre criminelle ait mis un certain temps avant de faire sienne cette formule.

330. Le non-alignement de la chambre criminelle quant aux textes spéciaux. Très tôt, dès le 25 juin 2002, la Cour de cassation eut à nouveau à se prononcer sur la possibilité de considérer un enfant à naître décédé *in utero* comme la victime de l'infraction d'homicide

¹ Y. Mayaud, « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, jur. p. 2917.

² Y. Mayaud, précit. Il poursuit : « la spécificité n'est pas, en droit pénal, synonyme d'exclusivité. [...]. Aussi faut-il voir dans l'attendu de la Cour de cassation une formule juridiquement malheureuse, du moins une formule trop affirmative, en rupture avec ce que la jurisprudence elle-même offre de nuances et de souplesse ».

³ M.-L. Rassat, note sous AP 29 juin 2001, *JCP G*, II, 10569.

⁴ J. Pradel, art. précit.

involontaire. En l'espèce, une femme enceinte est hospitalisée en raison du dépassement du terme de sa grossesse. Constatant le soir même des anomalies dans le rythme cardiaque de son enfant, elle prévient la sage-femme qui préfère ne pas appeler le médecin. Le lendemain matin, est constaté le décès *in utero* de l'enfant en raison d'une anoxie. Pour condamner la sage-femme pour homicide involontaire sur l'enfant, et civilement le médecin, la cour d'appel de Versailles retient le 19 janvier 2000 que « le décès de l'enfant est la conséquence des imprudences et négligences commises par eux, le médecin en s'abstenant d'intensifier la surveillance de la patiente en raison du dépassement du terme, la sage-femme en omettant de l'avertir d'une anomalie non équivoque de l'enregistrement du rythme cardiaque de l'enfant ». Pour justifier leur décision, les juges d'appel précisent que « l'enfant mort-né ne présentait aucune lésion organique pouvant expliquer le décès, [...] que cet enfant était à terme depuis plusieurs jours et que, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère ».

La Cour de cassation casse sans renvoi cette décision au motif que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant »¹. Le renvoi aux textes spéciaux est donc abandonné. Pour M. le professeur Pradel, la Cour de cassation, « sentant l'extrême faiblesse de cette expression supplémentaire, en revient à l'argument unique de la stricte interprétation pénale »².

La volonté de faire peu de cas des textes spéciaux sur l'embryon et le fœtus est encore plus flagrante dans une décision du 4 mai 2004 où, une fois de plus, malgré un rythme cardiaque fœtal anormal, un médecin fut très tardivement appelé et ne put qu'extraire un enfant mort du corps de sa mère. Pour relaxer la sage-femme des fins de la poursuite du chef d'homicide involontaire, la cour d'appel retint que « faute d'avoir interprété le tracé du rythme cardiaque fœtal comme l'indice d'une hypoxie, elle a commis non pas une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi, mais une simple erreur de diagnostic n'engageant pas sa responsabilité pénale ». La Cour de cassation rejette le pourvoi alors qu'elle relève « qu'il résulte de l'article L. 4151-3 du code de la santé publique qu'en cas d'accouchement dystocique, les sages-femmes doivent faire appeler un médecin ». En effet, la chambre criminelle affirme que « l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles

¹ Crim. 25 juin 2002 : Bull. crim. n° 144 ; D. 2002. 3099, note Pradel ; D. 2003. Somm. 660, obs. Planckeel ; JCP 2002. II. 10155, note Rassat ; Dr. pénal 2002. Comm. 93, obs. Véron ; *ibid.* Chron. 31, concl. Commaret ; R. 2002, p. 525 ; RSC 2003. 91, obs. Boulloc ; *ibid.* 95, obs. Mayaud.

² J. Pradel, note sous Crim. 4 mai 2004, D. 2004, p. 3097.

d'aucune qualification pénale »¹. Cet arrêt « se distingue, toutefois, des précédents en ce qu'il ne se réfère pas à la règle de l'interprétation stricte et en ce qu'il exclut toute qualification pénale et non pas seulement la qualification d'homicide »² ; on peut affirmer qu'en « l'espèce la Chambre criminelle, renonce donc à toute motivation »³. Puisque la Cour n'utilise dans cette décision aucun des deux arguments retenus par l'assemblée plénière en juin 2001, il est étonnant qu'en 2006, elle ait fait le choix de revenir à la formule alors consacrée.

331. La réception des textes spéciaux par la chambre criminelle. Si les circonstances ayant mené à la décision rendue en assemblée plénière le 29 juin 2001 « ne sont pas de celles qui, d'ordinaire, inspirent indulgence et compréhension »⁴, nul ne soutiendra que les faits soumis à la Cour dans son arrêt du 27 juin 2006 en inspirent d'avantage⁵. Dans le cadre d'un accident de la circulation causé par un individu conduisant sous l'empire de stupéfiants, une mère et l'enfant qu'elle portait décédèrent des suites du choc. Les juges du fond, en première comme en seconde instance condamnèrent le chauffard en raison de l'homicide involontaire de la mère mais le relaxèrent au regard de l'homicide sur l'enfant qu'elle portait, celui-ci étant décédé *in utero*. Il convient ici de remarquer que la cour d'appel, pour justifier sa décision, a pris appui sur la jurisprudence de la Cour en affirmant : « la Cour de cassation, à plusieurs reprises, rappelant le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale considère que “autrui” ne peut concerner l'enfant en voie de naître ; que l'incrimination d'homicide involontaire ne peut s'appliquer qu'au cas de l'enfant né vivant ; qu'il apparaît ainsi qu'aucune incrimination pénale - serait-elle fondée ou non en son principe, il n'appartient pas à la Cour de trancher ce débat qui relève de la compétence du législateur - protégeant la vie de l'enfant à naître, notamment dans le cadre d'un homicide involontaire, n'existe hormis la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse, hormis “l'esquisse” de législation concernant le statut de l'embryon humain »⁶.

Les parties civiles se pourvurent en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir restrictivement interprété l'article 221-6 du code pénal en excluant l'enfant à naître de ses prévisions, la *ratio legis* du texte protégeant ici la vie.

Le pourvoi est de manière prévisible rejeté au motif que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que

¹ Crim. 4 mai 2004 : Bull. crim. n° 108 ; D. 2004. Somm. 2754, obs. Roujou de Boubée ; ibid. 2004. 3097, note Pradel ; RSC 2004. 884, obs. Mayaud ; JCP 2004. IV. 2264 ; Dr. pénal 2004. Comm. 124, obs. Véron.

² G. Roujou de Boubée, « La mort du fœtus provoquée par l'imprudence d'autrui », D. 2004 p. 2754.

³ J. Pradel, note sous Crim. 4 mai 2004, D. 2004, p. 3097.

⁴ Y. Mayaud, note sous AP 29 juin 2001, précit.

⁵ Crim. 27 juin 2006 : n° 05-83.767 ; D. 2007. p. 399, note S. Mirabail.

⁶ CA Metz, 17 févr. 2005 : JCP 2005. IV. 2465.

l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ». Par là-même, la chambre criminelle s'aligne sur la formule employée par l'assemblée plénière. Avec le recul, il est alors possible, comme l'avait anticipé M. Pradel¹ en 2001, de voir dans cette formule un simple, mais vain, appel au législateur. Ne se sentant pas en mesure d'inclure l'enfant à naître dans les prévisions relatives à l'homicide involontaire, la Cour de cassation en appelle au législateur pour qu'il comble, par le biais d'une loi spéciale relative à l'homicide involontaire sur l'embryon ou le fœtus, le "vide juridique" laissé par l'article 221-6 du code pénal ; vide au demeurant constaté par le rapport de la Cour pour l'année 1999.

Or, si ce "vide juridique" est de nature à exclure l'enfant décédé *in utero*, il ne fait néanmoins pas obstacle à ce que la Cour valide en cas de naissance, des atteintes *in utero* ayant causé des blessures voire la mort *ex utero*.

332. La répression de l'homicide causant la mort *ex utero*. Puisque la Cour de cassation affirme depuis le 29 juin 2001 que la naissance est la condition *sine qua non* de la protection pénale accordée au titre de la répression de l'homicide involontaire, la haute juridiction a, par la suite, validé l'ancienne jurisprudence permettant de sanctionner des atteintes occasionnées *in utero* mais causant la mort *ex utero*. Dès le 23 octobre 2001², la Cour a rejeté le pourvoi d'un médecin condamné pour homicide involontaire sur un enfant à naître. Ledit médecin, lors d'un accouchement, était parvenu, au moyen de forceps, à créer un traumatisme crânio-encéphalique entraînant une hémorragie intracérébrale et intraventriculaire suivie de complications qui, dans les jours suivants, entraînèrent le décès du nouveau-né. Les juges du fond ont relevé que le médecin avait agi « précipitamment en choisissant une technique d'extraction qui n'était pas justifiée par la situation et que la mauvaise position des forceps a contraint le médecin accoucheur à les repositionner et surtout à procéder à des efforts de traction fœtale violents et répétés » ; ils ont ajouté « que l'utilisation maladroite de ces instruments, effectuée en méconnaissance des règles de l'art, est à l'origine directe des lésions cérébrales irréversibles ayant entraîné la mort ; qu'ils en déduisent que les fautes commises par le prévenu sont la seule et unique cause du décès de l'enfant survenu quelques jours plus tard malgré des soins intensifs ». Dès lors, la Cour de cassation rejette le pourvoi : « il résulte que [le médecin]

¹ J. Pradel, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001. chron. 2907.

² Crim. 23 oct. 2001 : Bull. crim. n° 217 ; Dr. pénal 2002. Comm. 27, obs. Véron ; RSC 2002. 102, obs. Bouloc et p. 100 obs. Mayaud ; Resp. civ. et assur. 2002. Comm. 74.

n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent compte tenu de la nature de sa mission et de sa fonction, de sa compétence ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

Plus éclairante est la solution rendue par la Cour le 2 décembre 2003¹. Après avoir été grièvement blessée dans un accident de la circulation, une parturiente donna naissance le 5 octobre 1998 à un enfant prénommé Yoan² qui, une heure plus tard, décéda des suites des blessures subies lors de l'accident. L'auteur de l'accident est déclaré coupable, en appel³, d'homicide involontaire au motif « qu'elle a, par un défaut de maîtrise de son véhicule, causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc ». En retenant ainsi l'auteur de l'accident dans les liens de la prévention, la cour s'était opposée au parquet, qui considérait que les violences ayant été subies *in utero*, la responsabilité pénale de l'auteur des dommages ne pouvait être retenue, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1999.

La Cour de cassation considère « qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision » et rejette le pourvoi. M. le professeur Mayaud observe, en effet, que « l'homicide est une infraction matérielle, ce qui oblige à se déterminer, pour en reconnaître la réalisation, par rapport au dommage redouté que caractérise la mort de la victime. Tant que ce résultat n'est pas atteint, l'infraction n'est pas légalement consommée [...] Cela revient à dire que, pour juger de l'existence de l'infraction, il faut se situer, non au moment des violences, mais à celui du décès. En l'espèce, l'enfant étant décédé après sa naissance, il méritait donc la protection de la loi »⁴.

Elle juge également qu'il y a homicide involontaire lorsqu'en raison du choix d'un médecin de procéder à un accouchement par voie basse malgré la souffrance fœtale aiguë une anoxie prolongée conduira au décès de l'enfant cinq jours après la naissance⁵.

¹ Crim. 2 déc. 2003 : Bull. crim. n°230 ; D. 2004. 449, obs. Pradel ; RSC 2004. 348, obs. Mayaud ; JCP 2004. II. 10054, note Rassat ; AJ pénal 2004. 118 ; Dr. pénal 2004. Comm. 18, obs. Véron. Rejet du pourvoi contre : Versailles, 30 janv. 2003 : RSC 2004. 83, note Mayaud.

² L'arrêt de cassation le relève !

³ CA Versailles 30 janvier 2003, RSC 2004 p. 83, obs. Mayaud.

⁴ Y. Mayaud, RSC 2004 p. 348, qui remarque bien évidemment que « les postulats servant de support à cette solution restent et demeurent critiquables ».

⁵ Crim. 4 avril 2006, pourvoi n° 05-85845.

La cour d'appel de Lyon, le 30 novembre 2006, se place dans cette lignée : l'autopsie ayant révélé que les poumons de l'enfant, extrait par césarienne, à la suite d'un accident de la circulation, s'étaient déformés, il fut conclut que l'enfant avait respiré. L'auteur de l'accident a donc pu être poursuivi et condamné pour homicide involontaire. (Dict. perm. bioéthique et biotechnologies, bull. n° 167, janv. 2007, p. 6348 ; D. 2007 p. 1102, note J.-C. Galloux, et H. Gaumont-Prat).

333. Répression des blessures involontaires. Dans la même logique, sur le terrain des violences involontaires, la Cour de cassation a, le 2 octobre 2007, retenu la culpabilité d'un médecin qui en raison de son impéritie fut à l'origine de graves séquelles chez l'enfant¹. En l'espèce, le médecin obstétricien de garde dans un hôpital fut informé par téléphone qu'une patiente était installée en salle de pré-travail, suite à une rupture prématurée des membranes et une légère prématurité. Il quitta toutefois le service à 8h30, estimant la césarienne non nécessaire. Or, la patiente accoucha dans la journée d'une enfant atteinte d'une incapacité permanente évaluée à 90 %. Poursuivi pour avoir involontairement causé à l'enfant des blessures ayant entraîné une ITT supérieure à trois mois², il fut condamné en première et seconde instances. Dans son pourvoi, il contesta l'application des blessures involontaires au fœtus ainsi que la caractérisation de la faute et du lien de causalité. Il fit notamment remarquer que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que le délit réprimant les coups et blessures involontaires causés à autrui ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois soit étendu au cas de blessures ayant causé au fœtus une incapacité ; [...] la cour d'appel ne pouvait, dès lors, légalement condamner le docteur X... du chef de coups et blessures involontaires pour ne pas avoir apporté les soins nécessaires au fœtus ».

La Cour de cassation relève alors que « pour déclarer le prévenu coupable, l'arrêt retient, par les motifs propres et adoptés, qu'il a quitté la salle de naissance, sans consulter le dossier de la parturiente, alors qu'il avait été informé par la sage-femme de la rupture prématurée des membranes, des anomalies du rythme cardiaque fœtal montrées par le monitoring et de la prématurité de l'enfant, ce qui aurait dû le conduire à pratiquer une césarienne le 17 février, entre 2 et 3 heures ; [...] les juges en concluent que [le médecin] a commis une faute ayant contribué à causer à l'enfant des lésions irréversibles dont les séquelles ont été constatées après la naissance ». La Chambre criminelle rejette le pourvoi car « en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ».

La construction opérée par la Cour de cassation a donc le mérite de la clarté. La naissance constitue l'étape essentielle afin de faire accéder l'être humain au statut de victime de l'homicide involontaire. L'«autrui» visé par l'article 221-6 s'entend donc d'un individu né, peu important que les atteintes aient été occasionnées *in utero*. L'existence pénale se limite ainsi à ceux qui

¹ Crim. 2 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.259, AJ pénal 2008 p. 32, obs. S. Lavric ; RDSS 2008. 67, obs. Hennion-Jacquet ; JCP 2008. II. 10027, note Valette-Ercole ; RSC 2008, p. 337, obs. Y. Mayaud.

² Art. 222-19 c. pén.

civilement ont acquis la personnalité juridique : si l'être acquiert la personnalité, alors le droit pénal le protège en tant que tel par le biais de ses dispositions générales. Cela revient à faire primer l'identification sur la relation, donc à nier l'altérité de l'embryon. La Cour ne cherche pas à déterminer si un lien de droit est tissé entre l'auteur des faits reprochés et la victime. Les principaux protagonistes ne s'inscrivent dès lors pas dans une perspective relationnelle où chacun est à même d'anticiper les attentes d'autrui pour déterminer son existence.

Cette position, n'est d'ailleurs pas contrariée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la mesure où le droit à la vie est protégé par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il n'est pas étonnant qu'un recours en raison de cette absence de protection *in utero* de l'enfant à naître, ait été formulé devant la juridiction strasbourgeoise. Il est l'œuvre de la première victime de cette jurisprudence, Mme Vo. Elle fut en effet la première partie civile à laquelle on opposa l'interprétation stricte afin de ne pas sanctionner l'homicide involontaire sur un enfant à naître décédant *in utero*¹.

B – La validation opérée par la Cour européenne des droits de l'homme

334. La requête. Suite à l'intervention des dossiers de patientes vietnamiennes portant le même nom de famille et venues consulter en même temps, le gynécologue, praticien à l'Hôtel-Dieu de Lyon, avait cru devoir ôter le stérilet de Mme Thi-Nho Vo, en fait enceinte de cinq mois et qui venait pour une échographie. Le geste avait provoqué la rupture de la poche des eaux, rendant nécessaire l'expulsion du fœtus, provoquant sa mort.

Si en première instance, en juin 1996, le Tribunal correctionnel de Lyon avait relaxé le médecin, estimant qu'un fœtus n'était viable qu'à partir de six mois. La partie civile, puis le ministère public avaient fait appel, le 13 mars 1997, la cour d'appel de Lyon, condamnait le médecin pour homicide involontaire de l'enfant. Cet arrêt fut cassé le 30 juin 1999, la chambre criminelle considérant que « le fait de provoquer involontairement une interruption de grossesse ne constitue pas le délit d'homicide involontaire sur le fœtus, lorsque celui-ci n'est pas viable au moment de cette interruption ». Mme Vo saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme afin de dénoncer « le refus des autorités de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de

¹ Voir supra n° 327.

l'enfant à naître qu'elle portait. Elle se plaint que l'absence d'une législation pénale visant à réprimer et sanctionner une telle atteinte constitue une violation de l'article 2 de la Convention »¹.

335. Ni possible, ni souhaitable de répondre. Pour répondre à une telle requête, la Cour remarque, fort judicieusement, que la problématique se situe sur un autre plan que celle relative à l'interruption volontaire de grossesse : « La Cour est en présence d'une femme qui entendait mener sa grossesse à terme et dont l'enfant à naître était pronostiqué viable, à tout le moins en bonne santé. Cette grossesse a dû être interrompue à la suite d'une faute commise par un médecin et la requérante a donc subi un avortement thérapeutique à cause de la négligence d'un tiers »². Elle en arrive à la conclusion suivante : « La question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus au titre de cet article »³.

Délaissant le terrain du droit et de l'office du juge, la juridiction strasbourgeoise relève que cela « suppose au préalable de se pencher sur l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie, dans la mesure où cet article dispose que la loi protège " le droit de toute personne à la vie " »⁴. Or, après avoir rappelé le fragile équilibre auquel est parvenue la Cour en matière d'avortement, elle soutient que la prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux impose de considérer que « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention »⁵ puisque la « solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des Etats contractants, et en France en particulier, où la

¹ CEDH, gde ch., 8 juill. 2004, § 46 : D. 2004, p. 245, note J. Pradel ; JCP G 2005, I, 110, obs. M. Nadaud ; JCP G 2004, act. 379 ; RSC 2005, p. 135, note F. Massias – V. E. Serverin, « Homicide. Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme » : D. 2004, p. 2801. – J. Mouly, « Le prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation » : RSC 2005, p. 47 – P. Murat, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme » : Dr. famille 2004, comm. 194. – M. Levinet, « La dénégation par le juge européen du droit au respect de la vie de l'enfant à naître » : JCP G 2004, II, 10158.

Il convient ici de remarquer que saisie le 20 décembre 1999, la requête fut initialement attribuée à la troisième section de la Cour ; celle-ci a décidé le 22 mai 2003 de se dessaisir au profit de la grande Chambre en application de l'article 30 de la Convention de sauvegarde considérant que « l'affaire soulevait une question grave relative à l'interprétation de la Convention » (§ 81).

² § 81.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ § 82. Pour une confirmation postérieure, voir CEDH « Evans c/ Royaume-Uni », 10 avr. 2007, supra n° 310.

question donne lieu à débat et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie »¹.

Pour étayer sa position, la Cour met en évidence qu'au niveau européen, « la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus »², « tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux Etats l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne »³.

Par conséquent, « la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention »⁴.

336. Suffisance du recours en indemnisation. En outre, « quant au cas d'espèce, elle considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de Mme Vo entre ou non dans le champ d'application de l'article 2, dans la mesure où, à supposer même que celui-ci s'appliquerait, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique n'ont pas été méconnues par l'Etat défendeur ».⁵ La Cour s'est en effet demandée si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait, satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention. Ainsi, bien qu'elle se refuse à définir la notion de personne, la Cour s'apprête à démontrer, qu'à considérer que l'article s'applique, il n'a, en l'espèce, pas été violé⁶.

Or, « en l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître, celui-ci n'est pas pour autant privé de toute protection en droit français »⁷. En raison du lien intime unissant la mère et l'enfant, la protection de la première suffit à protéger ce dernier : « Il en allait particulièrement ainsi dès lors qu'aucun conflit de droit n'existait entre la mère et le père, pas plus qu'entre l'enfant à naître et ses parents mais où la perte du fœtus résultait de la négligence involontaire d'un tiers »⁸.

La Cour précise alors que « si le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi⁹, [elle] a maintes fois affirmé qu'un système judiciaire efficace

¹ § 82.

² § 84.

³ Idem.

⁴ § 85.

⁵ § 85.

⁶ Cette « gymnastique intellectuelle » (P. Murat, art. précit.) est une véritable épitrope : la Cour ne répond pas à la question de savoir si l'enfant à naître relève de l'article 2 de la Convention mais analyse l'espèce au regard de cette disposition pour démontrer que la France n'y a pas contrevenu.

⁷ § 86.

⁸ § 86.

⁹ CEDH 12 février 2004, « Perez c/. France », Gr. Ch., n° 47287/99, § 70.

tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale »¹.

Après avoir rappelé que « la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe², impose à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort intentionnellement, mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction³ »⁴, la Cour soutient que si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure⁵, elle affirme que « pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause, et le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages et intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées »⁶.

Comme le souligne la Cour, « en plus de la poursuite du médecin pour blessures involontaires sur la personne de la requérante qui se solda certes par l'amnistie de la contravention dont la requérante ne se plaint pas, celle-ci disposait de la possibilité d'engager une action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute alléguée du médecin hospitalier. Par ce moyen, la requérante aurait eu droit à une audience contradictoire sur le fond de ses allégations de faute et à obtenir, le cas échéant, réparation de son préjudice. Une demande d'indemnisation au juge administratif avait des chances sérieuses de succès et la requérante aurait pu obtenir la condamnation du centre hospitalier au versement de dommages et intérêts »⁷. Le fait que l'action fût prescrite, car quatre années s'étaient déjà écoulées, ne constitue pas pour les juges conventionnels une atteinte à l'article 2 puisque le droit à un tribunal n'est pas un droit absolu : « parmi [l]es restrictions légitimes, figurent les délais légaux de prescription »⁸ ; de plus,

¹ § 90.

² CEDH 27 septembre 1995, « Mc Cann et autres c/. Royaume-Uni », série A n° 324, § 147.

³ CEDH 9 juin 1998, « L.C.B. c/ Royaume-Uni », Recueil 1998-III, § 36.

⁴ § 88.

⁵ CEDH, 17 janv. 2002, « Calvelli et Ciglio c/. Italie » : JCP G 2002, II, 157, § 51 ; CEDH 7 novembre 2002 « Giuliano Lazzarini et Maria Paola Ghiacci c/. Italie » (déc), n° 53749/00 ; voir également l'arrêt CEDH 24 octobre 2002 « Mastromatteo c/. Italie » [Gr. Ch.], n° 37703/97, § 90.

⁶ § 90.

⁷ § 91.

⁸ § 92.

« en l'espèce, un délai de prescription de quatre ans ne lui semble pas, en tant que tel, excessivement court »¹.

Par conséquent, « à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application en l'espèce, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention »².

337. Appréciation formelle. Il est difficile de ne pas voir dans cette décision « une magistrale dérobaie »³. En refusant de définir la notion de personne et de déterminer si l'enfant à naître relève de l'article 2 de la Convention, la Cour « contrevient à sa mission fondamentale d'interprétation des textes »⁴. Si « la prudence et l'embarras »⁵ caractérisent la position des juges, il n'en demeure pas moins que leur office impose de trancher les problèmes conceptuels pour déterminer l'applicabilité d'un article de la Convention. En effet, considérer qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention conduit inexorablement la Cour à affirmer que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats. A dire vrai, le fait que ce droit n'est pas absolu n'est pas une découverte⁶. L'article 2 prévoit que « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a - pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b - pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c - pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». Néanmoins, si la référence à la marge nationale d'appréciation⁷ est concevable dans les domaines où la Cour considère qu'il est opportun de laisser subsister une part d'autonomie ou de souveraineté aux Etats contractants, son usage en matière de point de départ du droit à la vie peut apparaître choquant⁸.

Il est néanmoins vrai que la question du point de départ du droit à la vie a toujours embarrassé la Cour : ses jurisprudences sur l'avortement en témoignent. Dans l'affaire « Open Door », elle a également jugé qu'il n'est pas nécessaire de « déterminer si la Convention garantit

¹ § 93.

² § 95.

³ P. Murat, art. précit.

⁴ P. Murat, précit.

⁵ J. Pradel, note précit.

⁶ Par le biais du protocole n° 13, les Etats contractants ont décidé d'abolir sans condition la peine de mort allant ainsi plus loin que le protocole n° 6 dans lequel, par la voie de réserve, la France conserva son éventuelle restauration pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre (voir « Panorama de droit pénal » par G. Roujou de Boubée, *D.* 2006, p. 1649 ; A. Ondoua, « Abolition de la peine de mort et Constitution », *D.* 2006, p. 634).

⁷ V. F. Tulkens, L. Donnay, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, p. 3 - M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *ibidem* p. 25.

⁸ Voir J. Pradel, note précit.

un droit à l'avortement ou si le droit à la vie reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus »¹.

La Cour, comme les juridictions internes, manifeste en réalité un sentiment d'incompétence : il semble ne pas relever de son attribution de déterminer si l'enfant à naître dispose d'un droit à la vie. Si la controverse liée à la personnalité juridique semble expliquer cette problématique, sa liaison indirecte avec l'interruption volontaire de grossesse est à n'en pas douter un élément idéologique pris en considération par les différents juges.

Au final l'appréhension de l'enfant à naître par le droit positif relève indubitablement d'une néantisation² : en l'excluant intentionnellement de la scène juridique, on fait plus que le réifier. Ramener l'humain à l'état de chose³ relève en effet d'une négation de son existence, au sens philosophique du terme.

Si l'on admet que les individus ne doivent être juridiquement identifiés au moyen d'une qualification *a priori*, la personnalité, afin de leur attribuer virtuellement droits et devoirs, mais au regard de la norme invoquée et de la relation qu'elle induit, semble alors se dessiner une alternative. La doctrine s'est ainsi employée à déterminer la voie permettant au droit de sortir du sophisme « la personnalité juridique permet l'attribution de droits et obligations — l'enfant à naître n'a pas la personnalité juridique - l'embryon n'a pas de droits donc n'est pas protégé par le droit à la vie ». Si le masque de la personnalité n'est ici pas capable de protéger celui qui est le plus vulnérable, alors le droit se doit de proposer une solution permettant de dépasser cette qualification abstraite des entités juridiques.

Section 2 – Les termes du dépassement : vers une qualification fonctionnelle d'autrui

« Qu'est-ce que la vie ? un amas de petites circonstances, et les plus grandes passions en sont les humbles sujettes »⁴

338. Afin de s'entendre sur les modalités permettant de dépasser la jurisprudence interne et européenne relative à l'absence de répression de l'homicide d'un enfant à naître, il convient de

¹ CEDH 29 oct. 1992, « Open Door c/. Irlande, RFD const. 1993, p. 213, obs. Sudre.

² S. Tzizis, « Néantiser la vie. A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 juin 2002 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, t. IV, p. 705 ; J. Sainte-Rose, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G* 2004, I, 194, p. 2360.

³ V. A. Decocq, « La main d'Isabelle », *Mélanges Philippe Malaurie*, Def. 2005, p. 199.

⁴ H. de Balzac, *Œuvres diverses*, t. 3, 1846, p. 648

mettre en exergue l'incohérence de ces positions (§ 1) et de proposer une vision fonctionnelle de l'incrimination reposant sur la valeur protégée (§ 2).

§ 1 – L'incohérence à dépasser

339. L'incohérence de la jurisprudence se manifeste tout d'abord en droit pénal (A). En considérant que la protection pénale au titre de l'homicide involontaire n'est due qu'aux êtres dotés de la personnalité juridique, la Cour de cassation crée une distinction non prévue par la loi, donc une discrimination, d'autant plus gênante que l'aléa de la répression repose sur la capacité de l'enfant à naître avant de mourir, le soumettant à un régime juridique moins protecteur que certains animaux ou végétaux. En outre, les distinctions dans les modalités de la répression française ne laissent de surprendre au regard de la dimension systémique que l'on désire attribuer au droit (B). A la lecture de la loi du 31 janvier 1975 et de l'article 16 du code civil, il devient difficile de légitimer l'utilisation de la personnalité dans la détermination des individus protégés.

A – L'incohérence pénale

340. La solution unanime de la Cour de cassation présente deux sortes d'inconséquences. Tout d'abord, la maladresse de la formulation de ses arrêts de principe trahit l'absence de réelle motivation, ou à tout le mieux, son illogisme (1). Plus graves sont les incidences d'une telle solution sur la répression (2) : l'enfant non-né n'est pas protégé lorsque celui qui naît et décède une heure après des blessures occasionnées *in utero* est la victime d'un homicide involontaire. Si l'on y ajoute que la destruction d'œufs de certaines espèces animales est réprimée pénalement, l'incohérence de toute la matière apparaît tant le droit pénal semble faire peu de cas d'un enfant qui faute d'être né, ne peut mourir en homme¹.

1 – L'illogisme de la motivation

341. Interprétation stricte. Lorsque l'assemblée plénière, et plus récemment la chambre criminelle, de la Cour de cassation affirment que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu

¹ L'expression est de M. Vigneau : « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Dr. de la famille* 2000, n° 11, chr., p. 7.

au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »¹, l'emploi du terme « étendre » étonne. La question ne saurait être de savoir si l'incrimination peut être étendue au cas de l'enfant à naître décédant *in utero*, car ainsi poser la question revient à prendre parti : « exclure l'article 221-6 du code pénal au motif que l'interprétation restrictive interdit de "l'étendre" au fœtus c'est répondre à la question par la question »². M. le professeur Mayaud ajoute : « cette manière toute technique de rejeter la qualification est en soi une fin de non-recevoir. Et il est vrai que la menace d'une extension en droit pénal ne peut qu'inciter à la mesure »³.

Il convenait en réalité de savoir si le terme « autrui » contenu à l'article 221-6 du code pénal inclut ou non l'enfant à naître. Les arrêts sont muets sur cette question. La Cour de cassation n'explique pas la raison pour laquelle l'enfant à naître n'est pas un autrui : il ne s'agit pas de motivation mas d'une « pétition de principe »⁴. L'interprétation stricte n'est pas d'une aide plus significative. Si l'on admet que l'alternative quant à l'interprétation du terme se résume à « autrui » est « tout être humain vivant » ou « tout être humain doté de la personnalité juridique », la stricte interprétation ne frappe pas l'esprit telle une évidence⁵. A dire vrai, il est patent que la Cour cherche ici plus à trancher qu'à expliquer.

342. Les textes spéciaux. Quant au renvoi aux textes spéciaux, il a été démontré⁶ que par là, la Cour se livre à un véritable dévoiement de la maxime *specialia generalibus derogant*. Si le droit connaît des dispositions relatives à l'embryon *in vitro* aux articles 511-15 et suivants du code pénal ou protégeant l'interruption volontaire de grossesse aux articles 223-10 du code pénal et L. 2222-1 du code de la santé publique, il est évident que ces dispositions n'entretiennent aucun rapport direct ou indirect avec l'homicide involontaire. Madame le professeur Rassat observe qu'il « n'y a qu'un seul vrai statut, celui des embryons (C. pén., art. 511-15 à 25). [...] Les fœtus n'ont, en revanche aucun statut propre. La seule disposition pénale qui concerne les fœtus et qu'on ne peut guère à ce titre qualifier de statut (ni de "régime") est celle relative à

¹ AP 29 juin 2001, précit. et Crim. 27 juin 2006 précit.

² M.-L. Rassat, JCP G, II, 10569, note sous AP 29 juin 2001. De manière très proche, M. le professeur Murat affirme que cela revient à partir « du postulat que l'article n'est initialement pas applicable au cas de l'enfant *in utero* » (« L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », JCP G 2002, I, 101).

³ Y. Mayaud, « Ultime plainte après l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », D. 2001, p. 2917.

⁴ M.-L. Rassat, précit et P. Murat, précit.

⁵ G. Roujou de Boubée, « Grandeur et décadence de l'interprétation stricte, très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus », in *Mélanges M. Gobert*, Economica 2004, p. 195 s.

⁶ V. supra n° 329.

l'interruption volontaire de grossesse. Or chacun devrait savoir que la législation sur l'interruption de grossesse n'est en aucun cas significative de rien »¹.

Puisque ces dispositions sont éparses et fragmentaires, il est impossible d'en tirer un régime juridique commun à l'embryon, au fœtus et à l'enfant à naître : « il est parfaitement faux de laisser entendre à titre de conclusion que le législateur aurait écarté de manière générale l'application à l'embryon ou au fœtus d'un droit commun pénal »². Par conséquent, il n'est pas étonnant de lire sous la plume d'un auteur que l'attendu de la Cour est « une formule juridiquement malheureuse »³.

343. Idée sous-jacente. Il est ici difficile de ne pas voir que « l'interprétation stricte cache fort mal l'enjeu politique de la question »⁴. Même si réprimer les atteintes involontaires à la vie d'un enfant à naître en raison d'imprudences n'entame en rien les acquis de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse, il est évident qu'un raccourci intellectuel⁵, s'apparentant à une absence de raisonnement, tend à lier les deux problématiques. En 2001, la Cour de cassation rendit sa décision alors que le législateur venait de s'engager sur la voie d'une nouvelle libéralisation de l'avortement par la loi du 4 juillet 2001⁶. Or, cela revient à traiter de la même façon l'imprudence dont a été victime une femme enceinte et celle qui en raison de sa détresse ou d'un motif médical décide de recourir à un avortement.

2 – L'incohérence de la répression

344. La distinction entre enfants à naître. La première des incohérences résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation réside dans la distinction de traitement accordé à l'enfant à naître. De sa capacité à naître vivant dépendra l'existence d'un régime juridique de protection⁷. Si la différence factuelle peut aisément être perçue, l'enfant dans le ventre de sa mère n'est certes pas l'enfant qui en est séparé, la différence de régime répressif paraît quant à elle excessive.

¹ M.-L. Rassat, art. précit.

² P. Murat, précit.

³ Y. Mayaud, précit.

⁴ Y. Mayaud, précit.

⁵ Voir infra n° 352.

⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception allongeant le délai d'IVG à douze semaines : v. Cons. const. 27 juin 2001 : D. 2001. 2533, note Mathieu ; D. 2002. Somm. 1948, obs. G. Nicolas ; JCP 2001. II. 10635, note Franck ; JCP 2002. I. 128, n° 15, obs. Mathieu et Verpeaux. – Mouton, Dr. fam. 2001. Chron. 18. – Brunetti-Pons, ibid. Chron. 23.

Ainsi a-t-on pu écrire que « par la position qu'elle a prise, la Cour de cassation s'est donc exposée à la critique respectueuse des juristes, mais elle a évité celle plus redoutable, et autrement plus acerbe, de mouvements de pensée moins empreints de juridisme » (Y. Mayaud, précit).

⁷ Crim. 2 décembre 2003, voir supra n° 332.

Comme le relève M. l'avocat général Sainte-Rose, l'application de la loi pénale « dépend alors de la gravité de ses blessures, de sa résistance, donc de facteurs contingents et non de la gravité de la faute comme l'a voulu le législateur. Il apparaît en tout cas que blesser un enfant dans le sein maternel est un délit s'il naît vivant mais que le tuer n'est pas pénalement punissable »¹. M. le professeur Murat partage une telle analyse : « comment d'ailleurs sérieusement expliquer que l'enfant qui aura vécu quelques instants se voit reconnaître cette place de victime alors que celui qui sera mort *in utero* se voit dénier la même qualité : c'est faire dépendre la structure de notre droit pénal de facteurs particulièrement dénués d'intérêt »².

Il est possible d'en déduire logiquement que « l'automobiliste fautif qui blesse accidentellement une femme en état de grossesse trouvera avantage à la mort immédiate de l'enfant à naître »³. Le paradoxe est encore plus grave dans le domaine médical. Le médecin qui blessera un enfant *in utero* « aura donc tout intérêt à ce que celui-ci ne naisse pas vivant alors qu'il a sa vie entre ses mains. Le gynécologue ou l'obstétricien qui s'efforcera, comme il en a le devoir, de sauver l'enfant à naître s'exposera à des poursuites pénales, ce qui ne sera pas le cas de son confrère moins consciencieux qui laissera mourir cet enfant »⁴.

Il est difficile de soutenir que le droit peut admettre qu'un individu ait plus intérêt à tuer qu'à blesser. Cette incohérence est d'autant plus frappante que la distinction ne se traduit pas en une variation de peines mais en l'existence ou non de la répression.

345. Au regard de la protection pénale *lato sensu* de l'embryon. Dans la mesure où l'enfant à naître n'est pas autrui au sens de l'article 221-6 du code pénal, il ne peut davantage l'être au sens du meurtre, de la non-assistance à personne en péril voire de la mise en danger. Toutes ces incriminations font d'autrui⁵ ou de la personne⁶ la victime des infractions réprimées.

Dès lors, celui qui porterait intentionnellement des coups sur une femme enceinte dans le but de tuer l'enfant qu'elle porte ne serait pas coupable de meurtre⁷. Or, il ne s'agirait pas davantage d'une interruption de grossesse sans la volonté de la mère incriminée à l'article 223-10

¹ J. Sainte-Rose, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G* 2004, I, 194, p. 2360.

² P. Murat, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *JCP G* 2002, I, 101.

³ Idem. Il en induit une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale : « donner la mort avant la naissance » !

⁴ Idem.

⁵ Art. 221-6 C. pén. incriminant le meurtre ; art. 223-1 incriminant le délit de risques causés à autrui.

Il convient néanmoins d'observer que pour la Cour de cassation, en matière d'atteinte à la vie privée, « autrui » peut désigner un individu mort : Crim. 20 oct. 1998 : Bull. crim. n° 264. Voir infra n° 434.

⁶ Art. 223-6 C. pén. quant à l'omission de porter secours.

⁷ La question semble plus délicate au regard des coups mortels. Si l'article 222-7 dispose que « les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle », il ne précise nullement le destinataire de la protection. Même si le chapitrage est identique à celui de l'homicide involontaire, il n'en reste pas moins que l'interprétation stricte se heurte à un obstacle de taille : l'absence de terme définissant la victime. Or, la loi paraît claire : c'est la vie humaine qui est ici protégée.

du code pénal¹. Mme Rassat le note fort judicieusement : « la question ne se confond nullement [...]. Ce que punit, en effet, l'article 223-10 [...], c'est l'intervention médicalisée seule susceptible d'être qualifiée d'interruption de grossesse au sens de la loi. Elle ne constitue pas, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs l'incrimination d'un fœticide volontaire »². Il ne s'agit en effet que d'une incrimination protégeant le consentement de la mère à une interruption de grossesse.

En droit pénal, avortement et homicide sont bien des infractions différentes. Si dans le meurtre, le dol général suppose la volonté de l'acte de violence et la volonté de tuer, l'avortement nécessite un dol spécial : la volonté de débarrasser la femme enceinte de sa grossesse³. Si ce dol spécial vient à manquer, « on est en présence d'un homicide dont l'assemblée plénière nous dit indirectement mais nécessairement qu'il n'est pas un meurtre »⁴. Or, l'avortement n'est pas un fœticide, il s'agit de « l'expulsion prématurée du produit de la conception »⁵.

346. Au regard de la mère : l'enfant est un néant. Rejeté ostensiblement de la catégorie des personnes, l'enfant à naître ne peut être accueilli que par l'autre branche de la *summa divisio* des classifications juridiques, les choses. Pour écarter l'application de l'homicide involontaire, la Cour de cassation soutient que l'enfant à naître relève d'un régime juridique propre. De prime abord, il est loisible de constater que le terme « régime » s'applique plus classiquement aux choses, la notion de « statut » convenant davantage aux personnes⁶. Si le fœtus et l'embryon ne sont pas des personnes et qu'ils relèvent d'un régime spécial, force est de constater que, pour la Cour de cassation, *a priori*, ces êtres sont des choses⁷.

Or, la loi est une fois de plus carencée. Alors que les articles 222-19 à 222-20-1 prévoient une qualification délictuelle des violences involontaires ayant entraîné une interruption temporaire de travail supérieure à trois mois, ou en cas de faute délibérée⁸, à la différence des violences

¹ Art. 223-10 C. pén. : « L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

² M.-L. Rassat, JCP G, II, 10569, note sous AP 29 juin 2001.

³ Pour une présentation légèrement différente, voir M.-L. Rassat, art. précit.

⁴ M.-L. Rassat, art. précit.

⁵ Vouin R., cité par M.-L. Rassat, art. précit.

⁶ Voir M.-L. Rassat, art. précit.

⁷ Or, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est bien l'altérité de l'embryon qui est niée : « entre le « non-moi » chose et le non-moi personne, l'embryon trouve difficilement sa place ; si c'est une chose, le concept d'altérité n'est pas pertinent, car il ne concerne que les personnes qui, pour être « autres » que moi, sont cependant « comme » moi de ce point de vue » : M.-L. Mathieu-Izorche, « L'altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 65 n° 18.

⁸ Il est même envisagé une circonstance aggravante en cas de survenance de l'accident au moyen d'un véhicule terrestre à moteur.

volontaires¹, les violences involontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ne sont pas expressément incriminées.

Aussi étrange que cela puisse paraître, alors que l'article 223-1 punit d'un an d'emprisonnement et de 15.000€ d'amende le simple fait « d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement », aucune incrimination ne punit spécialement la survenance involontaire d'une telle mutilation.

347. Au regard de la destruction d'animaux. A la question de savoir s'il faut être une personne pour bénéficier de la protection pénale, le droit répond par la négative. L'article R. 655-1 du code pénal dispose : « Le fait, sans nécessité, publiquement ou non, de donner volontairement la mort à un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe ». En cas de sévices graves sur animaux, l'auteur des faits encourt au sens de l'article 521-1 deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende. Mieux, l'article R. 655-1 du code pénal punit d'une amende de la 3^{ème} classe « le fait par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, d'occasionner la mort ou la blessure d'un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité ».

L'article L. 415-3 du code de l'environnement punit de « de six mois d'emprisonnement et de 9 000 euros d'amende :

1° Le fait, en violation des interdictions prévues par les dispositions de l'article L. 411-1 et par les règlements pris en application de l'article L. 411-2 :

- a) De porter atteinte à la conservation d'espèces animales non domestiques, à l'exception des perturbations intentionnelles ;
- b) De porter atteinte à la conservation d'espèces végétales non cultivées ;
- c) De détruire des sites contenant des fossiles permettant d'étudier l'histoire du monde vivant ainsi que les premières activités humaines, de détruire ou d'enlever des fossiles présents sur ces sites ».

M. l'avocat général Sainte-Rose remarque alors : « l'animal à naître est pénalement protégé ! Contrarier par mégarde le « projet parental » d'un crapaud vert, d'une pie grièche, d'une couleuvre vipérine ou d'un papillon vitrail, pour ne citer que ceux-là, est passible de six mois

¹ Art. 222-9 C. pén. : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

d'emprisonnement tandis que causer la mort d'un fœtus, serait-il sur le point de naître et quelle que soit la gravité de la faute commise, relève tout au plus du droit commun de la responsabilité civile »¹.

Peut-on dès lors, comme le fait la Cour de cassation, imaginer que le législateur ait voulu écarter l'enfant à naître des prévisions des incriminations générales alors qu'il sanctionne les atteintes volontaires et involontaires aux animaux, à leurs œufs et aux végétaux ? Le texte de l'article 221-6 ne fait pas de différence entre l'être humain né et l'enfant *in utero* ; en outre, on ne retrouve pas dans les travaux préparatoires une telle intention chez le législateur². La maxime « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », devrait conduire à la conclusion que l'enfant à naître est protégé par la loi pénale réprimant l'homicide involontaire. Il est clair que la non-pénalisation des atteintes à la vie de l'enfant à naître ne réside pas dans la *ratio legis* mais dans les décisions des juges « qui réalisent un véritable exploit : pour la première fois en effet dans notre ordre juridique, l'être humain en gestation prend place après l'animal et la progéniture de celui-ci »³.

348. Au regard de l'entrave à IVG. Créé par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse⁴ a fait l'objet au cours des années 1990 d'une application rigoureuse par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 31 janvier 1996⁵, des opposants à l'interruption volontaire de grossesse s'étaient introduits dans la salle d'intervention du service d'orthogénie d'un hôpital afin de s'y enchaîner. Poursuivis pour entrave à interruption volontaire de grossesse, ils firent notamment valoir qu'ils avaient cherché à sauvegarder des enfants à naître d'une atteinte à leur vie. La Cour de cassation rejeta leur pourvoi au motif que « l'état de nécessité, au sens de l'article 122-7 du code pénal, ne saurait être invoqué pour justifier le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, dès lors que celle-ci est autorisée, sous certaines conditions, par la loi du 17 janvier 1975 ». Si la loi admet comme cause d'irresponsabilité l'état de nécessité, cette justification ne saurait faire échec à une action que la loi elle-même autorise.

¹ J. Sainte-Rose, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G* 2004, I, 194, p. 2360. Il conclut : « Qu'il nous soit permis de déplorer que la vie d'un enfant attendu (ce que nous avons tous été), ignorée à présent du droit pénal, soit devenue moins importante que celle d'un caniche voire d'un amphibien encore dans l'œuf ou d'une tulipe sauvage et que seule soit pénalement protégée la liberté d'avorter qui n'est plus fondamentalement remise en cause alors que la liberté de procréer, celle de mettre au monde des enfants et d'assurer le renouvellement des générations, n'est pas jugée digne d'une telle protection ».

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ Ancien article L. 162-15 CSP devenu art. L. 2223-2 CSP par l'ordonnance 2000-548 2000-06-15 du 22 juin 2000.

⁵ Crim. 31 janv. 1996 : Bull. crim. n° 57 ; Dr. pénal 1996. 87, obs. J.-H. Robert ; Gaz. Pal. 1996. 2. Somm. 319, note Bonneau ; *ibid.* 1998. 1. Doctr. 336, obs. Pain-Masbrenier ; JCP 1996. II. 22713, note Dorsner-Dolivet ; RSC 1996. 670, obs. Delmas Saint-Hilaire, et 848, obs. Boulloc.

La Cour a notamment précisé le 27 novembre de la même année que « la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit »¹. Or, malgré ce rappel, la Cour de cassation a développé une jurisprudence considérant que le respect par les centres hospitaliers procédant à des interruptions de grossesse des conditions légales de l'avortement n'a pas à être prouvé pour que l'infraction soit constituée².

Si en 1996 le non-respect de la loi Veil n'avait pas été démontré par le commando anti-IVG, la situation était nettement différente dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 1999³. En l'espèce, la cour d'appel de Chambéry⁴ considéra qu'à partir du moment où il était démontré par les prévenus que toutes les conditions de la loi Veil n'avaient pas été respectées par l'établissement concerné elle ne pouvait entrer en condamnation du chef d'entrave à l'IVG. Or, en rappelant que « la preuve du respect des exigences des art. L. 162-1 et s. c. santé publ. n'est pas une condition du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse », la chambre criminelle casse la décision d'appel. C'est dire que la présomption de respect de la loi de 1975 par les centres hospitaliers est irréfutable.

349. Leçons. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces décisions. Tout d'abord il est clair pour la Cour de cassation que le moyen tiré de l'état de nécessité est recevable bien que rejeté, au fond, en raison de la prescription légale de 1975. Dans la mesure où les termes mêmes de l'article 121-7 du code pénal font de l'état de nécessité une réaction à un danger actuel ou imminent menaçant la personne, autrui ou un bien, il en résulte que l'enfant à naître est soit autrui, soit un bien. Puisque les pourvois se fondent sur la nécessité de sauvegarder autrui, implicitement, mais sûrement, la Cour admet que l'enfant à naître est autrui.

Néanmoins, cette justification doit être appréciée au regard d'un autre fait justificatif reconnu par le code pénal à l'article 122-4 alinéa premier, l'autorisation de la loi. Les solutions de la Cour de cassation révèlent alors un paradoxe. Il est en effet difficile de soutenir que « la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit » et de poser une présomption irréfutable de respect de

¹ Crim. 27 nov. 1996 : Bull. crim. n° 431, 2 arrêts ; RSC 1998. 117, obs. Delmas Saint-Hilaire.

² Crim. 5 mai 1997 : Bull. crim. n° 158 ; RSC 1998. 117, obs. Delmas Saint-Hilaire : « la preuve du respect par l'établissement hospitalier des exigences des articles L 162-1 et suivants du code de la santé publique n'est pas une condition préalable du délit de l'article L 162-15 de ce code ». Formule reprise *in* Crim. 2 sept. 1997 : Dr. pénal 1997, comm. 156, obs. J.-H. Robert - 2e arrêt.

³ Crim. 7 avril 1999, pourvoi n° 97-85.978, D. 1999. IR. 138.

⁴ CA Chambéry 20 nov. 1996 : Dr. pénal 1997, comm. 156, obs. J.-H. Robert - 1er arrêt.

cette loi par les centres hospitaliers. S'il est vrai que le respect des conditions posées par le code de la santé publique pour recourir à une interruption volontaire de grossesse ne constitue pas un élément constitutif du délit d'entrave, il en constitue, à n'en pas douter, une condition préalable. L'on voit mal, en effet, en quoi serait coupable un individu qui tenterait ou parviendrait à faire échec à une interruption de grossesse illégale que le code pénal ou le code de la santé publique incrimine. La confusion vient sans doute du fait que la Cour a du mal à tirer les conclusions de ses propres constatations : l'interruption de grossesse est une exception au regard du principe selon lequel respect est légalement dû à tout être humain dès le commencement de sa vie, commencement qu'il est difficile de ne pas situer à la conception.

Or l'incohérence ne s'arrête pas aux frontières du droit pénal. Si l'on soutient l'idée que le droit doit être appréhendé tel un système, il est désormais évident que le droit à la vie ne peut plus en constituer un pilier. La protection de ce droit par le code civil trouve en l'assemblée plénière de la Cour de cassation un sérieux adversaire lorsque l'on compare sa jurisprudence pénale à ses décisions sur la possibilité de demander l'indemnisation d'une vie handicapée suite à l'impossibilité pour une mère d'avoir eu le choix d'avorter.

B – Une construction non systémique

350. Absence de droit à la vie et droit à ne pas vivre. Le droit à la vie présente la particularité de ne pas protéger un droit à l'accès à la vie mais un simple droit de rester en vie. Considérer que les atteintes à la vie d'un embryon, en dehors des cas prévus par le code de la santé publique, ne constituent pas des homicides si l'enfant ne vient pas à naître, revient à dénier le droit à la vie à l'embryon. Il est évident que le droit ainsi réclamé n'est pas un droit à la vie mais bien, une fois de plus, le droit de rester en vie et le droit à ce que les atteintes à cette vie soient sanctionnées. La jurisprudence de la Cour de cassation telle que validée par la Cour européenne revient donc à dire que pour être détenteur du droit à la vie, il ne suffit pas d'être un être humain et d'être en vie, il convient en outre d'être né, vivant¹ pour faire valoir ce droit. Au-delà du fait même que l'ajout de cette condition ne repose sur aucun fondement juridique², le trouble est encore plus grand lorsque l'on se penche sur un autre grand arrêt rendu par

¹ L'exigence de viabilité est clairement exclue par la chambre criminelle : un enfant qui meurt une heure après sa naissance des suites d'un accident de la circulation subi *in utero* n'est clairement pas viable : Crim. 2 déc. 2003, voir supra n° 332.

² La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose, cependant, en son article 1^{er} que : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». La formule de la Déclaration américaine d'indépendance du 4 juillet 1776 est bien plus protectrice en ce qu'elle affirme en son paragraphe second : « tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur ».

l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000. L'on sait en effet que dans la décision « Perruche »¹, la Cour a soutenu que « l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ». Or, il résulte des deux jurisprudences de l'assemblée plénière de la Cour de cassation que les atteintes à l'enfant à naître ne sont pas sanctionnées par le droit quand un tiers provoque sa mort *in utero* et, à rebours, que l'enfant à naître dont l'avortement échoue ou dont la mère n'a pu faire le choix d'y recourir, a un droit à être indemnisé en raison du fait que l'on ne l'a pas empêché de vivre avec son handicap. Bien que la Cour de cassation ait cru bon de préciser postérieurement que le préjudice indemnisé est le handicap, et non le fait de ne pas avoir été avorté², l'incise n'emporte nullement la conviction tant les « vices du raisonnement initial »³ sont flagrants : dans l'affaire « Perruche », il n'y a aucun lien de causalité entre le non-décèlement de la rubéole et le handicap souffert par l'enfant. Selon Monsieur le professeur Mazeaud, « même si le laboratoire avait diagnostiqué la rubéole de sa mère et si le médecin avait correctement exécuté son obligation d'information, l'enfant aurait quand même été atteint du handicap dont il souffre. Il n'existe donc pas de lien de causalité, pas même une once ou un brin de causalité »⁴. En effet, sauf à considérer que la maxime « *post hoc ergo propter hoc* » est devenue le nouveau principe de la causalité en droit de la responsabilité civile, le handicap a pour cause exclusive la rubéole contractée par la mère et non le fait de ne pas l'avoir décelée⁵.

En outre, le fait que sa mère n'ait pu librement exercer son choix quant à l'avortement n'a eu qu'un effet sur son enfant : vivre avec son handicap. L'erreur de diagnostic n'a qu'une incidence juridique sur l'enfant : celui de ne pas être avorté et, plus tard, de naître avec son

¹ Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, « Perruche » : Bull. civ. n° 9 ; R., p. 319 et 389 ; D. 2001. 332, note D. Mazeaud et note Jourdain ; ibid. Somm. 2796, obs. Vasseur-Lambry ; JCP 2000. II. 10438, rapp. Sargos, concl. contraires Sainte-Rose, note Chabas ; Gaz. Pal. 2001. 37, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Guigue ; Dr. fam. 2001, n°11, note Murat ; Contrats Conc. Consom. 2001, no 39, note Leveneur ; RTD civ. 2001. 103, obs. Hauser ; ibid. 149, obs. Jourdain ; ibid. 226, obs. Libchaber. V. également, J.-L. Aubert, « Indemnisation d'une vie handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas du être », D. 2001 chron.489 ; L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001. chron.492 ; A. Sériaux, « Morale sur Perruche », Droits, 2002 p.134 ; P.-Y. Gautier, « Note autour de l'affaire Perruche », Droits 2002 p.147 ; P. Jourdain, « Loi anti-Perruche, une loi démagogique », D. 2002, Point de vue, p. 891.

² Cass., ass. plén., 28 nov. 2001, arrêt n° 486, pourvoi n° 00-14.248 : JCP G 2001, act. n° 49, p. 2237 : « le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap ».

³ P. Murat, Dr. fam. 2001, n°11.

⁴ D. Mazeaud, « Réflexions sur un malentendu », D. 2001 p. 332

⁵ Pour une opinion contraire, voir P. Jourdain, « L'indemnisation du préjudice de l'enfant né handicapé consacrée par l'Assemblée plénière », D. 2001 p. 332.

handicap. Dès lors, l'intérêt juridiquement protégé est « celui de ne pas naître, si le handicap ne peut être évité »¹.

351. Le bris de jurisprudence². Pour faire échec à cette jurisprudence, la loi n° 2002-403³ du 4 mars 2002, en son article 1er-I⁴, a précisé : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. (Alinéa 2) La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer ». Il est vrai que l'on peut légitimement s'interroger sur la pertinence du premier alinéa au regard de la volonté affichée du législateur⁵. La Cour a toujours pris le soin de préciser que le handicap était indemnisé non les faits de rester en vie, et par la suite, de naître. En réalité, il semble que « c'est par rapprochement avec l'alinéa 2 et l'intention du législateur traduite par les travaux parlementaires, dont la lecture éclaire l'interprétation que l'on peut, en revanche, comprendre cet alinéa 1^{er} comme interdisant l'action "de vie dommageable" lorsque le handicap n'est pas imputable, de par soi ou par son aggravation, à une faute médicale prouvée »⁶.

Par conséquent, porter atteinte à la vie d'un enfant à naître n'est pas pénalement sanctionné dès lors que l'enfant meurt *in utero* ; néanmoins, continuer à vivre handicapé peut constituer un préjudice. On peut ainsi lire sous la plume de M. le professeur Hauser : « en quelques mois la plus haute juridiction nous aura délivré deux messages complémentaires : est puni civilement celui par la faute duquel le fœtus est arrivé à la vie et n'est pas puni pénalement celui par la faute duquel il est arrivé à la mort »⁷.

¹ L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D.2001. chron.492. Le professeur Sériaux confirme une telle analyse : « Son préjudice, c'est l'obligation de vivre handicapé alors que "grâce à" l'interruption de grossesse il aurait pu en aller autrement », (*« Perruche » et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification*, D. 2002, p. 1996). Il ajoute : « Lui faire accroire qu'il est une victime, comme le veut la Cour de cassation, n'est-ce point agiter en lui le sentiment pathologique d'une antériorité du sujet par rapport à lui-même et le plonger ainsi davantage à la racine de son mal ? » (idem).

² Expression du doyen Cornu : *Droit civil, introduction au droit*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007, n°446, « Destin de la Jurisprudence ».

³ Voir A. Sériaux, « Jurisprudence Perruche : une proposition de loi ambiguë », D. 2002, p. 579 ; M. Bandrac, *Etudes Normand*, Litec, 2003 (déné d'action) - Bocquillon RDSS 2002. 358 - Brun, RCA 2002. Chron. 8 - De Forges, RDSS 2002. 645 - Dreifuss-Netter, LPA 19 juin 2002. - Hauser et Delmas Saint-Hilaire, RJP 2002-6/13 - Jourdain, D. 2002. Point de vue. 891 - Lambert-Faivre, D. 2002. Chron. 1217 - Malaurie, JCP 2003. I. 110 - Mémeteau, Gaz. Pal. 2002. Doctr. 1476 (fallait-il légiférer?) - Mistretta, JCP 2002. I. 141. - Neyret, D. 2003. Chron. 1711 (« Tout risque d'action en responsabilité de l'enfant contre sa mère est-il écarté ? ») - Putman, RJP 2002-5/13.

⁴ Devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles depuis la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 (art. 2-II).

⁵ G. Mémeteau, Gaz. Pal. 2002. Doctr. 1476 (« Fallait-il légiférer ? »).

⁶ Idem.

⁷ J. Hauser, « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD civ.* 2001 p. 560.

Or, c'est en définitive la protection juridique de la vie qui perd toute valeur avant la naissance de l'être humain. Dans la mesure où une telle protection implique que toutes atteinte et tentative d'atteinte soient réprimées voire que l'on puisse faire cesser un fait le menaçant¹, il est clair que ce droit n'existe pas *in utero*. Si un enfant à naître peut être tué *in utero* sans qu'il n'y ait, juridiquement, homicide, et si l'enfant n'ayant pas eu l'occasion (la chance ?) d'être tué peut être indemnisé en raison du fait de vivre avec un handicap que les médecins ne pouvaient soigner, il convient de conclure à un néant et à un droit au néant : l'enfant à naître n'est rien mais il peut être indemnisé, en cas de naissance, si un médecin a privé sa mère d'une information qui l'aurait probablement incité à avorter². Il n'est pas étonnant que M. Mémeteau ait proposé une vision désabusée de ces jurisprudences : « à quoi bon ces discours et ces arrêts ? L'enfant conçu n'est personne ; il n'est pas autrui ce qui dispense d'écrire ce qu'il est d'autre, tout bonnement parce qu'il n'est rien d'autre »³.

352. L'être humain en droit. Il ne semble pas inutile de rappeler que la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse prévoyait en son article 1^{er} que « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ». L'article 16 du code civil issu de la première loi bioéthique en date 29 juillet 1994 dispose quant à lui : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Le code de la santé publique reprend cette dernière disposition en son article L. 2211-1, l'article L. 2211-2 précisant : « Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre ». Ajoutons que le Conseil constitutionnel le tient pour l'égal en dignité de l'individu déjà né⁴.

¹ C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, avant-propos Ph. Le Tourneau, préf. R. Bout, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

² Il convient d'ajouter que, selon la Cour de cassation, doit être cassé l'arrêt de la cour d'assises qui, pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile faite au nom d'un enfant né des relations incestueuses imposées par un père à sa fille mineure, énonce que l'enfant n'est pas la victime du viol commis sur sa mère et qu'il ne subit aucun préjudice découlant de cette infraction (Crim. 4 févr. 1998 : Bull. crim. n° 43 ; D. 1999. 445, note Bourgault-Coudeville ; JCP 1999. II. 10178, note Moine-Dupuis ; RSC 1998. 579, obs. Dintilhac ; Dr. pénal 1998. Comm. 104, obs. Maron). L'on ne peut que constater qu'au moment même où l'infraction est consommée, cette victime par ricochet n'existait pas.

³ Mémeteau G., art. précit. Proche est l'opinion de Mme Terrasson de Fougères : « il n'y avait pas d'être juridique, il y avait quelque chose que l'on n'a su qualifier. Après un temps d'incertitude, une option est choisie : ce n'était rien » (« La résurrection de la mort civile », *RTD civ.* 1997 p. 893).

⁴ Conseil constitutionnel décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, précit.

Sauf à considérer que la vie commence à la naissance¹, l'on voit mal comment la loi pénale pourrait se garder de respecter le principe de protection juridique accordé par le législateur en 1975 et rappelé en 1994 dans deux codes. Or, il convient ici de faire siens les propos de Madame Rassat : « Il serait temps, vingt-six ans après la libéralisation de certaines formes de l'avortement, de cesser de faire preuve d'hypocrisie et d'accepter de regarder la vérité en face. Il n'y avait aucune "impasse"², aucune inconciliabilité ni aucune incohérence interne³, aucune "incompatibilité de principe"⁴ et encore moins aucune insignifiance⁵ dans la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse »⁶.

L'idée de la loi de 1975 n'a, en effet, jamais été de faire sortir l'embryon de la catégorie des personnes pour mieux justifier que l'on puisse porter atteinte à sa vie. Elle n'a fait que prévoir les exceptions au nom desquelles il était possible de porter atteinte au droit à la vie de l'embryon : « Le législateur, dans l'appréciation de l'intérêt social qu'en démocratie il est seul habilité à définir, a estimé que l'ordre social exigeait qu'on préfère à la vie de l'enfant le bien-être de la femme dont on lui a, au surplus, accordé le droit d'être seule juge »⁷. Dès lors, « ce n'est pas parce que l'embryon peut être supprimé dans le cadre de l'interruption de grossesse qu'il a cessé, d'une façon générale, d'être une personne de droit pénal. Une solution clairement présentée comme exceptionnelle ne peut rien permettre d'inférer quant à quelque autre problème que ce soit »⁸.

Il résulte de tout ceci que la position défendue par la Cour de cassation doit être dépassée. L'alternative est alors simple : soit la Cour opère un revirement de jurisprudence, soit le législateur intervient pour pénaliser les atteintes à l'enfant à naître.

§ 2 – La cohérence d'une alternative

353. Branches de l'alternative. Deux voies s'ouvrent au juriste désirant attribuer à l'enfant à naître une protection pénale en raison des atteintes intentionnelles, ou non, à sa vie. Face au refus constant de la Cour de cassation de voir en l'embryon une personne humaine digne d'entrer dans les prévisions de l'homicide involontaire, il a ainsi été proposé d'intervenir

¹ Puisque avant la vie, il n'y a rien, l'embryon puis le fœtus seraient bel et bien le néant.

² F. Dekeuwer-Desfossez, JCP G 1982, II, 19732

³ L. Collet-Askri, LPA 2000, n° 119, p. 16.

⁴ Y. Mayaud, RSC 1999, p. 815.

⁵ S. Veil, JO Sénat 1974, p. 2926

⁶ M.-L. Rassat, art. précit. Pour une vision identique, v. M. Herzog-Evans, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000 p. 65.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

législativement afin de combler ce « vide juridique » et assimiler l'embryon à un autrui (A). Il a été en outre proposé au juge de cassation de réinterpréter l'article 221-6 du code pénal à travers la valeur qu'il protège de sorte que le juge ne se sente pas impuissant à l'idée de conférer aux enfants à naître la protection de son droit à la vie : l'embryon serait autrui (B).

Dans les deux cas, l'objectif est alors de faire bénéficier les enfants à naître de la protection juridique de la vie. En acceptant l'idée que le droit protège les êtres humains dès le commencement de leur vie, il semble en effet possible que les embryons et fœtus soient protégés par la loi, et ce, sans acquisition de la personnalité juridique. A partir du lien de droit et non d'une construction juridique *a priori*, l'on tend alors à dépasser l'échec de la réception de l'altérité. On se dirige, en effet, vers une reconnaissance de l'idée selon laquelle, c'est dans la relation que l'identification des êtres se fait en droit. L'abstraction de la personnalité peut être dépassée par une conception relationnelle de l'identité juridique que l'altérité véhicule : l'existence juridique précéderait l'essence (la personnalité) en ce que la relation permettrait l'identification d'autrui.

Toutefois, force est de constater que la voie législative fut un échec cuisant et que malgré les démonstrations doctrinales, la Cour de cassation reste muette à l'idée selon laquelle l'enfant à naître est autrui.

A – L'intervention législative : l'embryon tel un autrui

354. Options. A première vue, pour que l'atteinte à la vie d'un enfant à naître soit expressément incriminée par la loi pénale, deux voies semblent s'ouvrir au législateur : soit affirmer que l'enfant à naître relève des prévisions pénales en matière d'atteinte à la vie (ce qu'il peut limiter ou non à l'homicide involontaire), soit créer une infraction autonome d'homicide sur enfant à naître. Or, le législateur, pour résoudre le problème créé par la jurisprudence de la Cour de cassation, a essentiellement opté pour une troisième voie : incriminer le fait de porter atteinte, de manière non-intentionnelle, à la grossesse, faisant de la mère la destinataire de la protection pénale. Cette troisième voie ne manqua pas de heurter ceux qui, par erreur commune¹, avaient cru voir dans la loi de 1975 une réification de l'embryon ; ce qui conduisit néanmoins à l'abandon du projet de loi.

¹ *Error communis facit jus ?*

355. Frontispice : guide général d'interprétation. Bien que la Cour de cassation renvoie aux textes spéciaux concernant l'embryon et le fœtus pour rejeter la qualification d'homicide involontaire, il est possible d'envisager une solution autre que l'édiction d'une incrimination spéciale d'homicide involontaire sur les embryons ou fœtus. Puisqu'il s'agit d'un problème d'interprétation, la loi pourrait préciser que le terme autrui désigne tout être humain dès sa conception. A dire vrai, une telle précision ne devrait pas figurer à l'article 221-6 du code pénal. En effet, il a été démontré que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'homicide involontaire n'a pas que des incidences sur cette incrimination, loin s'en faut. Dans la mesure où il est difficilement concevable qu'un individu exerçant intentionnellement des violences sur une femme puisse échapper à des poursuites pour coups mortels, voire homicide volontaire, si l'enfant venait à décéder *in utero*, il semble opportun que la définition d'autrui, ou tout simplement de la personne humaine, se trouve en frontispice du livre deuxième « Des crimes et délits contre les personnes ». Madame Rassat a ainsi proposé que l'article dispose : « La personne humaine susceptible d'être victime des crimes et délits incriminés sous ce titre, s'entend, sauf précisions contraires, de tout être humain né et à naître [...] et dont la mort n'était pas établie au moment des faits »¹.

Dans la mesure où, nous semble-t-il, le principe égrené par la loi de 1975 et repris par le code civil et le code de la santé publique est le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, il serait ici possible de rendre à ce principe la valeur qui est la sienne en le rappelant dans le code pénal. S'agissant de protéger un intérêt aussi essentiel que la vie, il n'y a pas lieu pour la matière pénale de manifester une quelconque autonomie. L'idée serait de rappeler qu'outre les disciplines juridiques, le droit s'entend sur un minimum commun centré sur la vie humaine que les trois codes auraient comme principe de protéger dès qu'elle se manifeste réellement, et non dès qu'elle vient au jour. Le fait que trois codes aussi importants reprennent cette disposition tendrait ainsi à rappeler le caractère élémentaire du principe. Ainsi l'article pourrait prévoir : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. La loi pénale assure le respect de ces exigences en ce qu'elle entend par personne humaine ou autrui, tout être humain né et à naître dont la mort n'est pas établie au moment des faits ». Une telle formulation aurait le mérite d'uniformiser la situation de l'enfant à naître au regard de toutes les qualifications pénales.

¹ M.-L. Rassat, « Un fœtus ne peut toujours pas être la victime d'un homicide par imprudence », note sous Crim. 25 juin 2002, *JCP G* n° 41, 9 octobre 2002, II 10155.

356. Guide spécial d'interprétation. Messieurs Vigneau et Roujou de Boubée ont, quant à eux, proposé que soit assimilé l'homicide de l'enfant à naître à l'homicide de la personne juridique : « Pour remédier à cet état de droit regrettable et puisque le législateur est invité à intervenir, l'on est tenté, encore une fois, de lui suggérer l'insertion dans le code pénal de deux dispositions : l'une (autrefois repoussée... mais la persévérance est parfois récompensée) qui déciderait qu'est assimilé à l'homicide par imprudence, tel que prévu par l'article 221-6, le fait de provoquer par imprudence ou négligence la mort d'un fœtus viable (la condition de viabilité étant, soit appréciée par expertise, soit présumée à partir d'un seuil établi par la loi) ; l'autre qui incriminerait, mais punirait plus légèrement, le fait de provoquer par imprudence ou négligence l'interruption de la grossesse alors que le seuil de viabilité n'est pas atteint »¹.

Dès lors, dans le cadre d'une proposition de loi de M. Michel Hunault du 15 octobre 2002 visant à assurer la protection de l'enfant à naître, il fut proposé dans un article unique d'ajouter à l'article 221-6 du code pénal l'alinéa suivant : « Le fœtus *in utero*, viable², est visé par les alinéas précédents »³.

Au cours des discussions relatives au projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière, le même député déposa une proposition d'amendement visant à compléter l'article 221-6, cette fois-ci sans se limiter aux enfants viables : « L'homicide involontaire sur l'enfant à naître est visé par les alinéas précédents ». L'amendement fut rejeté par la Commission des lois, le 12 mars 2003, au motif que « la question du statut du fœtus relevait d'un autre débat »⁴. Fut

¹ G. Roujou de Boubée, D. Vigneau, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008 p. 1862.

² Pour une critique de la référence à la viabilité, voir C. Philippe, « La viabilité... encore », *RDSS* 2003, p. 316 s.

³ Proposition de loi de M. Michel Hunault, visant à assurer la protection de l'enfant à naître, Document Assemblée nationale n° 279, 15 octobre 2002.

Voici l'exposé des motifs : « Mesdames, Messieurs,

Un fœtus mort *in utero* d'une négligence, n'entraîne pas la condamnation pour homicide involontaire de son auteur, au motif que le code pénal n'envisage que le cas de l'enfant né et non pas celui de l'enfant à naître.

Par deux arrêts de principe, la Cour de Cassation (assemblée plénière du 29 juin 2001 et Chambre criminelle du 25 juin 2002) a posé que « le principe de la légalité des délits et des peines, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ».

La Cour de Cassation a justifié son arrêt au motif que le fœtus, même viable, ne constitue pas une personne, seule visée dans le Livre II du code pénal et intitulé « Crimes et délits contre les personnes ».

Cette décision aboutit paradoxalement à ne pouvoir condamner pénalement un médecin négligent qui causerait des traumatismes à un enfant lors de l'accouchement, que si ce dernier venait à naître et non pas s'il décédait *in utero*.

L'arrêt de la Cour de Cassation permet ainsi à tout auteur d'un acte de négligence, d'imprudence, maladresse ou d'inattention d'échapper à sa responsabilité lorsque sa faute a entraîné la mort d'un enfant à naître.

Il vous est proposé de créer une incrimination spécifique permettant de protéger pénalement l'enfant à naître à partir du moment où celui-ci est viable.

Cette solution laisse un large pouvoir d'interprétation aux juges du fond. Elle a déjà été érigée en critère par certaines Cours d'appel, montrant l'acuité du recours à cette notion.

Tel est l'objet de la présente proposition de loi ».

⁴ Propos de M. Ph. Houillon, Compte rendu n°32 de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale (2002-2003), 12 mars 2003, Archives de la XII^{ème} législature, Assemblée nationale.

néanmoins adopté l'amendement proposé par le député Garraud tendant à incriminer l'interruption involontaire de grossesse.

357. L'incrimination spéciale d'interruption involontaire de grossesse. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la seule proposition de loi ou d'amendement étant parvenue à sortir de la Commission des lois, est un texte prévoyant outre l'abandon d'une protection générale de l'enfant à naître, une protection indirecte à travers la pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse. Ce n'est donc plus tant la vie de l'enfant qui est protégée mais bien la liberté pour la mère de mener à terme sa grossesse.

La première tentative est à mettre au crédit de M. Claude Gaillard. Ce dernier proposa à l'Assemblée nationale le texte suivant¹ :

¹ Proposition de loi de M. Claude Gaillard relative à la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie (commission des lois), Document Assemblée nationale n°3572, 6 février 2002. L'exposé des motifs est riche d'enseignements :

« Le 29 juin 2001, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, conférant ainsi une portée particulière à sa décision, énonce que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue à l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus. »

Le but de la présente proposition est de combler ce vide juridique et d'offrir un statut pénal à l'enfant à naître. Je précise donc bien que ce texte est à visée exclusivement pénale. [...] La question n'est pas nouvelle et a souvent été soulevée en relation avec l'IVG. [...]

Un des mérites de l'arrêt du 29 juin 2001 est peut-être de mettre un terme à une jurisprudence riche mais complexe et hésitante. De façon générale, d'ailleurs, le droit (civil ou pénal) reste peu unifié au sujet des droits de l'enfant à naître. Pourtant, nous touchons là un aspect sensible de notre humanité, qui nous confronte bien évidemment aux questions éthiques. C'est en tenant compte de ces multiples éléments que nous proposons une solution de principe : défendre pénalement la vie de l'enfant à naître *in utero*, la vie primant les questions de personnalité juridique ou de viabilité. [...]

La présente proposition vise donc à créer une incrimination autonome protégeant la vie de l'enfant à naître *in utero* : il s'agit d'une incrimination parallèle à celle d'homicide involontaire, dotée de la même cause d'aggravation (mise en danger délibérée). Dans l'exemple cité au début de ce texte, cette notion permettrait de prendre en compte l'ivresse au volant, élément significativement aggravant de l'infraction.

Précision importante : il est exclusivement question ici d'interruption involontaire de grossesse, totalement distincte de « l'interruption volontaire de grossesse », même illégale, régie par le livre II du code de la santé publique (nouvelle partie législative). Cette précision permet d'éviter que cette réforme, si elle était adoptée, ne se retourne avec violence contre celles – les mettant à la merci d'un tiers requérant – qui auraient dépassé le délai légal de douze semaines de grossesse et se rendraient à l'étranger pour tenter une interruption hors délai. Notre propos n'est pas de juger la détresse.

Une autre précision est que ce texte ne comporte aucun procès d'intention à l'égard du corps médical et n'a pas pour objet d'interférer avec les questions de responsabilité médicale. Il crée une sanction de la société et n'aborde pas les questions d'indemnisation. De même, il laisse ouvert le débat sur les sujets essentiels abordés par les lois sur la bioéthique. Il est volontairement neutre de ce point de vue.

Son but est de mettre fin, de façon aussi précise que possible, à un vide juridique qui nie totalement une dimension affective et éthique dont est porteur le futur enfant. Il est incontestable qu'on se sent parent dès la conception. La science elle-même appréhende parfaitement cet être conçu qui est aussi un patient aux yeux de la médecine.

Ce texte ne porte donc pas de jugement et ne comporte aucune arrière-pensée « philosophique ». Il veut simplement défendre l'essentiel sur lequel tout le monde s'accorde : la vie ».

« Sont insérés, après l'article 223-10 du code pénal, une section 5 bis et un article 223-11 ainsi rédigés : «Section 5 bis : « De la protection pénale de l'enfant à naître contre les atteintes involontaires à la vie

« Art. 223-11. – Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'un enfant à naître constitue une interruption involontaire de grossesse punie de trois ans d'emprisonnement et de 300000 F (45000 €) d'amende.

« En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500000 F (75 000 €) d'amende ».

Dans la même logique, au cours de la discussion relative au projet de loi sur la sécurité routière, fut déposée par le député Garraud la proposition de loi suivante :

« I. - Les articles 223-11 et 223-12 du code pénal sont rétablis dans la rédaction suivante : « Art. 223-11. - L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée causée, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

« Si les faits résultent de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende »¹. Le 20 mars 2003, suite à un âpre débat, le

¹ « Art. 223-12. - Lorsque la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence ou le manquement à une obligation législative ou réglementaire de sécurité ou de prudence prévue par le premier alinéa de l'article 223-11 est commise par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

« Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsque :

« 1° Le conducteur a commis une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement autre que celles mentionnées ci-après ;

« 2° Le conducteur se trouvait en état d'ivresse manifeste ou était sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang ou dans l'air expiré égale ou supérieure aux taux fixés par les dispositions législatives ou réglementaires du code de la route, ou a refusé de se soumettre aux vérifications prévues par ce code et destinées à établir l'existence d'un état alcoolique ;

« 3° Il résulte d'une analyse sanguine que le conducteur avait fait usage de substances ou de plantes classées comme stupéfiants, ou le conducteur a refusé de se soumettre aux vérifications prévues par le code de la route destinées à établir s'il conduisait en ayant fait usage de stupéfiants ;

« 4° Le conducteur n'était pas titulaire du permis de conduire exigé par la loi ou le règlement ou son permis avait été annulé, invalidé, suspendu ou retenu ;

« 5° Le conducteur a commis un dépassement de la vitesse maximale autorisée égal ou supérieur à 50 km/h ;

« 6° Le conducteur, sachant qu'il vient de causer ou d'occasionner un accident, ne s'est pas arrêté et a tenté d'échapper à la responsabilité pénale ou civile qu'il peut encourir.

texte fut adopté par l'Assemblée nationale¹. Désirant voter le texte dans le cadre d'une loi plus générale qu'un texte sur la sécurité routière, le Sénat rejeta le texte. Dans la foulée, des sénateurs de la majorité déposèrent le 7 mai 2003 une proposition de loi relative à la protection pénale de la femme enceinte² reprenant mot pour mot le texte déposé par le député Garraud. Ce dernier déposa à nouveau sa proposition de loi le 14 mai 2003³ au cours de la seconde lecture de la loi sur la sécurité routière. Finalement, suite à un accord avec le Gouvernement quant à l'adoption du texte dans le cadre d'une loi au champ plus vaste, le député Garraud décida le 4 juin 2003 de retirer la proposition⁴.

358. Les affres de l'amendement Garraud. Ainsi, fort du soutien du ministre de la justice et de la majorité, le député Garraud profita du vote de la loi relative à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité pour réintroduire l'amendement incriminant l'interruption involontaire de grossesse⁵. Néanmoins, la rédaction fut modifiée : « Art. 223-11 : L'interruption de grossesse causée, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende »⁶. Afin de parfaitement séparer cette incrimination

« Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée a été commise avec deux ou plus des circonstances mentionnées aux paragraphes 1° et suivants du présent article. »

¹ Assemblée nationale, JO 20 mars 2003, compte rendu intégral, 2ème séance 19 mars 2003.

² Sénat, proposition de loi n° 283. Ainsi s'expliquent les sénateurs : « La commission des Lois du Sénat, sans méconnaître la nécessité de remédier à cette situation, a considéré que les articles du projet de loi résultant de l'amendement de M. Garraud abordaient un sujet dépassant largement l'objet du projet de loi dans lequel leur intégration lui a paru excessivement artificielle. Le Sénat a en conséquence supprimé ce dispositif.

Il a toutefois marqué sa volonté, exprimée tant par le président de la commission des Lois que par le président de la commission des Affaires sociales, intervenant à titre personnel dans le débat, de reprendre prochainement l'examen de cette question dans le cadre d'une proposition de loi autonome.

La présente proposition de loi reprend donc intégralement les dispositions qui figuraient dans le projet de loi renforçant la lutte contre la violence routière avant que le Sénat ne décide de leur disjonction ».

³ Assemblée nationale, proposition de loi portant création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse, 14 mai 2003, n° 837.

⁴ « Compte tenu du soutien du Garde des Sceaux, et du porte-parole de l'UMP, et assuré de la mise en place d'une niche parlementaire, je retire l'amendement 4 », J.-P. Garraud, Assemblée nationale, compte-rendu analytique officiel du 4 juin 2003..

⁵ Assemblée nationale, 25 novembre 2003, amendement n° 281.

⁶ Le texte ajoute : L'article L. 2222-1 du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« Art. L. 2222-1. - I. - Les dispositions réprimant l'interruption de la grossesse sans le consentement de la femme enceinte sont prévues par les articles 223-10 et 223-11 du code pénal ainsi reproduits :

du cadre de l'interruption volontaire de grossesse, le rapporteur de la loi, M. le député Jean-Luc Warsmann déposa un sous-amendement¹ modifiant l'article L. 222-1 du code de la santé publique : « Les dispositions de l'article 223-11 du code pénal ne sauraient en aucun cas faire obstacle au droit de la femme enceinte de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les conditions prévues par le présent code ». Le texte fut adopté par l'Assemblée nationale le 27 novembre 2003². Cependant, face au tollé médiatique que provoqua cet amendement en ce qu'il était censé remettre insidieusement en cause l'interruption volontaire de grossesse, le ministre de la justice, qui soutenait jusque là le texte, décida de se désolidariser. Il demanda ainsi à ce que le texte soit retiré du texte législatif³, ce que fit le Sénat le 21 janvier 2004.

« " Art. 223-10. - L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

« " Art. 223-11. - L'interruption de la grossesse causée, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

« " En cas de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 € d'amende. "

« II. - Lorsque l'interruption de la grossesse est causée, de façon non intentionnelle, par un acte médical, le délit prévu par l'article 223-11 du code pénal n'est constitué que s'il est établi que n'ont pas été accomplies les diligences normales exigées par l'article 121-3 du même code compte tenu des difficultés propres à la réalisation d'un tel acte. Ce délit ne saurait notamment être constitué lorsque des soins ont dû être prodigués en urgence à une femme dont l'état de grossesse n'était pas connu des praticiens.

III. - Les dispositions de l'article L. 2222-1 du code de la santé publique reproduisant les articles 223-10 et 223-11 du code pénal sont modifiées de plein droit par l'effet des modifications ultérieures de ces articles

¹ Assemblée nationale, sous-amendement n° 422.

² Assemblée nationale, 27 novembre 2003, Texte n° 208, « Petite loi ».

³ Voici la dépêche Associated Press : « 12/2003 Le gouvernement renonce à créer le délit d'interruption involontaire de grossesse

20:12 PARIS (AP) - Dominique Perben recule sur l'interruption involontaire de grossesse (IIG). Devant le tollé suscité par la création de ce nouveau délit, le ministre de la Justice a annoncé vendredi soir qu'il allait demander le retrait de l'amendement Garraud lors de l'examen de son projet de loi sur la grande criminalité au Sénat.

« L'amendement Garraud pose plus de problèmes qu'il n'en règle », a déclaré Dominique Perben sur Europe-1. « J'ai d'ores et déjà pris contact avec le rapporteur du texte au Sénat (NDLR: le sénateur centriste François Zochetto) pour lui indiquer qu'il m'apparaît préférable d'abandonner cela ».

Rédigé par le député UMP Jean-Paul Garraud, l'amendement créant le délit d'IIG a été adopté le 27 novembre par les députés avec le soutien du gouvernement lors de l'examen en deuxième lecture du projet de loi Perben sur la grande criminalité.

Destiné selon son auteur à protéger les femmes enceintes, notamment en cas d'accident de la route, le texte punit d'un an de prison et 15.000 euros d'amende une interruption de grossesse provoquée par « une maladresse, une imprudence, une inattention, une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ».

Adopté en pleine nuit, l'amendement a provoqué une levée de boucliers instantanée à gauche, parmi les défenseurs du droit à l'avortement et les professionnels de santé. Les adversaires de l'IIG y voyait la porte ouverte à la reconnaissance d'un statut juridique du fœtus, risquant de remettre en cause le droit à l'avortement reconnu en France depuis la loi Veil de 1975.

Devant cette émotion, Dominique Perben a d'abord promis d'effectuer un « travail d'éclaircissement » et de « réflexion » sur le texte dans la perspective de l'examen de la deuxième lecture de son projet de loi en janvier au Sénat.

Mais cette position d'attente est devenue intenable face à la multiplication ces dernières heures des prises de position de personnalités de droite hostiles à l'amendement Garraud, jusqu'au sein du gouvernement.

La ministre de l'Ecologie Roselyne Bachelot a ainsi estimé vendredi matin qu'il « faut absolument retirer » l'amendement Garraud. « Tout ce qui peut être considéré comme comportant des atteintes aux droits fondamentaux des femmes doit être absolument rejeté », a-t-elle affirmé sur LCI.

359. Appréciation. Sur le fond, l'on ne peut que douter de la rédaction de l'incrimination. En commission, la faveur au texte du député Garraud s'expliqua au regard de la volonté affichée de ne pas créer de « statut de l'embryon ». Il est vrai qu'en 1994 dans le cadre des lois bioéthique, le législateur avait cru opportun de laisser de côté la question de la nature de l'embryon. Le consensus alors dégagé autour de cette non-réponse sembla vaciller avec la proposition du député Hunaud. Devant l'Assemblée, discutant la future loi sur la sécurité routière, le Gouvernement décida tout d'abord de ne pas soutenir l'amendement Hunaud au profit de l'amendement Garraud car « l'amendement n° 24 de M. Garraud ne touche en aucune façon à la bio-éthique. La proposition qui est faite n'assimile pas le fœtus à un être vivant »¹.

Pour enfoncer le clou, le député Le Guen soutint : « Nous avons bien compris que ces deux amendements, l'un à découvert, l'autre plus furtif, visent à introduire une disposition visant à en circonscrire d'autres, ce que notre représentation nationale et, à ma connaissance, jusqu'à ce soir le Gouvernement avaient refusé de faire. J'ai entendu, hier encore, M. Mattei devant la commission des affaires sociales, se refuser à définir un statut juridique pour l'embryon. Par un travail souterrain, nous sommes en train de créer des sources de droit sur la question »².

Si dans le cadre de la loi sur la sécurité routière le débat s'orienta vers la remise en cause de l'absence de statut de l'embryon, dans le cadre de la loi sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la remise en cause de l'interruption volontaire de grossesse constitua le nœud de l'argumentation défavorable à l'amendement. A dire vrai, choisir l'incrimination d'interruption involontaire de grossesse paraît avec le recul maladroit. Si le législateur a clairement fait comprendre que l'inclusion de l'enfant à naître dans les prévisions de

Le président de l'Assemblée nationale Jean-Louis Debré, qui exprime souvent le point de vue de Jacques Chirac, avait pris une position similaire jeudi soir en demandant le retrait de cet amendement « profondément inopportun ». Prenant acte de cette situation, Dominique Perben a annoncé vendredi soir le retrait de l'amendement. « Même s'il traite une vraie question, qui est celle de la violence faite aux femmes volontairement ou involontairement, il pose plus de problèmes qu'il n'en règle », a déclaré le Garde des Sceaux.

Dominique Perben a expliqué son revirement par « l'éclairage » que lui ont donné les spécialistes (associations féminines ou familiales, médecins, gynécologues) que lui-même et ses services ont reçu depuis mardi. « Il l'a fait en toute connaissance de cause et sans gêner qui que ce soit », expliquait-on dans son entourage. The Associated Press.

¹ Assemblée nationale, Commission des lois, 12 mars 2003, compte rendu n° 32.

Pour contester l'adoption de ce texte, l'opposition, par l'intermédiaire du député Le Bouillonnet, développa l'argumentation suivante : « Je rappelle que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a contesté l'imputation d'homicide involontaire par imprudence, inobservation, absence de précaution, lorsque les faits avaient pour conséquence de provoquer la perte d'un enfant à naître ou d'un fœtus. Elle a dit et redit que cela ne pouvait relever de la loi pénale parce que cela relevait - je cite le texte de son arrêt - des textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus. Je conteste le fait que les auteurs de l'amendement aient laissé entendre, dans l'exposé des motifs de celui-ci, que la Cour de cassation invitait le législateur à combler un vide juridique. La Cour de cassation ne dit pas cela ! Elle dit que le problème ne se pose pas, parce qu'il relève de la législation sur le fœtus ou sur l'enfant à naître, ce qui n'est pas la même chose » (idem).

² Idem.

l'incrimination d'homicide involontaire lui posait un problème en ce que cela semblait reconnaître un « statut de l'embryon », la voie de la pénalisation de l'interruption de grossesse se heurta à une opinion publique fortement exacerbée par le lobby pro-avortement¹.

Face à l'impossibilité de résoudre le problème au niveau législatif, le débat étant confisqué, sans doute est-il opportun de suivre les premiers conseils de la doctrine. Dans la mesure où le législateur est incapable de tirer les conclusions de ses propres textes, il revient au juge d'induire toutes les conséquences du système juridique. Il s'agit en effet d'affirmer que le droit positif français permet de considérer un enfant à naître comme un être digne de la protection pénale.

B – Le revirement de jurisprudence : l'embryon, un autrui

360. Une doctrine quasi unanime. Si devant l'Assemblée, il fut soutenu que la Cour de cassation avait constaté « un vide juridique » confirmé par la doctrine, depuis le premier arrêt rendu en 1999², les auteurs se sont, en réalité, majoritairement employés à démontrer que la solution donnée par la haute juridiction n'allait pas de soi. A la question de savoir si « autrui » pouvait s'entendre d'un enfant à naître, la doctrine a, dans sa grande majorité, répondu par l'affirmative. Assimilant le travail de la Cour à une interprétation restrictive nullement exigée par les textes, elle a principalement vu dans l'incrimination d'homicide involontaire une protection pénale de la vie humaine et non de la personnalité juridique. Ainsi, pour M. Seuvic, la personnalité juridique « est un mécanisme qui régit le commerce juridique ; il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'humain »³. M. Mayaud partage une telle analyse lorsqu'il affirme qu'il résulte de notre ordre juridique que « la vie de l'enfant à naître est donc bien protégée pour ce qu'elle représente en soi de valeur, sauf hypothèses particulières, strictement entendues par référence à une période de grossesse précise ou à des raisons

¹ Lors du vote de l'amendement Garraud le 27 novembre 2003, le député Le Bouillonc axa son argumentation sur cette remise en cause : « Monsieur Garraud, vous ne pouvez pas prétendre que votre amendement ne modifie pas le droit de l'IVG. Il sous-entend l'attribution d'une qualité juridique au fœtus, ce qui a toujours été refusé, jusqu'ici par le Parlement comme par la Cour de cassation. Depuis des années, on tente de porter atteinte aux droits des femmes. Je vous accuse de vouloir ouvrir la porte à la remise en question du droit à l'avortement. Vous ne pouvez le contester. J'ajoute qu'il n'y a pas de « vide juridique ». Il précise : « On crée ici un nouveau délit, causé par un état ignoré de celui qui est à l'origine de l'imprudence. C'est une situation juridique nouvelle : le lien de causalité entre le délit et sa commission est absent en l'espèce. Le seul lien juridique, nous l'avons dit en première lecture, est que vous attachez au fœtus la qualité de personne que lui refuse la jurisprudence » ! Pensant bien faire, Pascal Clément, alors président de la Commission des lois, réplique : « Il s'agit de protéger pénalement la femme enceinte, et non l'enfant qu'elle attend, ce qui aurait pu, en effet, être considéré comme remettant en cause le droit à l'IVG » (Assemblée nationale, débats du 27 novembre 2003).

² Crim. 30 juin 1999, supra n° 327.

³ J.-F. Seuvic, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, 1999, p. 370.

thérapeutiques vérifiées, justifiant qu'elle puisse être atteinte ou sacrifiée. Mais en dehors de ces cas et indépendamment de la politique criminelle propre à la mise en danger, le respect de la vie est de droit, que ce soit avant ou après la naissance, que le comportement incriminé soit volontaire ou involontaire »¹.

L'orientation donnée par la doctrine est alors la suivante : « Autrui désigne - sans autre précision ni distinction - la vie humaine [...]. L'homicide involontaire est sanctionné en droit pénal en ce qu'il porte atteinte à la vie et non à la personnalité juridique »². Cette proposition impose alors de faire échec à l'acquisition de la personnalité et à la viabilité comme conditions de la protection pénale.

361. Le rejet de la personnalité juridique. L'idée selon laquelle l'acquisition de la personnalité serait un préalable à la question de savoir qui est la victime d'une infraction est nettement combattue par la doctrine. Au-delà de la revendication d'une autonomie du droit pénal, l'ordre juridique condamne une telle appréhension. Considérer que la personnalité détermine la protection de la vie humaine, revient, en effet, à admettre que la vie n'est pas protégée en soi par le droit, mais par le truchement d'une construction technique, la personnalité juridique. Or, pour M. Vigneau, « l'objet de la protection pénale doit être moins la personne dans sa dimension juridique que saisie dans son humaine nature »³. Monsieur le professeur Pradel a parfaitement démontré que le concept de personnalité présente le premier défaut de ne pas être précis⁴ : les variations de définition en doctrine et sa délicate appréhension par le droit témoignent de son approximation. En outre, lier la protection pénale à l'acquisition de la personnalité revient à occulter que le code pénal contient un chapitre particulier relatif à la protection de la personnalité⁵. Il semble évident que l'article 221-6 n'a qu'une finalité, protéger la vie humaine et non la vie de ceux qui ont acquis la personnalité juridique.

La démonstration est facilitée lorsqu'elle s'appuie sur le célèbre arrêt « Perdereau »⁶ rendu par la Cour de cassation le 16 janvier 1986. Il a, en effet, été jugé que commet une tentative d'homicide volontaire celui qui, croyant une personne encore en vie, exerce sur celle-ci

¹ Y. Mayaud, « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *Crim.* 30 juin 1999, *RSC* 1999, p. 813.

² G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *D.* 2000. chron. 181.

³ D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Dr. fam.* 2000, n° 11, chron. p. 7.

⁴ V. J. Pradel, « La chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.* 2002, p. 3099.

⁵ Livre deuxième, Titre deuxième « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre VI « Des atteintes à la personnalité ».

⁶ *Crim.* 16 janv. 1986 : *Bull. crim.* n° 25 ; *D.* 1986. 265, note Mayer et Gazounaud, et note Pradel ; *JCP* 1987. II. 20774, note Roujou de Boubée ; *Gaz. Pal.* 1986. 1. 377, note Doucet ; *RSC* 1986. 839, obs. Vitu, et 849, obs. Levasseur.

des violences dans l'intention de lui donner la mort, le décès de la victime, antérieur aux dites violences, constituant une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur. Bien que les règles de la tentative puissent trouver à s'appliquer en l'espèce, il n'en demeure pas moins, aux termes de l'article 221-1 du code pénal, que cela revient à assimiler un être mort à « autrui »¹. Si dans une tentative manquée, le résultat n'advient pas, encore faut-il qu'en vertu de l'incrimination, l'infraction puisse matériellement subvenir, ce qui n'est pas le cas en matière d'homicide lorsque l'individu est déjà mort. Il en résulte qu'en vertu de cette jurisprudence la personnalité juridique n'est pas la condition de la protection pénale. En revanche, le fait de vouloir tuer, donc de porter atteinte à la vie constitue le facteur clef permettant de retenir l'individu dans les liens de la prévention. Pareillement autrui peut être un mort en matière de protection de vie privée².

Concernant l'enfant à naître, dans la mesure où la loi protège l'être humain dès le commencement de sa vie, l'on pourrait être tenté de penser que la démonstration de la vie suffit à le considérer comme une victime, à part entière, d'un homicide. Or, comme le rappelle le professeur Hureau, expert près la Cour de cassation, « le commencement de la vie, c'est l'embryogenèse ; le développement de l'être humain commence à la conception et se poursuit par-delà la naissance... Pour un scientifique, l'œuf unicellulaire, déjà porteur de toutes les potentialités génétiques de son espèce et de son individualité, est un organisme humain vivant »³.

En outre, l'exigence véhiculée par le droit pénal de protéger la vie humaine dès lors qu'elle se manifeste, se double, selon les auteurs, d'une nécessité de ne pas prendre en considération la viabilité.

362. Le rejet de la viabilité. Dès lors que l'on soutient que la vie humaine est la valeur protégée par les infractions d'homicide, il semble logique de récuser l'argument lié à la viabilité. En effet, la vie humaine ne saurait être découpée en tranches au regard de la capacité de l'être à survivre. Scientifiquement, la médecine elle-même peine à déterminer le seuil de viabilité : l'Académie de médecine, sollicitée par la Cour de cassation, rendit le 23 mars 2001 un avis dans

¹ Pour une similitude en matière de protection pénale de la vie privée, voir infra n° 434.

² Crim. 20 oct. 1998 : Bull. crim. n° 264. Voir infra n° 434.

Mme Mathieu-Izorche observe d'ailleurs, en matière de vol, que l'ancien article 379 du code pénal incriminait « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ». Or, le vol est désormais défini (art. 223-1) comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Si le changement de perspective est patent (« L'altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, op. cit., n° 15 p. 64), les juridictions répressives ne sanctionnent pas seulement la soustraction frauduleuse de la chose appropriée par autrui. Il suffit que les prévenus sachent que l'objet n'était pas abandonné (Crim. 25 oct. 2000 : Bull. crim. n° 318 ; D. 2000. IR. 302 ; ibid. 2001. 1052, note Garé ; JCP 2001. II. 10566, note Mistretta ; Dr. pénal 2001. Comm. 18, obs. Véron).

³ Cité par J. Pradel in « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001, p. 2907 ; Intervention faite le 9 oct. 1998 à Bordeaux, IHESI, 1999. De façon voisine, le professeur J.-F. Mattéi écrit que « l'embryon est l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort », *rapport au Premier ministre sur l'Ethique médicale*, 15 nov. 1993.

lequel elle fixait à la vingt-deuxième semaine de grossesse un tel seuil¹. En réalité, il est acquis que la viabilité relève de la science médicale et, par conséquent, évolue avec elle. Mme Catherine Philippe observe qu'il peut s'agir « d'une bonne conformation physique »² (fonction notamment de la durée de la grossesse), de « la capacité naturelle à vivre », voire de « l'absence d'anormalités incompatibles avec la vie ». Si le droit devait faire de la viabilité, la condition de la protection pénale, il deviendrait alors tributaire des « progrès » de la médecine³ : le seuil risquerait d'être continuellement modifié en fonction de l'âge auquel parviendrait à survivre un très grand prématuré. Le morcellement de la vie au regard de ce que la science parvient à faire comme miracle n'apparaît que très peu opportun lorsque la viabilité est appréhendée à l'aune de la nécessaire prévisibilité que le principe de légalité exige en matière pénale. Ce rejet de la viabilité commande pareillement de faire une distinction entre embryon et fœtus. La vie ne connaît en effet que deux instants : son apparition et sa disparition. Le reste, sa durée, peut certes être compartimentée par la médecine à des fins pédagogiques, mais il n'en demeure pas moins que juridiquement, la vie est unitaire entre son apparition et la mort.

De plus, comme le rappellent Messieurs les professeurs De Lamy et Roujou du Boubée⁴, l'article 221-6 du code pénal est muet sur une telle exigence. Or, il semble difficile d'ajouter une condition à un texte pour en déterminer l'application. La cour d'appel de Lyon, dans l'arrêt qui fut par la suite cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 juin 1999, ne s'y est d'ailleurs pas trompée : « la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui était portée », « la viabilité lors de la naissance, notion scientifiquement incertaine, est de surcroît dépourvue de toute portée juridique, la loi n'opérant aucune distinction à cet égard »⁵. Déjà en 1966, M. Dierkens écrivait que « la viabilité est un facteur prévu explicitement par le

¹ Evoqué dans le rapport de J. Sainte-Rose ; adde P. Salvage, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », RTD civ. 1976, p. 725, et C. Philippe, même titre, D. 1996, Chron. p. 29 : étude démontrant les difficultés de mise en oeuvre de la viabilité.

² CA Montpellier, 25 juill. 1872, S. 1872.2.189 ; CA Lyon, 24 mars 1876, S. 1877.2.200, note Esbach ; J. François, « Contribution à l'étude de la personnalité », Rev. gén. de légis. et jurispr. 1931.286 ; X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, PU Lille, 1991, p. 49 ; L. Sebag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, 1938, p. 230.

³ Mme Hennau-Hublet, écrivait en 1987 : « il est difficile d'accepter que la protection de la vie soit limitée par les doctrines médicales du moment. Or, la notion de viabilité est un concept à contenu variable, lié à l'état des connaissances et des techniques médicales du moment », in *Bioéthique dans les années 90*, I, Gent, Omega éditions, 1987, p. 235.

⁴ G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, art. précit.

⁵ CA Lyon, 13 mars 1997, D. 1997, Jur. p. 557, note Serverin, voir supra n° 324.

code civil dans certains cas bien déterminés. La doctrine en a fait une construction juridique générale. Cette extension est incompatible avec l'esprit de notre ordre juridique »¹.

363. La vie comme objet de protection. Si la vie doit être considérée comme faisant l'objet de la protection de l'article 221-6 du code pénal, il semble évident qu'il ne peut s'agir que de vie humaine. Le terme personne employé par le chapitrage du code ainsi que la logique même du droit imposent une telle réponse. Or, affirmer que le droit pénal sanctionne les atteintes portées à la vie de tout être humain, avant, comme après sa naissance, revient à soutenir l'idée que même dépourvu de la personnalité juridique, un être humain peut faire l'objet d'une protection juridique, ici assurée par le droit pénal. Si la personnalité juridique est traditionnellement présentée comme un artifice permettant à tout individu de jouir virtuellement de tous les droits offerts par l'ordre juridique, reste la question de savoir à quel titre, la victime pénale intervient sur la scène juridique pour réclamer protection. Il est une chose de soutenir que la répression de l'homicide involontaire protège avant tout la vie, il en est une autre de justifier qu'un individu puisse intervenir sur la scène juridique, fût-ce à titre de victime d'une infraction, sans personnalité juridique.

Quelles que soient les atteintes que peut subir un individu, dès lors que les faits sont juridicisés, qu'une juridiction est saisie, qu'une qualification juridique est opérée, qu'une victime est désignée, l'on ne fait plus œuvre factuelle, on entre sur la scène du droit, construction théorique destinée à régir les différends entre les hommes. Monsieur Denys de Béchillon observe à cet effet que la fiabilité du droit par rapport à la morale, à la religion et à l'art, « tient à la nature du Droit, au fait qu'il résulte d'une construction entièrement psychique [...]. Rien n'est « donné » en Droit, tout est construit des œuvres de l'imaginaire humain ; sans aucune exception ni limite »².

Ainsi, il semble difficile d'affirmer que l'on peut entrer sur scène, sans un masque. Pour être plus précis, sans personnalité juridique, à quel titre un enfant à naître mort *in utero* peut-il réclamer la protection du droit ?

En la matière, il est constant que le droit appréhende, par ses normes, les enfants à naître. L'article 16 du code civil vise les êtres humains dès le commencement de leur vie, l'article 79-1

¹ R. Dierkens, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, préface J. Rostand, Masson & Cie, Paris 1966, p. 36. Voir également D. Vigneaud, *L'enfant à naître*, thèse, Toulouse, 1988.

² D. de Béchillon, « La valeur anthropologique du Droit, Eléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD civ.* 1995 p. 835. Avant lui, sur le caractère fictif du droit : Paul Amselek in *Norme et loi*, APD 1980, n° 25, p. 9., « La teneur indécise du Droit », *RD publ.* 1991.1200 ; et « L'interprétation à tort et à travers », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruylant et PUAM, 1995, p. 12.

du code civil prévoit des règles d'état civil *a minima* pour les enfants morts *in utero*¹, les lois bioéthiques regorgent de dispositions appréhendant l'embryon ou le fœtus. Le droit ne se désintéresse pas des enfants à naître : n'en déplaie au législateur, il existe bien un statut épars de l'embryon et du fœtus. Si l'on ne leur reconnaît la personnalité juridique, et que le droit les appréhende, cela signifie qu'ils interviennent sur la scène du droit à un autre titre.

363-1. La détermination du sujet. La philosophie de l'altérité nous a appris que c'est dans la relation que l'identité se forge. La relation juridique à l'égard des embryons les identifie donc juridiquement. Si cette identité juridique ne se fait à travers la personnalité, elle doit se faire à travers une autre construction car, par les liens de droit, l'identité est acquise. C'est dire que le droit ne se limite pas à une appréhension binaire personnes juridiques/choses. Dans la mesure où l'on se refusera à considérer que l'embryon ou le fœtus soit qualifié de chose, il doit être inventé un statut permettant de consacrer la place que le droit leur offre afin de fonder les voies que la jurisprudence leur refuse.

Dès lors, l'idée selon laquelle la personnalité détermine l'acquisition de droits doit être rejetée au bénéfice des êtres n'en disposant pas. Désormais, y sera substituée une construction reposant sur le raisonnement suivant : la protection juridique de l'intérêt d'une entité humaine fera de l'être un existant juridique. En effet, en imposant à autrui de respecter certains intérêts, le droit lie cet autre à l'individu jouissant de l'intérêt. Or cette construction de l'identité fondée sur un lien de droit unissant l'être à autrui n'est pas nouvelle. Il s'agit du sujet de droit, qui à l'inverse de la personnalité, postule l'identité juridique non *a priori* et de manière virtuelle, mais *a posteriori*, au regard du destinataire du droit. Comme le résumait parfaitement Monsieur le professeur Malaurie : « la question n'est pas de savoir si l'embryon est ou non une personne mais s'il doit être traité comme une personne ou comme une chose »².

¹ V. infra n° 407 et s.

² Ph. Malaurie, *Cours de droit civil, les personnes, les incapacités*, Cujas, 3e éd., 1994, n° 25.

Conclusion Titre I

364. Echec et essor. En tant que représentation virtuelle et abstraite de l'intégralité de droits dont peut être amené à jouir un individu, la personnalité juridique apparaît clairement comme une antithèse à l'idée selon laquelle les existants doivent être déterminés à l'aune du rapport nécessaire les liant à leur altérité¹. Manifestation du commerce juridique, elle n'appréhende l'être que dans sa dynamique utilitariste pour ne retenir sur la scène du droit que les humains nés, vivants et viables et les personnes morales. Une telle perspective n'a pas manqué de s'avérer limitée² lorsque fut abordée la délicate question de l'embryon. Au-delà de sa difficile appréhension doctrinale, le droit n'a pas su, voire voulu, lui reconnaître un statut lui permettant d'être protégé contre les éventuelles atteintes pouvant lui être occasionnées. Le refus, désormais constant, de la Cour de cassation, d'accepter d'en faire la victime d'homicide involontaire témoigne de l'enfermement théorique auquel est parvenu la Cour, renvoyant, à titre secondaire, à des textes spéciaux relatifs à la bioéthique³. Se dégage alors l'idée commune selon laquelle la loi « IVG » du 17 janvier 1975 constituerait un rempart contre toute volonté juridique de faire de l'enfant à naître une personne humaine destinée à la vie. Les différents échecs des propositions législatives menant à une pénalisation des homicides involontaires sur des enfants à naître achève de convaincre l'observateur quant à la prégnance de ce mythe⁴. Interrogée sur la carence française en matière de répression des homicides involontaires sur embryons ou fœtus, la Cour européenne des droits de l'homme a manqué l'occasion de relever la vacuité de ce dernier argument, préférant renvoyer à la marge d'appréciation des Etats quant à la fixation du point de départ du droit à la vie⁵.

Droits civil, international et pénal attestent ainsi de la complexité de la problématique relative aux entités ne disposant pas de la personnalité juridique. Dans la mesure où le système juridique se montre incapable, en tant que construit, de proposer une alternative à cette carence, son échec est patent. A la lumière de l'altérité, il semble alors nécessaire de présenter une alternative : la dimension relationnelle exigée par la simple présence d'autrui doit conduire le

¹ V. supra n° 290 et s.

² M. Christin Atias observe à cet effet : « « L'erreur a été de croire que la mission du droit était de protéger la personnalité juridique ou la personne, considérées comme des catégories abstraites. Ce qu'il doit sauvegarder, c'est l'humain. L'enfant conçu ne demande pas des droits ; il est une réalité que nul ne peut jauger ou mesurer. Il est un être humain qui, en tant que tel, affirme son existence » Ch. Atias, « La situation juridique de l'enfant conçu », *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 121.

³ V. supra n° 326 et s.

⁴ V. supra n° 357 et s.

⁵ V. supra n° 334 et s.

droit à appréhender les entités, non au regard d'une construction abstraite et *a priori* de l'existence, mais du lien que le droit crée entre les entités. Un tel défi semble pouvoir être relevé par le concept de sujet de droit en ce qu'il consacre l'idée selon laquelle l'intérêt dans la relation juridique avec autrui constitue le fil directeur de l'existence sur la scène du droit. L'altérité se veut, ainsi, le médium permettant à tout un chacun de s'identifier juridiquement.

Titre II – L’essor de la réception : autrui comme sujet de droit

« Cogito ergo eres »

365. Réalisation de l’altérité en droit. L’appartenance de l’embryon à l’humanité s’accorde mal avec la volonté juridique de le laisser en dehors du droit des personnes notamment au regard de faits pouvant le priver, accidentellement ou non, de sa vie. Or, l’altérité de l’enfant à naître ne fait pas de doute. L’enfant porté fait la femme enceinte et la mère. Il est également à l’origine d’une famille, et de manière plus éloignée, est à l’origine de la société¹. En dehors du droit, le respect dû à cette vie par autrui ne fait pas moins de doute si l’on resitue l’humanité dans son espèce qui, sauf démonstration contraire, est encore soumise à un instinct d’autoconservation² : il est évident que la fin de l’humanité passerait par une destruction de tout enfant à naître. Il a été observé que le rapport à autrui en philosophie s’apparente, dans une certaine mesure, à une relation au prochain. L’homme en devenir est ainsi inscrit dans une relation humaine, familiale, sociale et, à n’en pas douter politique.

Le défaut d’existence juridique consacrée témoigne de l’échec de la réception de l’altérité en droit. Si un humain ne peut être appréhendé dans son rapport à autrui pour être identifié et permettre à autrui, par ricochet, de s’identifier, l’existence en droit est vouée à une aporie. Or, cette aporie n’est pas insurmontable.

A dire vrai, nous ne croyons pas que sans statut l’on puisse exister sur la scène du droit. Si l’embryon ne peut intervenir sur la scène juridique à titre de personne³ et qu’une réification

¹ Selon M. Christian Atias, « il n’y a qu’une chose à dire de l’enfant conçu : il est. Discrètement, insensiblement, mais avec toute la force de l’évidence. Il prend sa place parmi les êtres humains qui l’ont précédé. Déjà des liens infinis et indicibles se tissent et l’unissent à tous ceux dont il commence à changer la vie et le cœur. Déjà il est un fils ou une fille, un frère ou une sœur, un petit-fils ou une petite fille. Déjà il est. Cet enfant n’est pas une "personne humaine potentielle". Il n’est pas une virtualité abstraite : il est. Il n’y a qu’une chose à dire de la situation juridique de l’enfant conçu : elle ne peut méconnaître ni son essence ni son existence. Cet enfant n’est pas une chose qu’on pose ici ou qu’on jette là, un objet dont on rêve ou qu’on refuse, qui plaît ou qui dérange : il est un petit d’homme. Telles sont les évidences que révèle la tradition juridique ! » (« La situation juridique de l’enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 123).

² Que l’on peut aisément assimiler au sentiment d’existence : voir A. Konicheckis, « Autoconservation, sexualité, transformation ; triple fonction parentale chez le tout jeune enfant », in *Mémoires cliniques*, vol. 46, 2003/1, p. 137.

³ M. Bourg a développé une théorie relationnelle de l’existence juridique à travers le concept de personne. Selon lui, la personne est à même de prendre en considération les exigences de la relation afin d’en permettre une identification : ainsi la personne est « ontologiquement inséparable du réseau de relation auquel elle participe », elle est ainsi « délimitée en amont par l’individu, support et condition biologiques de la relation, et en aval par le sujet, principe d’organisation politique » (Bourg D., « Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n°13, *Biologie, personne et droit*, PUF, 1991, p.87). Celui-ci plaide ainsi pour une « détermination résolument ontologique de la personne, fondée sur la primauté de la relation » (ibidem p. 87) dans la mesure où la personne « ne dispose d’aucun commencement antérieur à la relation » (ibidem p. 88). Il est clair, pour lui, que, « à la différence des individus, les

semble inopportune au regard de son humanité et de sa potentialité à devenir une personne juridique à part entière, la seule conclusion à laquelle il convient de parvenir est que la *summa divisio* personnes/choses est inopportune. La mise à l'écart d'une entité humaine intégrale en est la meilleure preuve.

Dès lors, la réception utile de l'altérité se doit de passer par la consécration formelle d'un statut alternatif permettant à une telle entité d'intervenir sur la scène du droit à défaut de personnalité et sans passer par la qualification de chose. Le droit étant une fiction, l'on ne saurait jouer un rôle qu'à travers un masque, en tant que sujet, ou sans masque en tant qu'objet. La construction d'un tel rôle devra se faire à l'aune de l'altérité. L'existence du protagoniste devra en effet passer par la relation, le truchement d'autrui, sans, que cela signifie, on le verra, être soumis à la volonté d'autrui. C'est dire que la reconnaissance de l'altérité passe par la construction d'un nouveau rôle. Or, cette technique vecteur d'existence juridique repose sur une conceptualisation du sujet de droit comme support d'intérêt tel que l'a imaginé Demogue¹ au début du siècle dernier. Il ne s'agira plus, dès lors, de partir de la personnalité pour en inférer des droits, mais de déterminer des intérêts pour en déduire une qualité.

Au-delà du support, le jusnaturalisme tel qu'envisagé par Leibniz, a tenté de faire du sujet de droit un véritable existant juridique relié à autrui : l'autre est ainsi celui qui permet la continuité de l'identité par son témoignage. L'altérité apparaît alors telle l'idée-force d'un support d'intérêts que le droit désire protéger à travers le sujet de droit (chapitre I).

Cette conceptualisation va alors être convoitée par des entités auxquelles le classicisme refuse l'existence juridique. L'embryon, les morts ou l'humanité sont en effet traditionnellement exclus de la scène juridique en tant qu'acteurs au motif certain qu'ils ne sont pas dotés de la personnalité. Le sujet de droit relationnel constitue alors, à leur endroit, une véritable alternative leur permettant d'être considérés comme d'authentiques destinataires du droit qu'autrui révèle (chapitre II). C'est, en effet, en raison de leur altérité, leur aptitude à se dévoiler dans une relation que le droit institue, que leur existence sur la scène juridique apparaîtra comme certaine.

personnes ne disposent pas d'une existence séparée. Elles n'ont d'autre subsistance que relationnelle » (*ibidem* p. 91).

¹ V. également, R. Martin, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785.

Chapitre I – Le sujet de droit : une technique vecteur d’altérité

366. Théorisation simultanée de l’altérité. Deux idées cumulatives permettent de réaliser une réception de l’altérité en droit. Il convient dans un premier temps de construire une alternative à la personnalité. Dans la mesure où l’octroi de la personnalité s’avère impossible au regard de la théorie classique, bien que l’opportunité de cette dernière puisse être discutée, il semble nécessaire d’envisager une construction juridique ne reposant pas cette fois-ci sur une conception abstraite, *a priori*, de l’existence juridique, mais sur une technique orientée vers une conception de la finalité du droit. L’élaboration par Demogue du sujet de droit semble répondre à cette exigence en ce que cette théorie prend le parti, dans un souci finaliste, de concéder la qualité de sujet de droit à toute entité ayant un intérêt à protéger juridiquement. Pure technique juridique, le sujet de droit selon Demogue, s’apparente à une personnification des intérêts que l’ordonnancement juridique considère comme suffisamment importants pour y accorder une protection institutionnalisée. L’intérêt à la lumière du droit est le support dont a besoin une entité pour accéder au monde juridique.

En outre, au regard des exigences liées à l’altérité, le sujet de droit présente l’avantage, dans sa conceptualisation jusnaturaliste cette fois, de lier le sujet à autrui afin de consacrer l’existence du premier sur la scène du droit. Au-delà de la technique, doit en effet apparaître l’idée-force qui guidera l’instrument vers la fin que l’on désire assigner au droit. Le sujet de droit, dans sa dynamique idéale construite par le jusnaturalisme moderne, révèle la place essentielle laissée à autrui dans son identification. Le droit naturel de Leibniz a en effet permis la conceptualisation de l’identité personnelle et juridique au moyen de l’altérité : en faisant de l’autre le lien de continuité permettant au sujet de s’identifier, Leibniz a jeté les bases d’un ordre juridique dépassant le stade positif du droit subjectif au profit d’une appréhension relationnelle du droit.

Le droit, en tant que construit, se manifeste alors comme une technique à laquelle il convient d’imprimer une force : le sujet de droit est support d’intérêt (section 1) permettant l’identification des entités sur la scène du droit par l’intermédiaire d’autrui (section 2).

De ces deux conceptualisations du sujet de droit (technique et idée-force), ressort le corpus théorique permettant d’appréhender autrui et la relation à autrui de manière conforme à l’acquis existentialiste sans pour autant sacrifier les exigences inhérentes à la sphère juridique (section 3) : apparaît alors le sujet de droit existentialiste, une conceptualisation de l’identité juridique à l’aune d’autrui.

Section 1 – Le sujet de droit comme technique : un support d'intérêt

367. Conception instrumentaire et finalisée. René Demogue entreprend au début du siècle dernier la création de notions fondamentales du droit au regard notamment des fins du droit. Pour ce faire, il analyse à l'aune de la pure technique juridique les concepts permettant d'appréhender les réalités concrètes afin de leur donner le statut ou le régime juridique le plus utile possible¹. Cette dynamique est nécessairement originale lorsqu'elle vient à se pencher sur une problématique qui, classiquement, achoppe davantage avec le fond du droit qu'avec la technique ; telle est la situation du sujet de droit. Allié traditionnel de la personnalité², le sujet de droit entretient des relations étroites avec les droits de l'homme surtout en France dans la mesure où le droit reste marqué par l'individualiste et libérale Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³. Pour autant, Demogue abandonne intentionnellement le terrain du fond du droit pour faire bénéficier le sujet de droit d'une construction pragmatique affleurant avec l'idée qu'il se fait du droit. Proche de Ihering, Demogue considère en effet, que le droit est avant tout la recherche de la protection d'intérêts dont les sujets de droit ne seront que le support juridique (§ 1). Si la dimension instrumentaire du sujet de droit peut surprendre, il n'en demeure pas moins que l'idée d'une technique servant une cause finale avouée, la sécurité, permet à l'ensemble de présenter un visage concret en lien avec le droit et la relation qu'elle sous-entend à autrui. Il n'est dès lors pas étonnant que cette construction intellectuelle ait été récemment revisitée afin de donner une coloration juridique à des entités que la *summa divisio* personnes/choses aurait tendance à laisser hors du droit (§ 2).

§ 1 – La conceptualisation du sujet de droit par Demogue

368. En liant le concept de sujet de droit à la notion d'intérêt, Demogue tend à démythifier la perception du sujet. Pure technique juridique, le sujet de droit est à même de recouvrir tous les centres d'intérêts que le droit juge dignes de protection (A). Si la jouissance du droit fait le sujet, se pose néanmoins la question de la nature du droit alors octroyé et la

¹ Ce qui constitue le propre de l'analyse substantielle : J.-B. Racine et F. Siirainen, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, De Boek Université, t. XXI, 3 2007/3, p. 259 et s.

² V. *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF, publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 24, 1994 et R. Martin, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785, où l'auteur développe pareillement une conception relationnelle et technique du sujet de droit mais soumise à la volonté de la personne qui lui préexiste : le sujet de droit, selon lui, n'est qu'« artifice », fiction juridique (ibid. p. 784).

³ Voir notamment, J.-M. Trigeaud, « Rapport introductif », in *La personne humaine, sujet de droit*, op. cit. p. 3.

détermination du sujet de disposition (B) puisque l'effectivité d'un droit repose nécessairement sur la désignation d'une entité apte à saisir une juridiction pour trancher un éventuel litige. Néanmoins, pour Demogue, il ne s'agit alors que d'une formalisation juridique ne pouvant dissimuler l'idée selon laquelle le sujet de droit est déterminé *a posteriori* au regard de la relation que l'ordonnancement juridique élabore afin de protéger un intérêt. Détaché de la conception traditionnelle des existants juridiques, le sujet de droit apparaît comme une alternative à la personnalité juridique et au droit subjectif comme déterminant du sujet (C).

A – Le sujet de droit, un support d'intérêt

369. Le sujet de droit : une technique relative. La question du sujet de droit est clairement pour René Demogue une question touchant non au fond du droit mais bien à la simple technique juridique. La problématique ne tend pas à déterminer « les avantages qu'il est souhaitable de reconnaître dans telles et telles circonstances à un être en le qualifiant sujet de droit »¹. Il s'agit selon lui d'une opération de la pensée permettant de donner une expression unifiée aux situations juridiques en regardant si les droits appartiennent à un sujet.

Selon lui, si de nombreux auteurs commettent « l'erreur »² d'appréhender le sujet de droit comme une question de fond, c'est, car « il n'est pas facile, peut-être même pas possible, d'établir une cloison étanche entre le fond du droit et la technique »³. Il en résulte que les idées techniques, au lieu de constituer de simples idées de coordination et de solution provisoire, deviennent des principes, des idées-forces, que l'on n'ose plus soumettre à la discussion.

En outre, s'est mêlé à la problématique, un argument d'ordre moral. La qualité de sujet de droit « est apparue comme une sorte de dignité qu'il ne fallait pas conférer à la légère »⁴. L'Antiquité refusait de l'octroyer aux esclaves, le christianisme l'étendit à tout homme et penchait à inclure Dieu, les saints et les hommes, quant à la Révolution, elle considéra que « les hommes maîtres de la nature, des animaux et des choses, réglant entre eux leur souveraineté, sont seuls sujets de droit »⁵. Or, comme le souligne Demogue, c'est alors entrer dans le domaine d'une idée-force : le désir de sécurité. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est une vraie charte de la sécurité individuelle qui a pour intention d'affirmer l'inviolabilité de droits ayant comme pôle la liberté. Demogue rejette l'attribution d'une telle

¹ R. Demogue, « La notion de sujet de droit (caractères et conséquences) », *RTD civ.* 1909, p. 621-622.

² *Ibidem* p. 623.

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem* p. 623.

philosophie politique à la notion de sujet de droit : « il s'agit simplement, étant donné la construction de notre esprit, qui a besoin d'ordre et de clarté, d'y classer les solutions et de créer un instrument imparfait et dangereux d'ailleurs, de découverte, qui nous gardera du moins de la confusion ou de l'imprécision »¹.

C'est ainsi au regard de l'intérêt protégé qu'il conviendra de s'interroger sur la nécessité, l'opportunité, de concéder à une entité la qualité de sujet de droit afin qu'elle puisse jouir du droit : « plus un intérêt ou un groupe d'intérêts nous semble digne d'être protégé, plus, dans certains cas, il sera utile de les ériger en patrimoines indépendants à titre de sujets de droit, ou de centres d'intérêts, pour employer une expression qui désigne un cas de demi-personnalité »².

Ceci explique que Demogue appréhende cette technique dans une dimension évolutive, relativiste. La méthode consiste en effet « à savoir, étant donné des résultats qui nous semblent raisonnables, quels sont les principes qui peuvent les expliquer tous et dont probablement pour l'avenir on pourra, pour les cas auxquels nous ne songeons pas, tirer des déductions qui paraîtront heureuses, sauf d'ailleurs à les modifier et à modifier ensuite la construction technique, si cela paraît plus conforme au classement donné et aux divers intérêts en présence »³.

Par conséquent, le sujet de droit constitue un simple instrument juridique évolutif en ce qu'il permet d'ouvrir la scène juridique à une entité. Seule une idée-force justifiant que l'intérêt d'une entité soit protégé par le droit explique le recours à cette technique. Le sujet de droit n'existe donc pas en soi, ontologiquement, il n'est que le support d'un intérêt. L'identité juridique n'a pas d'essence pré-existante : l'existence sur la scène du droit se réalise au moyen d'une identité support, le sujet de droit.

370. Le droit comme intérêt. Réfutant l'idée de Duguit⁴ selon laquelle le droit doit être appréhendé hors du rapport entre sujets, Demogue soutient que « toute la technique actuelle du droit consiste donc non pas à qualifier tel acte licite pour telle personne, mais à qualifier certains êtres de sujets de droit et à les représenter comme liés les uns aux autres par des rapports de droit dont ils sont bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux »⁵. La question du rapport entre sujets de droits est ainsi primordiale pour Demogue, « la science ayant construit tout son système de règles sur la

¹ Ibidem p. 624.

² Ibidem p. 625.

³ Ibidem p. 622.

⁴ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, rééd. Paris : Dalloz, 2003, p. 174 : « Toutes les fois qu'il y a un acte de volonté individuelle déterminé par un but de solidarité sociale, il naît, pour une certaine autre volonté, le pouvoir d'assurer la réalisation de ce résultat, il naît pour une certaine autre volonté, le droit de ne rien faire s'opposant à la réalisation de ce résultat et, si cela se peut, d'y travailler activement ; il naît pour le gouvernement, s'il existe, le devoir s'employer la force à l'obtention du but qui a déterminé l'acte de volonté ».

⁵ R. Demogue, « La notion de sujet de droit (caractères et conséquences) », *RTD civ.* 1909, p. 612.

base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits, et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets »¹. A la question de savoir qui peut être sujet de droit, Demogue répond alors que, l'esclavage ayant disparu, « tout homme est sujet de droit depuis l'époque de sa conception jusqu'à sa mort »². Bien que la pensée classique attribue la personnalité aux seuls enfants nés et viables, Demogue admet dès le début de son propos qu'est sujet de droit l'homme dès sa conception. La démonstration à l'égard des sujets de droit non vivants tend à en vérifier la véracité scientifique.

Il est aisé de constater que la doctrine dominante fait échapper au statut de sujet de droit les morts, « les êtres futurs » : non ceux déjà conçus, mais nous dit Demogue, « toutes ces générations qui nous suivront et pour lesquelles nous nous sentons le devoir de travailler »³. Il admet néanmoins deux dérogations acceptées par le droit à l'idée selon laquelle la personnalité est réservée aux hommes déterminés et en vie : la capacité des enfants simplement conçus⁴ et la personnalité morale.

Afin de dépasser tout dogme quant à la reconnaissance du sujet de droit, Demogue se propose de partir d'une méthode originale : « se demander qui est sujet de droit, c'est implicitement se poser la question : dans quel but existe le droit ? »⁵. C'est dire que « tout le contenu de la définition du sujet de droit est renfermé dans la définition du droit subjectif »⁶. En outre, cela amène à se demander « quelle peut être la nature des droits et si cette nature n'exclut pas certains sujets de droit dans des cas déterminés »⁷. Cette interrogation l'amènera alors à faire la distinction entre les sujets de jouissance et les sujets d'exercice.

371. Le but du droit comme déterminant du sujet du droit. Demogue attribue comme finalité au droit d'assurer jouissances matérielles ou morales : « Le droit a pour but de conférer certains avantages à des hommes les uns par rapport aux autres »⁸. Plus synthétiquement, « le droit a pour mission de protéger un intérêt et non une volonté »⁹.

Contrairement à Hauriou pour qui le droit ne s'attache qu'à la manifestation du moi raisonnable, la volonté¹⁰, à Duguit qui considère qu'un intérêt ne peut constituer un droit que

¹ R. Demogue, art. précit., p. 613.

² Idem.

³ Ibidem p. 614.

⁴ C'est une exception à la théorie classique de la personnalité et une consécration de la qualité de sujet de droit.

⁵ Ibidem p. 615.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem p. 615/616.

¹⁰ M. Hauriou, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale de droit*, 1898, p. 5 et 119.

lorsqu'il est voulu¹, ou encore à Geouffre de la Pradelle qui soutient que le droit est une faculté d'agir², Demogue récuse la volonté en ce qu'elle présente « l'inconvénient de rendre très difficile la reconnaissance d'un droit là où il n'y pas de volonté ».

En Allemagne, Bekker³ est le premier à se détacher du recours à la volonté. Survient alors l'idée d'un sujet qui pourrait avoir des droits sans pouvoir les exercer, ce que Demogue appelle les fous. Par l'intermédiaire d'autrui, « une autre volonté pour vouloir à ma place »⁴, la jouissance du droit suffit à faire de l'être un sujet. Demogue rappelle que selon Bekker, l'aptitude à jouir caractérise le sujet de droit. Le rôle de la volonté est alors second : elle est exercée par celui qui jouit ou par autrui à la place du sujet.

Ihering a sensiblement développé la même théorie : « le véritable ayant droit est celui qui peut prétendre, non à vouloir, mais à profiter [...] Le sujet du droit, c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit, le destinataire ; la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité »⁵ ; puisque la sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit [l]es droits sont des intérêts juridiquement protégés »⁶. Dans la mesure où il est très difficile de déterminer une liste étroite des personnes ayant intérêt à ce qu'un droit se réalise, il est évident qu'il faut y apporter une limite : « pour être sujet d'un droit, il faut que la loi vous destine l'utilité du droit »⁷. Le but du droit étant la satisfaction et le plaisir, Demogue en arrive à la conclusion que « tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire. L'enfant, le fou curable ou incurable peuvent être sujets de droit car ils peuvent souffrir. L'animal même peut l'être, il peut se trouver bénéficiaire d'un legs, ayant comme nous des réactions psychiques ou agréables »⁸ ; sont donc exclus les choses, « les objets inanimés qui sont incapables de souffrir »⁹.

Toutefois, s'il reste possible de dresser une liste assez longue des sujets de jouissance, le sujet de disposition¹⁰ ne peut que faire l'objet d'une conception plus limitée. Il ne peut

¹ L. Duguit, *Le droit individuel, le droit social et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 1922 p. 15.

² A. Geouffre de la Pradelle, *Des fondations*, éd. Giard et Brière, 1895, p. 29.

³ Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt, Jarbuch für Dogmatik*, t. XII, p.1, cité par Demogue, art. précit..

⁴ Ibidem p. 617. Théorie déjà développée par Leibniz dans son élaboration de l'identité personnelle du sujet de droit, voir infra n° 397 et 403.

⁵ R. von Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, Paris, Marescq, 1886-1903, p. 323.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem p. 620.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem p. 621.

¹⁰ Demogue considère que les sujets de disposition sont partiellement des sujets de jouissance en ce que certains prennent plus de plaisir à gérer les affaires d'autrui que les leurs ; d'où la notion de sujet de disposition jouissance.

comprendre que les personnes aptes à faire raisonnablement des actes juridiques : « Il se renferme dans le cercle des personnes appartenant à l’humanité raisonnable »¹.

372. Conséquences pratiques. La première incidence de la théorie des sujets de droit telle que développée par Demogue est qu’« il n’y pas de raison de limiter cette catégorie aux humains en vie : l’idée de protéger la mémoire, l’honneur ou la dignité des morts peut certes procéder d’une « solidarité entre ceux qui ont été et ce que nous sommes »², par une idée « spiritualiste de survivance, par une réaction de notre sensibilité ». Néanmoins, la théorie du sujet de droit semble plus à même de valider une telle protection car c’est reconnaître que « les morts sont des demi-personnes juridiques »³.

Un raisonnement identique est valable en ce qui concerne l’autre extrémité de la chaîne des générations. Partant du postulat moral que l’humanité actuelle doit travailler pour l’humanité future, il convient selon Demogue d’admettre que « techniquement les sujets de droit doivent comprendre autant et plus de personnes à naître que de vivants »⁴. A l’appui de Géný, Demogue soutient que les anciens articles 1048, 1050, 1053 et 1082 du code civil, qui permettaient aux enfants à naître de recevoir des biens, ne doivent pas être considérés comme des exceptions. Ces dispositions mettent en exergue l’utilité de la notion de sujets de droits : « Une personne ou la loi peuvent faire bénéficier de certains droits des personnes futures ». Cela amène alors Demogue à valider un instrument juridique que le droit consacrera en 1981⁵ : « Nous ne voyons donc pour notre part aucun obstacle à la validité des assurances sur la vie au profit d’enfants non nés ou à naître, à la validité d’un legs que ferait une personne à chacun de ses petits-enfants nés ou à naître »⁶.

Appliquant cette théorie à la personne morale, Demogue l’envisage comme une forme de propriété collective. Prenant l’exemple des associations caritatives, il affirme que « les véritables sujets de jouissance sont les pauvres à secourir actuellement ou dans l’avenir. Les associations sont de simples sujets de disposition, avec il est vrai, des pouvoirs particuliers »⁷. Néanmoins, cette construction présente une limite que Demogue ne peut manquer de constater : à vouloir étendre la qualité de sujet de droit à tous les membres de l’espèce humaine, présents ou à venir, la construction risque de sombrer dans le néant. Dans une perspective fortement teintée de

¹ Ibidem p. 620.

² Ibidem p. 631.

³ Idem.

⁴ Ibidem p. 632.

⁵ Article L. 132-8 C. assurances issu de la loi n° 81-5 du 7 janvier 1981.

⁶ Ibidem p. 632.

⁷ Ibidem p. 634.

platonisme, Demogue cite Brinz pour qui : « là où il n'y a personne à nommer comme possédant un bien, il doit y avoir quelque chose pour quoi le bien existe. Il existe pour un but »¹. Ainsi, la qualité de sujet de droit ne se perd pas dans un émiettement infini : elle est sauvée par le but, l'idée même que le droit lui attribue.

373. La limitation à l'humain : la question des animaux. Bien qu'il soit possible d'établir un champ très large du sujet de droit, Demogue observe que la doctrine dominante cantonne le sujet de droit à l'humain : « l'impératif de la loi ne peut entrer en activité que pour la protection des intérêts humains et que ceux-ci, étant les seuls buts en eux-mêmes, sont seuls capables d'être sujets de droits »². Il remarque qu'il ne s'agit, *a priori*, que d'une pure affirmation. Les choses ou êtres extérieurs à l'humanité ne sont en fait que des objets de l'affection des hommes, soit par utilité, soit par « mouvement de notre cœur qui nous fait désirer leur bien plutôt que le nôtre, ou par un devoir que nous sentons et qui nous fait valoir leur avantage »³. En fait l'homme reste le médium nécessaire des intérêts que le droit protège. Demogue affirme alors : « La qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité »⁴. En personnifiant l'intérêt « intervient l'idée-force »⁵ : « on lui donne une sécurité non seulement juridique, mais psychologique plus grande, le droit pénétrant en quelque sorte dans le sujet devenant la chose de l'homme ou de l'objet personnifié »⁶.

Revenant sur cette première analyse, Demogue se demande pourquoi l'on doit limiter l'application du droit à l'humanité. Ne se plaçant pas sur le terrain de la morale, Demogue désire simplement poser une règle technique : « est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme sujets de droit ? »⁷. Pour étayer cette perspective, il prend l'exemple suivant : « si une personne veut laisser une rente pour entretenir un animal, n'est-il pas plus simple, plus près de la réalité, de dire que cet animal a une rente, au lieu d'admettre ces procédés alambiqués consistant à dire : on pourra léguer une rente à n'importe quelle personne à charge par elle d'entretenir l'animal ? »⁸. En cas d'abus, de « sottises », de « vanités folles », législateur et juges pourraient intervenir en rétablissant le caractère raisonnable de certains actes et ce en s'inspirant des bonnes mœurs. Il remarque que

¹ Brinz cité par R. Demogue, *ibidem* p. 636.

² *Ibidem* p. 629.

³ *Ibidem* p. 630.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem* p. 637.

⁸ *Idem*.

« ce n’est pas à la technique d’en proclamer l’impossibilité scientifique, d’autant plus que cette technique très large que nous préconisons produit ici des avantages »¹. En effet, si le donataire, le légataire avec charge venait à faire mauvais usage de son propre patrimoine, il serait opportun d’en exclure les biens affectés d’une charge. Demogue concède alors ne pas voir de procédé plus simple pour reconnaître ce « petit patrimoine séparé que de dire : il y a là un sujet de droit »². Il serait possible, pour le droit, d’affirmer que le bien avec charge échappe aux créanciers et que par subrogation réelle, tout bien le remplaçant serait affecté de la même charge. Le résultat serait sans doute le même mais « ne vaut-il pas mieux, de deux constructions possibles choisir la plus simple »³ ?

Considérant le sujet de droit comme une pure technique juridique, c’est-à-dire, « un instrument de concentration des solutions jugées bonnes », Demogue en arrive à appréhender le sort des choses inanimées.

374. *Natura non procedit per saltus*. Demogue propose ici une vision amoindrie du sujet de droit, les centres d’intérêts. Partant du constat qu’il existe des droits principaux et des droits accessoires (hypothèques, servitudes, cautionnements...), il lui semble naturel de considérer, parfois, un droit comme n’étant que la « dépendance d’un autre et [de] faire de la chose principale une sorte de centre »⁴. Cette perspective n’est selon lui possible que si l’on rejette l’idée selon laquelle la notion de sujet de droit touche au fond du droit. Il ne doit s’agir que d’une notion technique, une notion souple, un procédé de connaissance : « un moyen d’adaptation aussi parfait que possible de notre esprit aux choses extérieures »⁵.

Le sujet de droit, défini comme un centre d’intérêts, constitue à ses yeux le moyen de satisfaire la sécurité, « un des pivots de la science juridique »⁶ car il permet de matérialiser les idées par des images qui s’approchent le plus de la vérité, l’image « dont on tirera le moins de conséquences mauvaises [...], celle qui est la moins boiteuse »⁷.

B – Le sujet face à la mise en œuvre d’un droit

¹ Idem.

² Ibidem p. 639.

³ Idem.

⁴ Ibidem p. 639.

⁵ Idem.

⁶ Ibidem p. 639.

⁷ Idem.

375. La problématique des droits reflète. Dans la mesure où la liste des sujets de droit peut s'avérer fort longue, Demogue est amené à se demander si parfois, le sujet de droit n'est pas évincé par une reconnaissance, non d'un droit subjectif, mais d'un simple droit reflet. Il existe en effet « des avantages que les particuliers peuvent avoir à l'observation de la loi par les pouvoirs publics, sans qu'il y ait de moyen juridique pour obtenir cette observation »¹. Il prend alors l'exemple du droit administratif et du droit pénal. Malgré le développement récent de l'action civile², Demogue soutient que ces lois « nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui nous appartienne en propre, car le droit n'est autre chose que l'intérêt qui se protège lui-même »³. Afin de faire le départ avec le droit subjectif, consacrant un intérêt, donc nécessitant un sujet de droit pour l'exercer et en jouir, Demogue affirme « nous dirons qu'il y a droit subjectif lorsque le but poursuivi est l'avantage de ces personnes, quand il y a cause finale, pour employer un terme philosophique. Mais quand il y a simple causalité, simple résultat, il n'y a alors qu'un droit reflet »⁴. En cas de droit reflet, la loi ne tend pas à reconnaître un intérêt juridiquement protégé, elle rencontre de manière accidentelle un intérêt individuel. Se pose alors la question d'une action adéquate pour que le droit puisse faire l'objet d'une protection. Demogue n'accorde pas une importance essentielle au fait que la loi détermine l'action par laquelle l'intérêt sera protégé : « du moment qu'on veut protéger un intérêt, la mise en œuvre du droit qui est ici admise n'est qu'une question de mise en valeur, de mise en action secondaire »⁵. Demogue souhaite d'ailleurs à cet effet, que les juges, dans le silence de la loi, puissent désigner des représentants *ad hoc* afin qu'un sujet de droit puisse mettre en œuvre la protection de l'intérêt légitime dont il est le support sur la scène du droit⁶.

Il est néanmoins possible de tirer la conclusion que si un intérêt ne dispose pas d'un représentant, si l'on empêche le sujet de droit de choisir un mandataire, « le droit en germe périra comme une graine qu'on ne sème point »⁷. Or, Demogue prend le soin de remarquer que si l'intérêt ne devient pas un droit subjectif, ce n'est pas en raison de la technique, mais en raison de la faible importance accordée à l'intérêt. S'il est toujours possible d'octroyer à un intérêt le

¹ Ibidem p. 641.

² Par un arrêt du 8 décembre 1906 « Laurent Athalin », du nom du rapporteur, la Cour de cassation a conféré aux victimes le droit de déclencher l'action publique en se constituant partie civile, la citation directe leur étant déjà ouverte (Cass. crim., 8 déc. 1906, DP 1907.1.207). Voir, X. Pin, « La privatisation du procès pénal », art précit ; « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Athalin » : D. 2007, p. 1025 ; et Ph. Bonfils, *L'action civile : essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. Cimamonti, PUAM 2000.

³ Ibidem p. 641.

⁴ Ibidem p. 642.

⁵ Ibidem p. 643.

⁶ Voir infra n° 376.

⁷ Ibidem p. 644.

support du sujet de droit, il reste possible d’empêcher l’exercice du droit en ne déterminant pas qui en sera le représentant en justice, son mandataire *ad hoc*. Il s’agit alors d’intérêts « demi protégés »¹ dont le seul défenseur est l’administration. Pour accéder au rang de droit subjectif, il leur manque un défenseur spécialisé dans l’organisation de la protection du titulaire du droit reflet².

La protection d’un droit n’est donc pas une constante, toujours égale à elle-même. Elle sera, à n’en pas douter, maximale, lorsque le sujet de droit se voit attribuer le rôle de défendre l’intérêt protégé. La protection est moindre lorsque la protection est attribuée à un tiers à qui l’on a confié la mission spéciale d’assurer la défense de l’intérêt, bien que cela en fasse encore un droit subjectif³. La protection est encore inférieure quand le défenseur a comme objectif la défense d’un groupe dont les individualités peuvent avoir des intérêts différents. Enfin, il s’agit d’un droit reflet lorsque le défenseur qui peut, éventuellement, avoir des intérêts contraires au sujet de droit, reste libre d’agir et n’a donc pas de compte à rendre.

376. La contre-partie : limitation des sujets d’exercice. Demogue rappelle que « peuvent seules avoir un droit d’exercice les personnes raisonnables, isolées ou en groupe. Et presque à tout instant un droit doit comporter un titulaire de cette sorte »⁴. S’il est naturel que les droits soient exercés par celui qui en jouit, il peut ne pas exister ou être un incapable. Or, si la loi ne dit mot à l’endroit de son représentant, il convient selon Demogue de partir du postulat que « tout droit comporte un titulaire d’exercice »⁵, celui-ci devant être « raisonnable et actuellement

¹ Ibidem p. 644.

² Il est intéressant de remarquer que dans une vision minimaliste, la protection de la vie dès son commencement serait un droit reflet, ce qui signifierait que seule l’administration peut en assurer la protection, en matière pénale, le ministère public.

³ Il est ici difficile de ne pas faire un parallèle avec le curateur au ventre. L’ancien article 393 du code civil prévoyait que lorsque la femme, qui n’a pas d’enfants mineurs non émancipés, est enceinte lors du décès de son mari, un curateur au ventre devait être nommé par le conseil de famille. Tant que durait la grossesse, le curateur était notamment chargé de veiller aux intérêts de l’enfant à naître. Il devait particulièrement veiller à empêcher la suppression de l’enfant. Dans son *Explication sommaire du livre 1^{er} du code Napoléon et des lois*, Valette observa qu’il s’agissait de « crimes, très rares sans doute [...] mais dont la possibilité avait excité l’attention et la vigilance des magistrats chez les Romains et dans notre ancienne pratique française ». Il remarque également que le législateur avait, dans un premier temps, retenu l’expression « curateur de l’enfant à naître », mais que l’expression avait été rejetée dans la mesure où il devait également administrer les intérêts de tierces personnes, notamment les biens laissées par le *de cujus* (A. Valette, *Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois*, Ed. Marescq Ainé, 1859). Dans le *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, on peut lire, que Tronchet « demande qu’on emploie dans cet article l’expression curateur au ventre. Elle est en usage dans la langue des lois ; elle est d’ailleurs plus laconique et désigne mieux les fonctions de curateur que celle de curateur de l’enfant à naître, qui semble supposer que le curateur ne doive s’occuper de l’enfant qu’après sa naissance, tandis que sa surveillance a également pour objet d’empêcher la supposition d’enfant », (P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, p. 570).

⁴ Ibidem p. 645.

⁵ Ibidem p. 650.

vivant »¹. Dès lors, en parallèle à l'admission très large des sujets de jouissance, « quand cela est nécessaire en fait, les juges, à la demande de tout intéressé, ont qualité pour désigner ce titulaire s'il n'en a pas été désigné un par la loi »². Par là-même, Demogue entend adjoindre à la fonction classique de la magistrature, à savoir, « constater les faits contestés et dire le droit en présence de ces faits »³, une « œuvre d'administration des intérêts privés, lorsqu'il en est sollicité, prendre des mesures dans une certaine fin, de telle sorte que ses jugements ne procèdent pas seulement de façon déductive, mais soient dirigés vers un but : gérer convenablement les intérêts qui, par suite de circonstances, ne peuvent recevoir satisfaction »⁴. Demogue a alors conscience de confier aux juges « une mission écrasante »⁵, mais elle est nécessaire « si on tient compte de l'immense appel de la conscience humaine vers le mieux »⁶.

Quant à l'étendue des droits que peut recueillir le sujet de disposition, il penche pour une vision maximaliste dans le domaine extra-personnel : « lorsqu'un droit existe, il doit y avoir une ou plusieurs personnes, ou un collège ayant qualité pour faire, par rapport à ce droit, tous les actes même les plus graves »⁷. Il ajoute : « Il ne suffit pas qu'un droit ait un administrateur pouvant faire ces actes au caractère un peu étroit que l'on appelle les actes d'administration. Il faut encore que tous les actes imaginables par rapport à ce droit soient possibles »⁸.

¹ Ibidem p. 646.

² Ibidem p. 650.

³ Ibidem p. 650.

⁴ Ibidem p. 650-651.

⁵ Ibidem p. 651.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem p. 654.

⁸ Idem.

C - Une détermination alternative du sujet de droit

377. Sujet de droit et personnalité. Au final, il apparaît que le sujet de droit constitue bien une technique juridique permettant à une entité d'accéder, primitivement, à la jouissance d'un droit, la disposition pouvant parfaitement être confiée à un tiers. Déterminer s'il est opportun d'attribuer la qualité, l'instrument (le sujet de droit) ne peut y répondre. Le sujet de droit permet seulement de donner corps à une telle idée si le droit considère qu'il est opportun de protéger un intérêt. Le sujet de droit, ainsi conçu, n'est donc pas une qualité *a priori* mais le produit d'une réflexion sur le droit concrètement envisagé, non sur l'opportunité de l'attribuer. Dans cette dynamique, le sujet de droit ressemble à une capacité spéciale, *ad hoc*, déterminée et octroyée pour la jouissance d'un droit.

Il apparaît alors que le sujet de droit est une alternative à la personnalité puisque cette technique permet d'assurer la jouissance d'un droit sans passer le prisme d'une personnalité *a priori*. En ce sens, le sujet de droit fait échec à la personnalité comme seul moyen d'acquérir des droits et d'en faire usage. Il s'agit donc d'un autre instrument susceptible de déterminer l'existence juridique, si l'on concède que l'existence sur la scène du droit sert à la revendication de droits. Si la personnalité se présente tel un masque vierge pouvant être grimé afin de jouer n'importe quel rôle juridique, le sujet de droit est un masque déjà peint. Le sujet de droit est le masque du titulaire d'un droit particulier. Il résume ainsi cette pensée : « La qualité de sujet de droit appartient aux intérêts que les hommes vivant en société reconnaissent suffisamment importants pour les protéger par le procédé technique de la personnalité. Le *substratum* essentiel est ici l'intérêt protégé »¹.

Ainsi, lorsque Demogue se penche sur l'idée justifiant l'octroi de l'outil, il se réfère souvent à la sécurité tout en précisant qu'il ne s'agit que d'une des idées devant être véhiculées par le système juridique. Or, il a été démontré que l'anticipation légitime d'autrui constitue le vecteur de la sécurité en droit². Ainsi, si une entité sans personnalité peut accéder à l'existence juridique, elle le fera au moyen du sujet de droit, simple instrument de technique juridique. La cause finale de cette accession à l'existence juridique réside, quant à elle, dans la sécurité devant être véhiculée par le droit et que l'anticipation légitime d'autrui synthétise. Sans passer par le prisme de la personnalité, il est possible de postuler l'existence juridique afin de se réclamer destinataire du droit et obtenir une protection en cas d'atteinte à ce droit, le sujet de droit officiant alors à titre de moyen, d'instrument. Au final, le sujet de droit n'est que le support d'un

¹ Ibidem p. 630.

² V. supra n° 284.

droit que l'anticipation légitime d'autrui octroie à une entité dont l'intérêt mérite protection au sens du droit.

378. Empirisme. Reste alors la question de savoir si le droit considère que l'intérêt est suffisamment important pour justifier que son détenteur soit un sujet de droit pouvant intervenir sur la scène du droit, analyse qu'il sera opportun de faire à l'aune des acquis de l'altérité. Pour ce faire Demogue dresse la marche à suivre : « lorsque le droit se constitue, soit par la volonté de la loi, soit par la coutume, la jurisprudence ou la doctrine : ou tel but, telle destination donnée à des biens est simplement tolérée ; alors par une défaveur mitigée, mais réelle, on admettra qu'il y a ici une simple charge, avec les inconvénients que cela entraîne, la fragilité juridique qui en résulte. Ou bien une autorité sera chargée de décider si le but est assez important pour qu'il convienne d'établir un sujet de droit particulier. Ou enfin on jugera que telle catégorie d'intérêts mérite suffisamment protection pour admettre de plein droit qu'il y a un sujet de droit, sauf à voir comment organiser ici un sujet de disposition pour veiller à ce quel but soit atteint »¹. En affirmant ceci, Demogue signe l'acte de décès de la personnalité juridique telle que nous la connaissons classiquement. Aucune qualité juridique n'est en effet octroyée *a priori* et de manière abstraite. Tout est question de droit protégé et non d'accession automatique à un rôle juridique par la naissance. S'il est vrai que certains sujets de droit sont désignés automatiquement, par la force des choses au regard de certains intérêts, ce n'est qu'à l'aune de ces intérêts que la qualité est octroyée. Ainsi affirmer que toute personne humaine a droit à ce que sa vie soit juridiquement protégée résulte du constat que la vie humaine est l'intérêt juridiquement protégé. Le bon sens exige que le droit soit octroyé à un humain, en vie, sans que le prisme d'une fiction ne vienne éclairer les détenteurs d'un tel droit. Demogue observe : « En réalité donc, il est aussi inexact de dire que, dans tels cas, il n'y a pas de sujet de droit sans une règle de droit pour le dire, que de parler de personnalité de plein droit »². Il ajoute dans un souci de synthèse : « les intérêts en jeu, leurs valeurs respectives détermineront seuls s'il convient de se montrer plus ou moins large »³. Il achève le raisonnement en affirmant : « il n'y a aucun obstacle tenant à la nature des choses, à des permanences juridiques abstraites »⁴.

L'on voit qu'il n'est dès lors plus nécessaire de lier la capacité telle qu'elle est connue en procédure civile à la personnalité juridique abstraite telle que semble la connaître le droit civil. Lorsque l'article 31 du code de procédure civile dispose que « l'action est ouverte à tous ceux qui

¹ Ibidem p. 626.

² Ibidem p. 626.

³ Ibidem p. 626.

⁴ Ibidem p. 626.

ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé », force est de constater que la mesure de la capacité est l'intérêt légitime, non la personnalité juridique. La jouissance d'un droit, d'un intérêt est le seul critère du sujet de droit et le seul déterminant de son revers procédural, la capacité. La personnalité juridique, définie hors l'intérêt légitime, ne devrait donc en rien déterminer l'accès d'une entité à la scène du droit.

379. Sur la notion de droit subjectif. En orientant son étude sur le sujet de droit, Demogue est logiquement amené à définir le droit subjectif. Il prend le soin de préciser que protection juridique et droit subjectif ne sont pas nécessairement synonymes. Ihering avait déjà observé que toute loi qui protège un intérêt ne confère pas automatiquement un droit¹. Si le droit subjectif est, pour lui, la forme la plus accomplie du droit du sujet puisqu'elle permet à son titulaire de l'exercer librement, le droit reflet n'en demeure pas moins un droit du sujet dont l'exercice est transféré à une autre entité : « pour qu'il y ait droit subjectif, il suffit que la réalisation en soit obtenue par un moyen à la disposition du sujet ou de son représentant ». Entre droit subjectif et droit reflet, il n'y a, pour le sujet de droit, qu'une question de mise en valeur ; or, cette mise en valeur est « quelque chose d'extérieur au bénéficiaire du droit »².

Il apparaît ainsi, que le droit subjectif se manifeste essentiellement par l'attribution d'une action en vue d'en satisfaire la jouissance. A défaut, il ne s'agit que de la manifestation du droit objectif, une norme imposant le sens d'un rapport sans qu'une action n'en découle automatiquement. Or, chez Demogue, le simple fait d'être le destinataire suffit à ce que l'entité concernée soit un sujet de droit ; elle se trouve, néanmoins, dans une situation peu favorable dans la mesure où, malgré l'atteinte à son intérêt, la sanction dépendra de l'action exercée par un tiers. Ainsi, le droit subjectif ne fait pas le sujet de droit : seule la destination du droit fait le sujet.

En outre quant au contenu même du droit subjectif, Demogue n'en fait pas comme la doctrine moderne³, la manifestation d'un individualisme primaire. Confirmant sa théorie juridique relativiste, Demogue prévient que « le juriste doit penser que parfois, les intérêts ayant profondément évolué, il faudra porter une certaine atteinte à cette sécurité pour un plus grand bien »⁴. Il échappe ainsi à la juste critique formulée par Michel Villey à l'encontre du droit

¹ Ihering, op. cit, I, p. 337.

² Idem.

³ V. pour une présentation : J.-L. Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4^{ème} éd. 2003, n° 28.

⁴ Idem.

subjectif : une « consécration de l'égoïsme individuel » qui « tend à capter à son profit, en le déformant, ce qui avait été édifié seulement en vue de la justice et du bien commun »¹.

S'il reste alors à préciser la méthode permettant de désigner les intérêts méritant une protection juridique, il convient, préalablement de vérifier la modernité de la construction.

§ 2 – La modernité du sujet de droit

380. Bien que non-dominante, l'idée que la *summa divisio* personnes/choses est impropre à saisir les différentes manifestations de l'ordre juridique, connaît un net regain de vitalité à l'époque moderne. Les exemples concrets de l'embryon et de l'espèce humaine finissent d'achever toute croyance en une dichotomie nécessaire et suffisante. A cet effet, il a, singulièrement, été proposé de créer, à côté de la personne et des choses, une catégorie intermédiaire, dont l'appellation emprunte à Demogue, les centres d'intérêts. Axée sur une analyse économique du droit, et notamment sur la notion d'entreprise, la conceptualisation (A) semble pertinente en ce qu'elle démontre l'opportunité actuelle d'une alternative non essentiellement à l'égard de l'absence de statut de l'enfant à naître. En effet, la notion pourrait se subdiviser à l'aune des entités dont les centres d'intérêts se rapprochent : si entreprises et groupes de société se rapprochent de la personnalité morale, embryons, morts et espèce humaine tendent à affleurer la personne humaine (B). Face à la traditionnelle dialectique, apparaît ainsi l'opportunité de consacrer le centre d'intérêts en ce que son régime juridique (C) permettrait une meilleure protection des intérêts juridiques d'entités n'accédant pas à la personnalité.

A – Le centre d'intérêts, notion plurielle

381. Qualification intermédiaire. Face à l'insuffisance des qualifications classiques, Monsieur le professeur Farjat a proposé une alternative dont la proximité avec la thèse de Demogue est patente : « l'existence d'une catégorie juridique intermédiaire entre les personnes juridiques et les choses nous paraît faciliter la résolution d'un certain nombre de contradictions et permettre des avancées du système juridique »². S'interrogeant sur la nature juridique des animaux, monsieur le professeur Marguénaud semble s'orienter dans une voie identique lorsqu'il observe que ce ne sont plus « exactement des biens ou des choses... Alors que sont-ils devenus ?

¹ M. Villey, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Archives de philosophie du droit*, tome IX, p. 109.

² G. Farjat G., « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt (Prolégomènes pour une recherche) », *RTD civ.* 2002, p. 221.

Une catégorie inédite, naviguant quelque part entre les biens et les personnes ? »¹. Il est rejoint par monsieur le professeur Couret qui, abordant la qualification juridique des animaux, s’interroge : « peut-être que la véritable question se situe ailleurs : la vieille dialectique héritée du droit romain et qui oppose les objets de droit aux sujets de droit est-elle encore satisfaisante pour rendre compte des réalités contemporaines ? »².

Ceci amène Monsieur le professeur Farjat à sonner le glas de la dichotomie classique : « La thèse d’une soi-disant *summa divisio* juridique des personnes et des choses est erronée lorsqu’on considère le fonctionnement du système juridique »³. Selon lui, entre les personnes et les choses se trouveraient des centres d’intérêts, des lieux d’imputation du droit qui ne relèveraient pas de la distinction traditionnelle mais d’ordres spontanés. Au sein de ces centres d’intérêts, Monsieur Farjat établit une distinction : « La première catégorie qui vient à l’esprit du juriste de droit économique est celle de centres d’intérêts collectifs, le groupe de sociétés, les réseaux, mais comment ne pas envisager la famille. Ils apparaissent comme des succédanés de la personnalité morale »⁴. Dans une deuxième catégorie apparaît « l’ombre des personnes physiques »⁵ : l’embryon, le mort et l’animal. Enfin, arrivent les choses ou objets personnalisés relevant d’un ordre construit : la nature, les navires et aéronefs dotés d’une nationalité.

B – Les catégories de centres d’intérêts

382. Ersatz de la personne morale. Les centres d’intérêts collectifs ont la particularité d’avoir été appréhendés, fût ce un instant, comme d’éventuelles personnes morales. La famille en est l’archétype. Si l’intérêt de la famille est devenu un standard, au-delà de la dimension politique d’une personnification de la famille, quelques juristes dont l’éminent Savatier⁶, soutinrent l’octroi de la personnalité juridique. En raison même de l’hétérogénéité de la famille, sa personnification reste de nos jours inconcevable : il apparaîtrait en effet assez illogique d’instaurer un vote familial et d’y fonder l’autorité d’un chef. La famille est à l’évidence un centre d’intérêts autonomes et parfois divergents pouvant difficilement être recoupés par l’intérêt de la famille.

¹ J.-P. Marguénaud, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998.205.

² A. Couret, note sous Civ. 1re, oct. 1980, *D.* 1981 Jur. 361.

³ G. Farjat, art. précit.

⁴ G. Farjat, art. précit.

⁵ Idem.

⁶ R. Savatier, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939.Chron.49.

Le groupe de sociétés participe de la même logique : si la personnalité juridique a pu être envisagée, celle-ci a été rejetée en raison même de son incohérence. Un auteur s'est ainsi refusé à partir en quête d'une identité juridique du groupe, « conscient que son unité ne saurait être proclamée sans détruire le groupe lui-même »¹. Bien que l'unité de la personnalité juridique ne leur ait pas été reconnue, la jurisprudence n'a pas dénié les considérer comme de vrais centres d'intérêts juridiques en y voyant « l'existence d'une entité productrice d'effets juridiques »². Ainsi, il a très tôt été admis que des opérations financières puissent être effectuées au sein d'un groupe, une société pouvant jouer le rôle d'établissement financier à l'égard des autres sociétés³. La jurisprudence a également pris en considération les intérêts du groupe afin d'apprécier la consommation d'un abus de biens sociaux⁴.

Encore plus éclairant est l'exemple de l'entreprise. Si le droit l'appréhende à de nombreuses reprises à travers, notamment, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et les entreprises en difficulté, force est de constater que la personnalité juridique n'est octroyée qu'au « propriétaire » de l'entreprise, la société. Au sein de l'entreprise comme ensemble économique, s'affrontent de nombreux intérêts divergents : intérêts des actionnaires, des salariés, des dirigeants, des créanciers voire des citoyens ordinaires à travers la notion d'entreprise citoyenne. La divergence de ces intérêts fait obstacle à la reconnaissance de la personnalité juridique. Monsieur le professeur Farjat affirme en effet : « Pas question dans ces conditions de parler d'une seule voix ; pas question de personnalité juridique pour l'entreprise en elle-même, la seule personnalisation juridique, en tout pays, c'est celle du "propriétaire" : la société. Pour le reste, nous sommes en présence d'entités juridiques innommées : nous les nommons centres d'intérêts »⁵.

383. L'aune des personnes physiques. Monsieur le professeur Farjat admet que la raison pour laquelle embryon et mort doivent être appréhendés tels des centres d'intérêts, est « que la doctrine française ne parvient pas à les loger d'une façon cohérente dans les catégories existantes, malgré tous ses efforts »⁶. Les hésitations et dénégations de la jurisprudence et de la législation

¹ A. Lyon-Caen, préface à l'ouvrage de Ch. Hannoun, « Le droit et les groupes de sociétés », LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 216, 1991.

² G. Farjat, art. précit.

³ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire, Institutions, comptes, opérations, services*, Litec, 7^{ème} éd. 2008, n° 566 et s. L'existence d'une société à vocation financière au sein d'un groupe a été validée dès 1941.

⁴ Crim. 4 févr. 1985 : D. 1985. 478, note D. Ohl ; Rev. sociétés 1985. 648, note Boulloc ; JCP 1986. II. 20585, note Jeandidier ; Gaz. Pal. 1985. 1. 377, note Marchi ; Crim. 4 sept. 1996 : Bull. crim. n° 314 ; D. 1996. IR. 260 ; Bull. Joly 1997. 107, note Rontchevsky ; Rev. sociétés 1997. 365, note Boulloc.

⁵ G. Farjat, art. précit.

⁶ Idem.

emportent un doute sérieux sur la nature juridique. Non-né, l’embryon semble ne pas être doté de la personnalité juridique. La qualification de chose est impropre en ce que son humanité y fait obstacle. Une tierce voie s’impose, le centre d’intérêts semble être une orientation satisfaisante. Il en effet difficile de nier que l’embryon est un lieu d’imputation du droit. Que ce soit à travers le strict encadrement de l’avortement, la réglementation des procréations médicalement assistées ou de la recherche, l’embryon est appréhendé par le droit positif. L’existence d’un état civil *a minima*¹ prévu par l’article 79-1 du code civil achève de démontrer sa prise en considération.

Le cas du mort participe d’un même mouvement. Comme le remarque M. Patrick Plateau, « les morts obligent les vivants à les respecter dans leur honneur et dans leur dernière demeure »². La protection pénale accordée à cette considération à l’article 222-17 du code pénal³ témoigne de ce que les morts constituent un centre d’intérêts juridiquement protégé : si la personnalité fait défaut, il semble, une fois de plus délicat, de soutenir que l’honneur d’une chose puisse être pénalement sanctionné.

Concernant les animaux, le « mouvement législatif, soutenu par un courant jurisprudentiel et doctrinal, tend à une amélioration du sort de l’animal, de plus en plus comme titulaire de droits »⁴. En la matière, le code pénal de 1992 marque une rupture en ce qu’il situe les infractions contre les animaux dans un autre chapitre que celui des infractions contre les biens. La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a même placé l’infraction de sévices graves sur un animal au titre V du code pénal « Autres crimes et délits », dans un chapitre suivant l’éthique biomédicale. Dans le domaine de la responsabilité civile, des décisions confirmant, de manière certes marginale, la réparation du préjudice affectif en raison de la perte d’un animal⁵ et l’indemnisation du préjudice subi par une chienne mordue par un chien⁶, sont révélatrices de la place prise par l’animal dans notre système juridique. Si l’on y ajoute le contentieux sur la garde de l’animal en cas de divorce⁷, l’on ne peut qu’être convaincu du sort particulier réservé aux animaux par le droit positif. Néanmoins, l’on ne peut nier que l’animal représente également une utilité économique notamment dans sa dimension nutritionnelle, c’est pourquoi, selon M. le professeur Farjat, « la

¹ Voir infra n° 407 et s.

² P. Plateau, « La paix des morts », note *D.* 1993.370.

³ Art. 225-17 code pénal : « Toute atteinte à l’intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende. (Al. 2) La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende. (Al. 3) La peine est portée à deux ans d’emprisonnement et à 30 000 euros d’amende lorsque les infractions définies à l’alinéa précédent ont été accompagnées d’atteinte à l’intégrité du cadavre ».

⁴ S. Antoine, « Le droit de l’animal : évolution et perspectives », *D.* 1996 Chron.126

⁵ Civ. 1re, 16 janv. 1962, « arrêt Lunus », *D.* 1962.J.199, note Rodière, *JCP* 1962.II.12557, note Esmein.

⁶ TGI Caen, 30 oct. 1962, *Gaz. Pal.* 1963.I.J.118.

⁷ CA Rouen, 22 nov. 1978, *D.* 1980.IR.75, obs. Benabent ; V. S. Antoine, « Le droit de l’animal : évolution et perspectives », *D.* 1996.126.

construction déjà opérée du droit de l'animal ne relève pas du droit de la personnalité juridique mais de la notion de centres d'intérêts »¹.

384. Choses personnalisées. Dans la mesure où navires² et aéronefs immatriculés se voient doter d'une nationalité, Monsieur le professeur Farjat propose de les appréhender tels des « portions détachées du territoire national »³ ; en cela, ils sont donc rattachables à l'Etat en tant que personne juridique. Cette troisième catégorie, « la plus improbable »⁴ en ce qu'elle ne tend pas à se rapprocher des personnes physiques ou morales, apparaît plus comme un ordre juridique construit que spontané. Au-delà des moyens de transport, la nature fait ici l'objet de toutes les attentions. Monsieur le professeur Hermitte⁵ a ainsi proposé de faire de la diversité biologique un sujet de droit. L'idée d'un patrimoine commun de l'humanité⁶ va dans le même sens. La pénalisation des atteintes à l'environnement et l'édiction du principe de précaution⁷ confirment que la nature, dans son rapport essentiel à l'humain, se voit doter d'un régime propre aux conflits de celui des biens. Apparaît alors l'opportunité de conférer à ces centres d'intérêts un régime juridique propre à chaque catégorie.

C - Régime juridique des centres d'intérêts

385. Incidences du centre d'intérêts. Pareillement à la construction de Demogue, il est évident que le centre d'intérêts, « comme pour la plupart des notions juridiques »⁸, est avant tout une notion de fait. Néanmoins elle présente la particularité d'être « un fait pertinent producteur d'effets de droit dans une mesure variable », « qui détermine un point d'imputation du droit, un ordre juridique partiel », mais « dépourvu du droit d'agir à la différence de la personne juridique »⁹.

Une longue démonstration n'est pas nécessaire pour établir le caractère factuel des centres d'intérêts : embryon, mort, entreprise, nature, groupe de société, famille sont avant tout des notions ressortissant au domaine factuel.

¹ G. Farjat, art. précit.

² V. notamment, P. Chaumette, « Le navire, ni territoire, ni personne », *Droit maritime français*, février 2007, n° 678, p. 99 et s.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois éditeur, 1988.

⁶ Voir infra n° 456 et s.

⁷ Voir supra n° 187.

⁸ G. Farjat, art. précit.

⁹ Idem.

Les centres d’intérêts sont en outre à « géométrie juridique variable »¹ : la famille se veut légitime, naturelle voire monoparentale. L’embryon est être sans personnalité mais a droit au respect avant de devenir, grâce à la naissance, une personne juridique. Les groupes de sociétés peuvent n’être que « regroupement factuel » ou opter pour la personnalité juridique : il peut donc y avoir, par exemple en matière de sociétés, des centres d’intérêts « de fait et des centres d’intérêts de droit. [...] La personnalisation juridique dépendra souvent de la volonté des intéressés »². Si la « possibilité de développement autonome – d’agir juridique »³ caractérise la personnalité juridique, il semble possible de soutenir que l’absence d’une telle possibilité peut faire le centre d’intérêts.

La détermination d’un point d’imputation du droit apparaît plus complexe. S’il est évident que les personnes juridiques sont naturellement les points d’imputation du système juridique, M. Teubner remarque que « rien n'empêche le système juridique de faire d'objets quelconques - divinités, saints, temples, terrains, œuvres d'art - des points d'imputation en leur donnant la capacité juridique »⁴. Or, le législateur ne le fait pas, laissant apparaître des ordres juridiques partiels sans capacité. M. Alain Supiot l’observe en matière de groupe : « la notion d'employeur éclate... Bon nombre de règles se trouvent ainsi privées de leurs points d'appui... Dans le cas des groupes de sociétés, cet éclatement résulte de deux types de séparations juridiques : les unes sont liées à la pluralité des entités juridiques du groupe, les autres à la mobilité de sa structure juridique et financière ; les premières se situent dans l'espace, les secondes dans le temps »⁵. M. Farjat en conclut : « Notons-le précieusement : les jeux contemporains du droit, notamment ceux de l'ingénierie juridique, privent souvent les règles, notamment les règles légales, de point d'appui, la reconnaissance de centres d'intérêts peut permettre de reconstituer un ordre juridique : les règles juridiques retrouvent un point d'appui »⁶.

Concernant l’embryon, bien que le législateur poursuive une vraie chimère en croyant pouvoir légiférer sur l’embryon sans l’identifier juridiquement, il est évident que le corpus juridique auquel fait sans doute allusion la Cour de cassation dans ses décisions du 29 juin 2001⁷ et du 27 juin 2006⁸, démontre que l’embryon fait l’objet d’un ordre juridique partiel⁹. Le statut de

¹ Idem.

² Idem.

³ Idem.

⁴ G. Teubner, *Droit et réflexivité*, Kluwer Editions Juridiques, Belgique, Kouterveld 2, 1831 Diegem, 1994, p. 218.

⁵ A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985.621 et s.

⁶ G. Farjat, art. précit.

⁷ Voir supra n° 329.

⁸ Voir supra n° 331.

⁹ C’est-à-dire, selon M. le professeur Zarka, un point d’imputation du droit déterminé par un fait pertinent producteur d’effets de droit dans une mesure variable, mais dont le destinataire est dépourvu du droit d’agir à la différence de la personne juridique : v. supra n° 365.

l'embryon, à travers la prohibition des recherches et du commerce, la législation sur l'avortement, celle sur la procréation médicalement assistée, l'article 79-1 du code civil, établit l'existence de cet être humain au niveau juridique. Ce que confirme d'ailleurs l'article 16 du code civil. La qualification de centre d'intérêts permettrait *a minima* d'en retrouver la raison sans toutefois, à défaut de loi expresse, lui octroyer la capacité à agir pour la protection des intérêts ainsi reconnus.

386. Opportunité. M. le professeur Farjat voit quatre effets juridiques principaux à la reconnaissance d'un centre d'intérêts. Tout d'abord, le centre d'intérêts peut bénéficier d'une protection renforcée. L'embryon, le mort, l'animal seront ainsi dotés d'un statut qui dépasse le régime des choses sans atteindre le statut des personnes. Il peut également entraîner une charge particulière : telle sera la situation des groupements. Au demeurant, de manière plus générale, « tous ces aspects sont une conséquence d'un effet général, relevé dans la définition même du centre, l'imputation d'un ordre juridique partiel : concrètement l'imputation de règles, de droits, d'obligations »¹. Or, ceci suppose que les centres d'intérêts puissent être des sujets de droit au sens technique du terme. Madame Boutard-Labarde et Monsieur Canivet n'y voient pas d'impossibilité : « Rien dans notre système juridique ne s'oppose à ce qu'une règle s'impose à des sujets qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique, il en va autrement lorsqu'il s'agit de l'imputation de la responsabilité de la violation de la règle. Seule une personne peut être responsable... le destinataire est bien toujours une personne morale ou une personne physique »². Il n'est pas étonnant, que la Cour de justice des communautés européennes ait affirmé que « dans le contexte du droit de la concurrence la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »³. Il en résulte que dès qu'on est en présence de l'entreprise comme centre d'intérêts, le droit de la concurrence s'applique, « en raison, bien entendu, d'un certain nombre d'intérêts que comporte ce centre par rapport à l'organisation sociale dans son ensemble et que la Cour privilégie »⁴. L'idée d'une responsabilité sans réelle personnalité juridique est également possible en droit pénal boursier. En effet, l'article 611-1 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers prévoit que le livre relatif aux abus de marché (manquement d'initié et manipulation de marché) « s'applique à : 1° Toute personne physique ou morale ou toute entité ». L'emploi du terme entité a évidemment comme objectif de faire échec à l'absence de

¹ Idem.

² M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p. 15.

³ CJCE 23 avr. 1991, « Höffner et Elser », aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979-2016.

⁴ G. Farjat, art. précit.

personnalité juridique ou à sa disparition en vue de trouver un responsable à qui imputer la sanction. C’est dire que « la règle que l’absence de personnalité juridique des centres d’intérêts a pour conséquence que ce sont les personnes juridiques impliquées dans le fonctionnement des centres qui pourront être responsables, - suivant des modalités diverses -, du non-respect des règles ou des obligations concernant ces centres »¹.

387. Protection renforcée des intérêts. Sans aller jusqu’à l’octroi de la personnalité juridique, il est évident que le droit révèle des entités dont la protection doit être supérieure à celle que connaissent les choses. Concernant les animaux, il ne semble pas excessif de soutenir qu’il faut « faire à l’animal le statut qui correspond à la sensibilité des justiciables. La notion de centre d’intérêts n’est sans doute pas porteuse du contenu émotionnel que la majorité de la population occidentale porte à l’animal mais elle lui fait une place suffisante dans le contentieux »².

La protection de l’environnement pourrait appeler un régime semblable. : « à la toute puissance du droit subjectif de l’homme à poursuivre ses activités, on ne peut opposer qu’un autre droit subjectif ; cela implique de faire des écosystèmes où s’exprime la diversité biologique des sujets de droit aptes à défendre leur propre »³.

Quant à l’embryon, la qualification de centre d’intérêts permettrait, outre la consécration formelle de son existence juridique, de lui octroyer les droits inhérents à sa condition et ce, sans que les dispositions relatives à l’interruption de grossesse ne soient remises en cause. Dans la droite lignée de l’article 16 du code civil, il serait alors logique de reconnaître à cet existant une protection pénale au titre des atteintes portées à sa vie. *A priori*, toute atteinte devrait être sanctionnée, qu’elle soit intentionnelle ou non. Seules permettraient de faire échapper l’auteur à sa responsabilité les causes d’irresponsabilité prévues aux articles 122-1 et suivants du code pénal. A ce titre, et plus précisément, en vertu de l’autorisation de la loi prévue à l’article 122-4 du code pénal, échapperait à toute responsabilité toute personne se livrant à une interruption de grossesse dans les conditions prévues par la loi dans le code de la santé publique. La reconnaissance d’un centre d’intérêts permettrait ainsi un meilleur fonctionnement du système juridique puisqu’il lui rendrait sa logique.

¹ G. Farjat, art. précit.

² Idem.

³ M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d’un statut de la nature », in *L’homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois éditeur, 1988, p. 249-250.

388. Limites. En proposant de créer à côté des personnes et des choses, des centres d'intérêts, le professeur Farjat manifeste une inquiétude à l'égard des « arrière-pensées idéologiques, - philosophiques, politiques ou religieuses - qui peuvent inspirer la construction et même l'attribution de notions comme celles de personne juridique ou de centres d'intérêts de fait ou de droit »¹. D'où sa volonté de donner une définition laïque du centre d'intérêts.

Pour achever sa présentation, il ne manque pas de rappeler que le concept de personnalité juridique est une fiction. Comme l'a rappelé M. Raymond Martin, « si le sujet de droit est toujours une production de l'instance juridique et non une réalité biologique ou psychologique, il n'y a aucune différence entre personne physique et personne morale, en tant que sujets de droit, seulement une différence de degré »² ; ce que confirme M. le professeur Germain : « la personne physique, telle que l'on en parle en droit, est, au fond une abstraction juridique et on ne déjeune pas plus avec la personne physique des juristes qu'avec une personne morale »³. Le caractère construit⁴ du système juridique découle nécessairement de ces propositions. Si même l'émanation du phénomène naturel d'existence humaine est une construction intellectuelle, il est évident que le système ne peut qu'être une construction. Gérard Farjat en conclut alors : « Et on ne voit pas pourquoi, "artifice" et abstraction de plus, on ne reconnaîtrait pas l'existence de centres ? »⁵.

Néanmoins, après avoir rappelé le caractère fictif de la construction, il prend parti contre l'instrumentalisation du droit telle que la défendait Demogue affirmant que « l'ingénierie juridique manifeste à certains égards un déclin ou une crise du droit »⁶. Il nous semble que c'est ici confondre ce que Demogue redoutait : l'idée-force et la technique juridique⁷. A dire vrai, Demogue ne donne pas vraiment l'essence de l'idée-force sous-tendant la création de centres d'intérêts. Il en démontre l'opportunité utilitariste, renvoie à la sécurité mais ne livre jamais réellement la clef de lecture de la technique qu'il tend à créer. Est-ce à dire que le droit est instrumentalisé ? Une réponse négative semble s'imposer. Si le droit a une fin en soi⁸, que Demogue nous laisse le soin de trouver, il nécessite, pour ce faire, le recours à des techniques juridiques, à de l'ingénierie, cela ne signifie pas pour autant que le droit est instrumentalisé. Le

¹ G. Farjat, art. précit.

² R. Martin, *Le phénomène juridique (essai d'approche expérimentale)*, Editions juridiques et techniques, 1987, p. 87.

³ M. Germain, « L'apport du droit de l'entreprise au droit des personnes », *JCP 1997 éd. E.* n° 2.

⁴ Voir supra n° 365, infra n° 467.

⁵ G. Farjat, art. précit.

⁶ G. Farjat, art. précit.

⁷ Voir supra n° 369.

⁸ Et que nous croyons tout orientée vers le juste rapport aristotélien, un juste partage : voir supra n° 6 et 22, infra n° 427.

créateur de la technique est libre. Néanmoins, au regard des fins du droit, le système peut censurer un tel instrument. M. le professeur Farjat l’observe lui-même : « Les limites indispensables aux activités sociales ont leurs techniques d’expression juridique : celles de l’ordre public. Elles sont alors obligées de s’exprimer franchement et se donnent pour ce qu’elles sont »¹. C’est la raison pour laquelle il est possible d’adhérer à sa conclusion : « Le concept est dans la ligne de l’évolution contemporaine du système juridique : le « flexible », le flou. Il permet la juridicisation de compromis, d’arbitrages incessants (l’entreprise), de bricolages incontournables en raison de contradictions fortes (le statut du fœtus ou du groupe de sociétés pour des raisons évidemment différentes), des évolutions »². Il dresse alors le programme de la recherche : « Assurer la protection raisonnable de l’environnement, de l’animal, du vivant ; reconnaître de nouvelles solidarités (l’entreprise, les réseaux), étendre le domaine de la responsabilité aux nouveaux lieux de pouvoirs (les groupes, les réseaux), donner une figure juridique souple aux volontés de la personne juridique et plus de liberté pour les sujets »³.

Dès lors, il apparaît que le centre d’intérêts est une technique juridique à même de dépasser la désuète distinction personnes/choses. Toutefois, l’on a pu voir que de nombreuses entités sont susceptibles d’entrer sous ce vocable, manifestant par là-même l’hétérogénéité du concept. Si la nécessité d’une alternative ne fait plus grand cas tant sa pertinence est certaine, reste néanmoins, en son sein, à établir des distinctions. Si certains centres d’intérêts manifestent le besoin de se détacher des choses, d’autres présentent la nécessité de se rapprocher des personnes. Tel est le cas des centres d’intérêts accédant à l’existence juridique par le truchement de l’altérité : embryons, morts et humanité ; centres d’intérêts auxquels nous préférons l’appellation de sujet de droit. L’apparition historique du concept va en ce sens : le jusnaturalisme moderne nous apprend en effet que le sujet de droit est primitivement un sujet philosophique ou politique qui, à l’aune d’autrui, apparaît sur la scène juridique. Entre le sujet de droit et le simple centre d’intérêts, apparaît l’altérité comme vecteur d’une humanité renvoyée à chaque protagoniste par son autre.

Section 2 – Le sujet de droit idéal : une identification par autrui

389. Si Demogue s’attache à défendre le sujet de droit comme technique juridique, il ne manque pas de préciser que son « repérage » doit se faire à travers un faisceau d’indices laissés

¹ G. Farjat, art. précit.

² Idem.

³ Idem.

par le droit objectif et qui témoignent de sa finalité. S'il est aussi faux de soutenir qu'il ne peut y avoir de « sujet de droit sans une règle de droit pour le dire, que de parler de personnalité de plein droit », c'est, répétons-le, car « les intérêts en jeu, leurs valeurs respectives détermineront seuls s'il convient de se montrer plus ou moins large »¹. Dans une dimension existentialiste, l'identification du sujet au moyen de dispositions éparses du droit objectif, se doit de passer par autrui puisque la relation permet l'identité. La construction jusnaturaliste moderne du sujet de droit témoigne d'ailleurs, dans son aboutissement, de l'exigence liée au rôle d'autrui.

Il est néanmoins vrai que le droit naturel moderne est souvent présenté comme le terreau doctrinal des droits de l'homme : en faisant passer les sources du droit de la nature du cosmos à la nature humaine en sa dimension rationnelle, ce courant doctrinal a en effet jeté les bases d'un droit individualiste voyant dans le droit subjectif une concrétisation de la nature. Ramenant la morale stoïcienne dans le giron du droit, le jusnaturalisme moderne opère une savante agrégation de nombreuses théories juridiques (droit naturel classique, droit romain et morale) menant à la consécration du droit subjectif comme pivot de l'ordonnancement juridique. Grotius, Pufendorf et Locke ont ainsi permis de donner au droit une dimension subjective (§ 1). Néanmoins, cette construction présente le défaut majeur de ne pas réellement se prononcer sur l'identification du sujet, le laissant intentionnellement dans l'ombre. Si le dévoilement de la doctrine originelle du droit de l'homme n'a pas manqué d'être mise en exergue, il convient de ne pas oublier que ce corpus théorique a servi de base à Leibniz pour réintroduire la dimension relationnelle d'Aristote.

Leibniz, poursuivant l'édification de l'œuvre jusnaturaliste moderne, est ainsi le premier véritable auteur à avoir inscrit cette tendance subjective dans une dynamique identitaire. A partir du droit subjectif, il a, en effet, construit une théorie de l'intersubjectivité où la relation à autrui devient la pierre angulaire du sujet de droit (§ 2). C'est dire qu'au-delà de la nécessaire technique, le sujet de droit est à même de véhiculer une idée du droit, voire de la justice, à la lumière de l'altérité. En resituant autrui dans la perspective de la justice, l'on donne au sujet de droit une idée-force permettant son identification sur la scène juridique.

§ 1 – Les bases d'une édification du sujet de droit

390. Une certaine idée de l'homme. La pensée moderne constitue, en un sens, un contre-poids évident à l'idée selon laquelle le sujet de droit n'est que pure technique juridique. Un des traits essentiels de cette modernité réside, en effet, dans la définition de l'homme comme

¹ R. Demogue, art. précit. p. 626.

être de droit : « être auquel se rapportent, simplement parce qu'il est homme, c'est-à-dire naturellement, des droits »¹. Survient au XVII^e siècle la représentation de la dignité de l'homme comme être porteur de droits. La volonté de distinguer l'homme de tous les autres êtres naturels est, bien entendu, à la source de ce changement. Mais allant plus loin, le courant moderne dépasse l'idée selon laquelle l'être est libre de devenir homme, en considérant cette dignité comme acquise naturellement ; il s'agit de décrire un « état de fait inaliénable »². Or, une telle construction semble, en réalité reposer sur le caractère moral du sujet de droit et « sur la nécessaire réciprocité que celui-ci doit entretenir avec les autres sujets. Autrement dit, l'invention du sujet de droit est liée à une première formulation de l'intersubjectivité juridique »³.

391. Le droit comme qualité morale : Grotius. La principale innovation rencontrée dans le jusnaturalisme moderne réside ainsi, à n'en pas douter, dans la dimension morale du droit. Prenant ses distances avec le droit naturel aristotélicien, le modernisme fonde le droit naturel sur l'idée du droit subjectif. Grotius est à ce titre, comme le rappelle Michel Villey⁴, à l'origine même d'une conceptualisation précise du droit subjectif en le définissant comme « une qualité morale attachée à la personne en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire certaines choses »⁵. Grotius sépare alors le droit parfait du droit imparfait. Le droit parfait est ainsi la *facultas* qui se divise elle-même en *potestas* et *dominium*. Or, la *potestas* se subdivise en deux sous-catégories : le pouvoir sur soi-même (*libertas*) ou sur autrui (*patria potestas* et *dominica potestas*). A rebours de ce droit parfait, existe le droit imparfait qui n'est qu'une aptitude, un mérite. Cette distinction droit parfait/droit imparfait l'amène alors à reformuler, et reprendre à son compte, la distinction aristotélicienne entre justice commutative et justice distributive, la première relevant de la *facultas*, la seconde de l'*aptitudo*.

Si la définition du droit comme qualité morale n'est pas nouvelle puisque Suarez l'avait déjà soutenue dans le *De legibus*⁶, l'originalité vient du fait que Grotius en fait le principe nouveau de systématisation du jusnaturalisme⁷. La nature sociable et rationnelle de l'homme

¹ Y.-C. Zarka, *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, coll. Le grenier à sel, 2000, p. 5.

² Ibidem p. 6.

³ Ibidem p. 7.

⁴ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadriges, 2006, p. 553.

⁵ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix (De jure belli ac pacis)*, Caen, bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1984, I, I, 4 p. 41.

⁶ F. Suarez, *De legibus*, I, II, 5.

⁷ Comme le remarque Michel Villey, « les règles de droit seront déduites de la nature de l'homme : cette référence à la nature fait transition et permettra à l'école de Grotius de conserver l'étiquette de droit naturel, étant entendu cependant que la nature ici alléguée cesse d'être la nature externe. Il n'y a plus de droit hors de la pensée subjective de Dieu ou de l'homme » (M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadriges, 2006, p. 541).

fondera l'idée de droit. Dès lors, il n'est pas étonnant de retrouver dans ses écrits la doctrine morale de Cicéron : Grotius soutient en effet « qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer ce que l'on peut avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré ; Que l'on est obligé de tenir sa parole ; Que l'on doit réparer le dommage qu'on a causé par sa faute ; Et que toute violation de ces Règles mérite punition même de la part des hommes »¹. L'originalité vient du fait que ces préceptes moraux que l'on retrouvera comme colonnes du code civil de 1804², deviennent dans la pensée de Grotius de vraies règles de droit. Villey en fait la remarque : « A Rome même, dans les traités de droit, ces principes ne furent pas reçus. Ils se trouvaient en toutes lettres chez Cicéron et chez Sénèque, mais non au Digeste ou aux Institutes »³.

Au demeurant, si Grotius eut le mérite de systématiser le droit naturel moderne à partir d'une définition du droit comme qualité morale, force est de constater qu'il ne s'aventure pas sur les terres de la conceptualisation du sujet de droit : à défaut, se substitue la simple reprise de la conception cicéronienne des tendances fondamentales, donc morales de l'humanité. Cette thématique constituera l'objet des recherches jusnaturalistes modernes qui prendront suite.

392. La doctrine des êtres moraux : Pufendorf. Si Hobbes avait pu imaginer que la liberté puisse ne pas induire d'obligation pour autrui⁴, Pufendorf postule l'idée contraire lorsqu'il est amené à définir l'être moral : « Tout pouvoir naturel de faire une chose n'est pas un droit proprement ainsi nommé, mais seulement celui qui emporte quelque effet moral par rapport à nos semblables [...]. Aussitôt que les autres hommes entrent dans l'obligation de ne pas empêcher qu'il fasse usage de son pouvoir, et de ne point se servir de ces choses ou de ces animaux sans son consentement, alors ce pouvoir acquiert force de droit »⁵. L'altérité dans la définition du droit prend alors une posture nouvelle : si autrui ne peut légitimement m'empêcher d'accomplir un acte, alors naît le droit du sujet à l'acte. Ici, le droit ne peut se résumer à une simple qualité physique. Sa dimension morale apparaît par l'intermédiaire d'autrui : c'est « une relation morale

¹ H. Grotius, op. cit., § VI et VIII.

² Articles 544, 1134 et 1382.

³ M. Villey, op. cit. p. 548.

⁴ T. Hobbes, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1970, p. 128 : « En effet, encore que ceux qui parlent de ce sujet aient coutume de confondre *jus* et *lex*, droit et loi, on doit néanmoins les distinguer, car le DROIT consiste dans la liberté de faire une chose ou de s'en abstenir, alors que la LOI vous détermine, et vous lie à l'un ou à l'autre ; de sorte que la loi et le droit diffèrent exactement comme l'obligation et la liberté, qui ne sauraient coexister sur un seul et même point [...]. Le DROIT DE NATURE, que les auteurs appellent naturellement *jus naturale*, est la liberté qu'a chacun d'user comme il le veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de sa propre vie, et en conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propres, comme le moyen le mieux adapté à cette fin ».

⁵ Pufendorf, *De Jure naturae et gentium libri octo*, trad. J. Barbeyrac, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen 1987, vol. 1, p. 359.

établie entre une faculté de faire et une obligation corrélative »¹. L’origine de ce droit en la loi naturelle, qui prescrit l’appréciation du pouvoir à l’aune d’autrui, est clairement posée chez Pufendorf : « l’obligation de la loi naturelle vient de Dieu même, qui, en qualité de créateur et de conducteur souverain du genre humain, prescrit aux hommes avec autorité l’observation de cette loi. Et c’est ce que l’on peut connaître certainement par les lumières de la raison »². Pufendorf développe l’idée d’une sociabilité naturelle de l’homme : elle se manifeste lorsque l’homme prend conscience de l’identité qui existe entre lui-même et autrui, sur la « conformité de même nature »³. Il existe néanmoins une moindre forme de sociabilité : elle repose sur l’intérêt qui en dérive car « la nature en nous ordonnant d’être sociables ne prétend pas que nous nous oublions nous-mêmes »⁴. Or, de cette conception morale et réaliste, Pufendorf semble refuser de tirer une définition de l’être moral auquel se rapporte le droit naturel. M. le professeur Zarka rappelle que dès l’ouverture de son ouvrage, Pufendorf prévient que « la personne morale n’est qu’un être d’institution, elle peut donc changer ou être détruite sans qu’il y ait de changement physique dans l’homme. On ne saurait donc identifier l’homme et la personne »⁵. La fiction juridique, dans sa dimension flexible, fait obstacle à ce que l’on pose une définition du sujet. John Locke va néanmoins tenter d’en esquisser une ébauche.

393. Le sujet individualiste : Locke. Dans le chapitre XXVII du livre II de l’Essai concernant l’entendement humain intitulé « Identité et différence », John Locke entame une réflexion sur le rapport entre personne morale⁶ et identité personnelle. Dans une dimension morale, théologique et juridique, Locke entend déterminer le « concept de l’identité d’une personne à laquelle des pensées et des actions soient rapportées comme les siennes, et dont on puisse la tenir comme responsable »⁷.

En parallèle avec Descartes, Locke en arrive à distinguer trois identités : l’identité de l’homme, de la substance et de la personne. L’identité de l’homme n’est pas éloignée de celle de l’animal : il s’agit d’un corps bien organisé et qui demeure tel : « attribuer quelque chose de plus à l’homme, ce serait s’interdire de comprendre comment un embryon, un homme âgé, un fou ou un sage peuvent être successivement le même homme »⁸. Quant à l’identité de la substance, il

¹ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 16.

² Pufendorf, op. cit., p. 204.

³ Ibidem p. 315.

⁴ Ibidem p. 316.

⁵ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 20.

⁶ Au sens d’être moral.

⁷ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 21.

⁸ Ibidem p. 22.

s'agit pour Locke de l'identité de l'âme qui, pour lui, ne fait pas l'identité de l'homme en ce qu'elle peut transmigrer.

Enfin, pour appréhender l'identité personnelle, Locke commence par définir la personne : « un être pensant et intelligent, capable de raison et de réflexion, et qui peut se consulter soi-même comme le même, comme une même chose qui pense en différents temps et en différents lieux ; ce qu'il fait uniquement par cette conscience qui est inséparable de la pensée, et lui est, ce me semble, essentielle. Il est impossible à quelque être que ce soit de percevoir sans percevoir qu'il perçoit »¹. La conscience est ainsi le vecteur du rapport de soi à soi déterminant l'identité personnelle : « aussi loin que cette conscience peut s'étendre sur les actions ou les pensées déjà passées, aussi loin s'étend l'identité de cette personne »².

Cette définition donne par là-même un fondement à la morale en ce que le soi est lié aux actions et pensées, et en ce que cela permet de fonder la responsabilité de ses actes.

Locke est alors amené à découvrir deux sens sous le vocable de personne : « Je regarde le mot personne comme le nom de ce soi. Partout où un homme trouve ce qu'il appelle lui-même, je crois qu'un autre peut dire que là réside la même personne. Le mot personne est un terme du Barreau qui approprie des actions, et le mérite ou le démérite de ces actions ; et qui par conséquent n'appartient qu'à des agents intelligents capables de droit, de bonheur et de misère. Cette personnalité ne s'étend pas au-delà de l'existence présente jusqu'à ce qui s'est passé, que par la conséquence qui fait que la personne prend intérêt à des actions passées, en devient responsable, les reconnaît pour siennes, et se les impute sur le même fondement et pour la même raison qu'elle s'attribue les actions présentes »³.

Toutefois, si cette présentation du soi a le mérite d'appréhender l'identité sur le plan juridique, et de dresser une ébauche de la personnalité, il convient avec M. le professeur Zarka d'observer que « le *self* lockien et la définition de la personne qu'il engage ne constituent pas, malgré leur portée morale et juridique fondamentale, l'ultime caractérisation du sujet de droit »⁴. Pour ce faire, il convient d'aller plus loin dans la démonstration, franchir l'étape « qui met en rapport le champ gnoséologique avec le champ juridique en faisant passer la question du sujet du rapport cognitif sujet/objet au rapport juridique intersubjectif sujet/sujet »⁵. Si l'objectif premier de Locke est de construire une philosophie de la connaissance à partir d'une *tabula rasa* que l'expérience viendrait enrichir par la portée de la conscience, il est évident que le transfert dans le

¹ J. Locke, *Essai concernant l'entendement humain*, Paris, Vrin, 1972, p. 264.

² Idem.

³ J. Locke, *ibidem* p. 275.

⁴ Y.-C. Zarka, *op. cit.* p. 24.

⁵ *Ibidem* p. 24.

domaine du droit ne peut se faire sans un changement de plan nécessité par l’exigence de symétrie entre les acteurs juridiques, symétrie inhérente à l’égalité¹ ; là où s’affrontent les sujets de droit, il n’est plus de place pour des objets de la conscience². C’est ce que tente d’établir Leibniz.

§ 2 – La complétude du sujet de droit chez Leibniz : l’altérité dans l’ipséité

394. L’intersubjectivité juridique. Dans la théorie du droit naturel de Leibniz, la problématique relative au sujet occupe une place centrale dans la mesure où l’altérité se découvre dans l’identité du soi, l’ipséité. L’on a ainsi pu écrire, que chez Leibniz, c’est « par la découverte de l’altérité dans l’ipséité que se trouvent fondées d’une part, la perception de l’identité personnelle (la continuité du cours de la conscience) et, d’autre part, la responsabilité des actes. La théorie du droit naturel peut être ainsi construite en faisant varier la place d’autrui »³.

Pour Leibniz, comme pour Grotius, la science du droit naturel consiste à déduire à partir de leurs fondements les principes purement rationnels des actions des êtres raisonnables. Pour lui, le droit naturel couvre à la fois les principes de la justice divine et de la justice humaine : « dans la science du droit, si l’on veut donner une idée pleine de la justice humaine, il faut la tirer de la justice divine comme de sa source. L’idée du juste, aussi bien que celle du vrai et du bon, convient à Dieu et lui convient même plus qu’aux hommes, puisqu’il est la règle de tout ce qui est juste, vrai et bon. La justice divine et la justice humaine ont des règles communes qui peuvent sans doute être réduites en système ; et elles doivent être consignées dans la jurisprudence universelle dont les préceptes entreront dans la théologie naturelle »⁴. S’il s’inscrit dans la démarche jusnaturaliste de Grotius et de ses successeurs, Leibniz l’intègre cependant dans une dimension chrétienne : « La félicité est aux personnes ce que la perfection est aux êtres. Et si le principe de l’existence du monde physique est de lui donner le plus de perfection qu’il se peut, le premier dessein du monde moral ou de la cité de Dieu, qui est la plus noble partie de l’Univers,

¹ V. M.-L. Mathieu-Izorche, « L’égalité juridique », in *Egalité et inégalités*, sous la dir. d’Yves Michaud, UTLS, Odile Jacob, 2003, p. 53.

² Cette perspective est néanmoins contre-balancée par sa conception politique du sujet de droit puisque selon lui, la société civile repose sur des hommes « décidés à former un seul corps, avec un système juridique et judiciaire commun, auxquels ils peuvent concourir et qui a compétence pour trancher les différends qui s’élèvent entre eux, et punir les délinquants » (J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Vrin, 1977, chap. 7 p. 123) : v. F. Tinland, « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau », *Archives de philosophie du droit*, tome 34, *Le sujet de droit*, Sirey 1989, p. 51.

³ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 77.

⁴ G. W. von Leibniz, « Avertissements sur les principes de Pufendorf », in *Devoirs de l’Homme et du Citoyen*, Pufendorf, 1741, t.1, p. 233-234.

doit être d'y répandre le plus de félicité qu'il sera possible »¹. Cette quête du fondement du droit naturel influencera les notions qu'il en déduira, notamment sa perspective d'autrui.

395. Genèse et contenu du droit naturel. Voyant dans le volontarisme théologique une émanation de la tyrannie, Leibniz entend rétablir la finalité du droit naturel. Réduire le droit naturel comme l'a fait Hobbes à la puissance absolue de Dieu revient, en effet, à rendre Dieu indifférent au droit, à la justice ou à l'équité : « un philosophe anglais célèbre, nommé Hobbes, qui s'est signalé par ses paradoxes, a voulu soutenir presque la même chose que Thrasymaque². Car il veut que Dieu est en droit de tout faire parce qu'il est tout puissant. C'est ne pas distinguer le droit et le fait. Car autre chose est ce qui se peut, autre chose ce qui se doit »³. Il ajoute : « la fin du droit naturel est le bien⁴ de ceux qui l'observent. L'objet de ce droit est tout ce qu'il importe à autrui que nous fassions et qui est en notre puissance. La cause efficiente est la lumière de la raison éternelle que Dieu a allumée dans nos esprits »⁵. Or, cette justice doit constituer une notion intelligible commune à l'homme et à Dieu, « justice n'est autre chose que ce qui est conforme à sagesse et bonté jointes ensemble »⁶.

Selon Leibniz, les trois degrés du droit naturel sont le droit strict, l'équité et la pitié. Le *jus strictum* est le plus bas degré du droit naturel : il consiste à respecter le principe selon lequel l'on ne doit léser personne. Poursuivant l'idée selon laquelle le droit est une qualité morale d'une personne en vertu de laquelle elle peut avoir ou faire certaines choses, Leibniz remodélise le dispositif de Grotius de la *facultas* et de l'*aptitudo*. Si le *jus stricto* relève bien de la *facultas*, ce n'est que pour régir le droit privé au regard d'une justice commutative. Il en vient à faire la distinction selon laquelle le droit est une puissance morale alors que l'obligation est une nécessité morale.

Après le *jus strictum*, vient l'équité comme principe de la justice distributive : « accorder à chacun ce qui lui appartient enveloppe une règle de convenance qui dépasse l'exigence de ne pas faire de mal à autrui pour conduire à faire le bien à tous mais autant qu'il convient à chacun ou autant que chacun le mérite »⁷. Ainsi s'explique Leibniz : « Dans le degré inférieur du droit [le *jus strictum*], on n'aurait aucun égard aux différences qui sont entre les hommes, à l'exception

¹ G. W. von Leibniz, *Discours de métaphysique*, § 36.

² Thrasymaque considérait, selon Platon, que le juste était ce qui était utile au plus puissant : voir Zarka Y. C., op. cit. p. 82.

³ G. W. von Leibniz, *Méditation sur la notion commune de la justice*, I, Mollat, p. 43.

⁴ Où l'on observe que le jusnaturalisme moderne est plus moral que juridique : le terme « bien » se substitue au « juste » aristotélicien.

⁵ G. W. von Leibniz, « Avertissements sur les principes de Pufendorf », op. cit. p. 278.

⁶ G. W. von Leibniz, *Méditation sur la notion commune de la justice*, op. cit. p. 48.

⁷ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 87.

seulement de celles qui naissent de l’affaire même ; et tous les hommes sont réputés égaux. Dans le degré supérieur dont nous parlons, on pèse les mérites : et c’est ce qui donne lieu aux privilèges, aux récompenses et aux punitions »¹.

Le troisième degré s’étend alors à la justice universelle en ce qu’elle est fondée en Dieu. La cité de Dieu est ainsi parfaite car il ne peut y avoir de distinction entre la vertu et l’utilité et que tout droit devient fait. Apparaissent alors les fondements philosophiques d’une telle cité, remparts d’une justice universelle : autrui et l’amour.

396. Autrui et l’amour. Ces deux concepts sont intimement liés dans la philosophie de Leibniz : « Aimer ou estimer, c’est se plaire dans la félicité d’un autre, ou ce qui revient au même, c’est faire de la félicité d’un autre notre propre félicité »². Toutefois, il convient de préciser que la problématique relative à autrui surgit dans de nombreuses thématiques appréhendées par Leibniz : politique, morale et identité personnelle.

Au niveau politique, autrui se situe sur un plan pratique : le déplacement par fiction qui consiste à se mettre à la place d’autrui sert à déterminer les perceptions qu’autrui a de nous. Or, Leibniz, dans une dynamique de soupçon, préconise, dans un premier temps, d’imaginer le pire : « Il se peut à la vérité que le voisin ne soit pas si mal intentionné, ni même si clairvoyant que je le fais, mais le plus sûr est de prendre les choses au pis en politique, c’est-à-dire quand il s’agit de précautionner et de la défensive »³. Sur le plan moral, le principe est infléchi, voire inversé lorsqu’il est question de nuire à autrui : « on peut dire que la place d’autrui en morale comme en politique est une place propre à nous faire découvrir des considérations qui sans cela ne nous seraient point venues, et que tout ce que nous trouverions injuste si nous étions à la place d’autrui nous doit paraître suspect d’injustice »⁴.

Il en résulte que le principe de Leibniz « ne fais ou ne refuse point aisément ce que tu voudrais qu’on te fit qu’on ne te refusât pas »⁵, « est l’expression sur le plan politique et moral des deux premiers degrés du droit naturel : le droit strict et l’équité »⁶.

Sur le plan de l’identité personnelle, l’apport de Leibniz est considérable en ce qu’il dépasse la conception de Locke en y incluant autrui. Leibniz est certes d’accord pour considérer que l’identité personnelle est réflexive, distincte de l’identité physique. L’âme de l’homme dispose alors, outre l’identité physique, d’une identité morale ou personnelle qui le constitue

¹ G. W. von Leibniz, *Codex juris gentium diplomaticus*, éd. Dutens, IV, p. 296.

² Ibidem p. 295.

³ G. W. von Leibniz, *Méditation sur la notion commune de la justice*, op. cit. p. 700.

⁴ Ibidem p. 701.

⁵ Idem.

⁶ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 90.

comme être moral : « une personne dont les actions sont susceptibles de châtiments et de récompenses »¹. Cependant, il refuse que l'identité morale puisse subsister sans identité physique et que l'identité morale soit « suspendue » lorsque la conscience fait défaut. De la sorte, il parvient à restaurer une identité personnelle continue même si la conscience est suspendue ; or, ceci n'est possible que par l'épiphanie d'autrui. Autrui apparaît comme le vecteur de ma conscience en cas d'absence momentanée de cette dernière : « Ainsi, si une maladie avait fait une interruption de la continuité de la liaison de la *conscienciosité*, en sorte que je ne susse point comment je serais devenu dans l'état présent, quoique je me souviendrais des choses plus éloignées, le témoignage des autres pourrait remplir le vide de ma réminiscence »². Autrui se présente ainsi tel le fil conducteur de l'identité personnelle de l'être car il permet, médiatement, de rétablir sa conscience.

Au-delà de l'identité personnelle et morale, la relation à autrui est en outre liée à une théorie de l'amour qui commande de faire du bonheur d'autrui notre propre bonheur. Ainsi déterminé, l'amour intervient dans la définition de la justice humaine : « Effectivement, le droit pur ou strict naît du principe qu'il faut conserver la paix ; l'équité ou la charité tend à quelque chose de plus grand, c'est-à-dire à ce qu'en procurant l'utilité des autres, autant que nous le pouvons, nous trouvions l'argumentation de notre félicité dans leur félicité, et pour le dire en un mot, le droit strict évite la misère, et le droit qui est au-dessus tend à la félicité, mais la félicité seulement qui peut avoir lieu dans cette vie mortelle »³.

397. Déplacements : du sujet de droit, en passant par l'équité, vers la charité. Après avoir fondé le droit naturel, Leibniz s'attache, sur la base de la théorie du droit de Grotius comme qualité morale, à déterminer les incidences d'une telle conceptualisation. En appréhendant le droit comme l'attribut d'un sujet, Leibniz va plus loin que Grotius en inventant la notion de sujet de droit dans son sens moderne. Néanmoins, la théorie du droit naturel de Leibniz ne sera pas centrée sur le droit subjectif : « En effet, il tente de concilier trois concepts du droit : le droit subjectif, l'équité et la charité, c'est-à-dire la justice commutative, la justice distributive et la justice universelle »⁴.

¹ Ibidem p. 91.

² G. W. von Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, II, XXVII, 9. Ouvrage consacré, le titre est explicite, à une critique de l'œuvre de John Locke « Essai concernant l'entendement humain ».

³ Ibidem p. 296. La félicité éternelle quant à elle suppose coïncidence de la vertu et du bonheur ainsi que celle du droit et du fait ne sera possible que si l'âme est immortelle et qu'un Dieu gouverne l'univers : v. G. W. von Leibniz, *Médiation sur la notion commune de la justice*, op. cit. p. 62-63.

⁴ Zarka Y. C., op. cit. p. 95. L'auteur remarque, à juste titre, qu'après Leibniz, seule la notion de droit subjectif sera développée afin de déboucher au XVIII^{ème} siècle sur le concept de droits de l'homme.

Si, historiquement, les premières formulations du droit subjectif furent liées à une ontologie individualiste, Leibniz en a une conception toute différente. Il a, en effet, moins l’intention de fonder le droit subjectif sur l’individu que sur la relation appréhendée en terme d’équité dans la cité des hommes, et de la charité dans la cité de Dieu.

Partant de la définition du droit comme « qualité morale, attachée à la personne, en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire certaines choses »¹, Leibniz précise : « le sujet de la qualité morale est une personne ou une chose. Une personne est une substance rationnelle, et celle-ci est naturelle ou civile »² ; et « Dieu est le sujet du droit suprême sur toutes choses »³. Leibniz insiste dans un autre ouvrage sur la détermination de la personne comme sujet : « Le sujet de la qualité morale est une personne, c’est-à-dire une substance rationnelle »⁴.

Alors que Grotius faisait de la justice distributive un droit imparfait, Leibniz en fait le principe de l’équité, degré du droit naturel supérieur au droit strict. Si le *jus strictum* définit les rapports privés entre particuliers guidés par le principe selon lequel il ne faut léser personne, l’équité, en revanche, s’exprime dans le principe *suum cuique tribuere*. Le droit public est ainsi appréhendé à la lumière de la justice distributive en poursuivant et accroissant la félicité des autres. Le droit strict, et son corollaire, le droit subjectif, sont dépassés pour fonder une politique sur le concept d’équité. Ainsi, l’on a pu soutenir que, par là-même, « Leibniz n’entend aucunement systématiser le droit naturel autour du droit subjectif, et encore moins faire de l’individu le support ontologique de sa doctrine »⁵.

Si Hobbes, en se fondant exclusivement sur le *jus strictum*, ne parvient qu’à conserver la paix, Leibniz, en s’appuyant sur l’équité, parvient à astreindre vertu et félicité à la mission du droit. L’équité permet en effet de considérer que la règle suprême du droit, dans la cité humaine, réside dans l’idée qu’il convient de faire ce qui est publiquement utile. Toute la question est alors « de savoir comment Leibniz passe du premier au second degré du droit naturel : du droit strict à l’équité »⁶. Or, ce mouvement ne s’opère pas à partir d’une structure sociale naturelle dans laquelle les individus s’inscrivent, mais à partir du principe qui irradie, selon lui, l’idée de droit naturel : la place d’autrui.

¹ Grotius, *De jure belli ac pacis*, op. cit.

² G. W. von Leibniz, *Nova methodus*, VI, 1, § 15 (in *L’estime des apparences, 21 manuscrits de Leibniz sur les probabilités, la théorie des jeux, l’espérance de vie*, Paris, Vrin, 1995).

³ Ibidem.

⁴ G. W. von Leibniz, *Textes inédits*, vol. 2, publié par G. Grua, Paris, PUF, 1948, p. 706. Pareillement, « c’est l’identité morale qui fait la même personne » (*Nouveaux essais sur l’entendement humain*, Garnier Flammarion, 1993, 11, XXVII, 9, VEVI-6). V. L. Foisneau, « Identité personnelle et mortalité humaine - Hobbes, Locke, Leibniz », *Archives de philosophie*, Centres Sèvres, 2004-1, tome 67, p. 65.

⁵ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 101.

⁶ Ibidem p. 104.

Cette place d'autrui et le principe de réciprocité seront alors à l'origine de la détermination du contenu du *jus strictum* et du passage au principe d'équité. Une définition de l'équité en sera le point de départ : « La justice est une volonté constante de faire en sorte que personne n'ait raison de se plaindre de nous »¹. Par le principe de réciprocité, il est alors possible d'accéder au premier degré du droit naturel, le *jus strictum* : « C'est la règle de la raison et de notre Seigneur. Mettez-vous à la place d'autrui, et vous serez dans le vrai point de vue pour juger ce qui est juste ou non »².

Puis, la substitution d'un autrui collectif à un autrui individuel permettra de déterminer l'équité : « Il en est de même de cette objection que la justice distributive demande une inégalité entre les hommes, que dans chaque société on doit partager le gain à proportion de ce que chacun a conféré, et qu'on doit avoir égard au mérite et au démérite. La réponse est encore aisée. Mettez-vous à la place de tous et supposez qu'ils soient bien informés et bien éclairés »³.

L'altérité permet ainsi de passer par étapes successives de la maxime selon laquelle les hommes doivent s'abstenir de mal faire, au principe selon lequel ils doivent avoir la volonté constante de bien faire : « En sorte autant qu'il est possible, qu'on ne puisse point se plaindre de nous, quand nous nous plaindrions d'autrui en pareil cas. D'où il est évident que, lorsqu'il n'est point possible de faire que toute le monde soit content, on doit tâcher de contenter les gens le plus qu'il est possible, et qu'ainsi ce qui est juste est conforme à la charité du sage »⁴. Reste alors à passer au degré supérieur de justice par le principe moteur de l'amour.

Pour concevoir la société à former avec Dieu, il convient, selon Leibniz, de se représenter une monarchie universelle que deux principes régissent : « Tout droit devient fait soit par soi-même soit par quelque chose d'équivalent, de sorte que la justice est quelque chose de coïncidant avec le bon plaisir de Dieu et que jamais il ne peut arriver un divorce entre l'honnête et l'utile »⁵ ; de plus, « rien n'est négligé, [...] tous les cheveux de notre tête sont comptés »⁶.

A ce stade, le contenu de la définition de la justice apparaît comme charité du sage, déjà présente au niveau de la définition du droit comme équité : « La bienveillance générale est la charité elle-même. Mais le zèle de la charité doit être dirigé par la science afin que nous n'errions pas dans l'estimation de ce qui est le meilleur : puisque, par conséquent, la sagesse est la science du meilleur ou de la félicité, nous ne pouvons peut-être mieux embrasser l'essence de la justice

¹ G. W. von Leibniz, *Médiation sur la notion commune de la justice*, op. cit. p. 53.

² Ibidem p. 57.

³ Ibidem p. 58.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem p. 61-62.

⁶ Ibidem p. 61.

que si nous la définissons comme la charité qui réside dans le sage »¹ : prise en compte d'autrui dans une dimension raisonnable.

398. Synthèse jusnaturaliste. En alliant Aristote, Cicéron, Saint Augustin aux acquis de Grotius, Hobbes ou encore Pufendorf, Leibniz parvient à dresser une synthèse du droit naturel conciliant les anciens et les modernes. S'il est en effet moderne en ce que le droit naturel est issu de la raison naturelle de l'homme, il demeure attaché à Aristote en fondant l'équité sur une justice distributive, et reste dans la lignée de Saint Augustin en désirant dresser les préceptes d'une cité de Dieu idéale.

Surtout, autrui, dans la pensée de Leibniz, apparaît tel le vecteur des différents degrés du droit naturel. Pour passer du droit strict à l'équité, il convient de passer du principe selon lequel il faut se mettre à la place d'autrui pour déterminer ce qui est juste au principe « mettez-vous à la place de tous et supposez qu'ils soient bien informés et éclairés »². La justice humaine reposerait alors sur l'idée selon laquelle, pour définir ce qui est juste, il convient de se mettre à la place d'un autrui généralisé afin d'imaginer ce qu'il attend de nous en tant qu'être informé et éclairé. A cela s'ajoute le fait que si la conscience d'un individu, origine de son identité morale, venait à disparaître, son identité personnelle pourrait être rétablie par le prisme d'autrui en ce qu'il assure la continuité de la conscience par son témoignage.

Au final, le droit naturel moderne ne présuppose pas un sujet de droit : il en est le « produit à la suite d'une longue élaboration historique où des traditions au départ étrangères les unes aux autres se sont croisées »³. En outre, en tant que véritable inventeur du sujet de droit, Leibniz démontre que cette découverte n'implique pas un renferment sur soi, mais bien une ouverture à l'autre dans le cadre d'une perspective intersubjective.

S'il est vrai que la philosophie du droit, et le droit, ont par la suite surtout retenu le subjectivisme de la pensée moderne en l'assimilant tout ou presque au nominalisme de Guillaume d'Occam⁴, il faut ici préciser qu'il s'agit d'un effacement de Leibniz. S'il est possible de soutenir que la philosophie individualiste ayant gouverné le XVIII^e siècle pour mener à la Déclaration des droits de l'homme, est le produit d'une lecture déformée du droit naturel tel que professé par Aristote et repris par Saint-Thomas, il convient de relever que la conceptualisation de Leibniz constituait un rempart contre cette dérive nominaliste, en un sens, paradoxale. Leibniz

¹ G. W. von Leibniz, *De justitia et novo codice, Textes inédits*, vol. 2, p. 621-622.

² Ibidem p. 58.

³ Y.-C. Zarka, op. cit. p. 30.

⁴ V. J. Coleman, « Guillaume d'Occam et la notion de sujet », in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, tome 34, Sirey 1989, p.25.

fait, en effet plus que jeter les bases d'une justice fondée sur l'altérité, il la conceptualise. S'il est vrai que la dimension chrétienne de la construction peut, de nos jours, jurer avec la laïcité affichée de nombreux Etats de droit, il ne semble pas impossible de retirer de sa théorie ce qu'il préconise pour la simple justice des hommes. Si le droit subjectif est un élément essentiel de son idée du droit, elle n'en constitue pas l'axe de référence. Autrui est la véritable charpente de sa justice, la fin du sujet. En orientant le sujet dans sa relation à l'autre, Leibniz renoue alors avec Aristote tout en conservant l'acquis de Grotius : un droit moral dont l'être, le sujet de droit est une prévalence, sans, désormais, constituer une omniscience car le droit est, avant tout, rapport.

Section 3 – Le sujet de droit existentialiste, l'identité juridique à l'aune d'autrui

399. Syncrétisme. Dans la mesure où il ressort clairement de la perspective relationnelle de l'altérité que respect est dû à l'anticipation légitime d'autrui, sa corrélation avec la dimension technique du sujet de droit semble possible (§ 1). En faisant de la sécurité une des fins du droit devant animer le sujet, on ouvre, en effet, la voie à une perspective intersubjective du droit puisque le respect de l'expectative d'autrui est principalement vecteur de sécurité¹. L'appréhension idéelle du sujet de droit confirme cette optique puisque l'identité du sujet est réalisée par la médiation d'autrui. Leibniz a ainsi démontré qu'autrui était à même de resituer le sujet dans la continuité de son existence. Le reflet d'altérité détermine alors le moyen permettant à une entité d'exister sur la scène du droit puisqu'il repose sur la capacité pour chacun d'anticiper la présence et l'attente de son autre (§ 2). Semble alors se dessiner un acquis existentialiste définissant la méthode permettant d'identifier, en droit, les existants.

§ 1 – Sujet de droit et anticipation légitime d'autrui

400. Acquis de Demogue : technique du sujet de droit et fin du droit. A nos yeux, Demogue présente une vertu essentielle dans sa conceptualisation du droit. En faisant du sujet de droit une technique juridique, un support d'intérêt que le droit protège, il rappelle que le droit ne saurait se départir de son acception technique. Celle-ci, tout orientée vers des objectifs qui semblent raisonnables lorsque l'on dresse la synthèse des résultats auxquels on parvient, a le mérite de présenter une alternative à la classique dialectique personnes/choses. L'on ne sait trop

¹ Voir supra n° 92, 93, 121 et 152 en matière contractuelle, et n° 285 en matière métacontractuelle.

si Demogue en proposant la notion de sujet de droit désirait s’affranchir de cette dialectique ou la compléter bien que ses écrits sur la confusion idée-force/technique juridique inclinent à penser que la disparition de la *summa divisio* fut son objectif. A cet égard, l’apport décisif de Demogue réside, à n’en pas douter, dans le fait qu’il propose une solution juridique active à toutes les entités qui, ne bénéficiant pas de la personnalité juridique, sont amenées à errer dans des zones de non-droit qui demeurent certes du droit¹, mais où l’intéressé n’est pas un sujet. L’exemple de l’embryon est topique : en lui refusant la qualité de personne et en évitant d’affirmer qu’il s’agit d’une chose, le législateur fait de l’enfant à naître un simple point d’imputation du droit objectif. A ce titre, la jurisprudence est amenée à ne pas en faire un destinataire de la protection pénale de la vie.

Comme le rappelle Mme Fenouillet, une telle volonté législative est, néanmoins, parfaitement illusoire². Le refus de qualification en présence d’un régime juridique est une aporie dont l’illusion technique est amenée à s’évaporer sous l’influence croisée de la doctrine et de la réalité. Or, Demogue, en proposant une qualification intermédiaire, le sujet de droit³, parvient ainsi à justifier la création d’un tel point d’imputation en allant jusqu’au bout de la logique ayant présidé à son élaboration. Cette simple technique juridique permet judicieusement de systématiser des solutions juridiques se présentant comme conformes à la raison, donc à une certaine intuition guidée par le bon sens. Cette raison du droit dépasse alors la simple technique car surgit ainsi l’idée force, l’orientation donnée à la sphère juridique. Pour Demogue, la sécurité en est une facette, il la pose comme « une des idées fondatrices du droit privé »⁴. Le sujet de droit, technique juridique, doit s’inscrire dans cette logique de sécurité : reste alors à déterminer ce que doit recouvrir cette sécurité.

L’on sait que Demogue présentait la sécurité sous deux angles souvent conflictuels. La sécurité statique représente l’intérêt de tout possesseur d’un droit à ce que les règles juridiques rendent difficile son transfert contre son gré. En revanche, la sécurité dynamique désigne l’intérêt de tout acquéreur d’un droit à ce que le transfert ne soit pas défait après coup par un possesseur antérieur se prétendant victime d’un échec de ses intentions. Demogue soutenait qu’il convenait

¹ V. J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », art. précit.

² D. Fenouillet, « Les données acquises de la science et l’expérience générale des mères » au soutien de « la vie distincte de l’enfant *in utero matris* dès avant la naissance », Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l’enfant à naître », *L’année sociologique*, 2007/2, vol. 57 p. 473.

³ Qu’il ne pensait d’ailleurs pas attribuer à l’embryon, celui-ci étant pour lui une personne !

⁴ D. Kennedy, M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, publ. des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2006, volume 56, p. 176.

de privilégier la sécurité juridique dynamique à la sécurité statique, ceci afin de « préférer les acquéreurs de droits aux titulaires de droits »¹.

A cet égard, il a été possible de soutenir que la sécurité dynamique pouvait être garantie, sans trop de désagréments pour la sécurité statique, en recourant à l'idée selon laquelle il convient de respecter l'anticipation légitime d'autrui². Cette attente raisonnable véhiculée par l'altérité permet d'assurer la prévisibilité du droit en instaurant, non un idéal, mais un standard de comportement, qu'à l'aune d'autrui, l'on peut juger légitime.

Transposée dans la théorie du sujet de droit, cette conception devrait permettre de déterminer l'idée-force de cette technique.

401. Sujet de droit et respect d'une anticipation légitime : vers le reflet. L'idée que l'anticipation légitime d'autrui constituerait l'idée-force de la technique du sujet de droit présente l'avantage de ne pas enfermer le droit dans un subjectivisme excessif. Définir le sujet de droit à travers le prisme d'autrui évite en effet au sujet de s'isoler sur la scène juridique.

Aussi déséquilibré que peut parfois se présenter un lien tel que créancier/débiteur, le droit ne l'appréhende jamais telle une relation sujet/objet, mais toujours comme une situation liant deux sujets. Chaque sujet est à même de déterminer ce que l'autre peut légitimement attendre de cette relation. L'égalité en droit a cette vertu : aucun être ne peut devenir l'objet juridique d'un autre. Dans sa dimension active, le sujet A existe s'il peut légitimement attendre d'autrui, le sujet B, qu'il respecte un intérêt juridiquement protégé et propre à A. La réciproque implique que le sujet A anticipe que le sujet B a un intérêt légitime auquel A ne doit porter atteinte. Chaque sujet est capable de formuler une telle anticipation : c'est ce qu'il conviendra d'appeler le reflet d'altérité dont la fonction sera de déterminer le sujet de droit.

A considérer qu'il existe sur la scène du droit des centres d'intérêts, c'est-à-dire des lieux d'imputation du droit, la qualification de sujet de droit dépendra de l'existence d'un reflet d'altérité. Ainsi, entre les personnes et les choses, existeraient des centres d'intérêts qui, par le truchement de l'altérité accèderaient au titre de sujet de droit.

Cette précision permet de faire une distinction entre les êtres et les choses. En effet, l'écrit de Demogue sur le sujet de droit avait comme principal objectif de personnifier, sans pour autant

¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911. p. 63. Sa préférence était relative. Il s'agit, en réalité de trouver un compromis : pour Demogue, afin d'être « cohérent, il importe d'ajouter que la sécurité des transactions s'effectue à un prix du côté de la sécurité statique jugée acceptable » (D. Kennedy, M.-C. Belleau, art. précit., p. 177). Le choix en faveur d'un type de sécurité repose sur un équilibre exigeant que l'on quantifie et prenne en considération les désagréments causés à l'autre type de sécurité.

² Voir supra n° 152.

personnaliser¹, des entités n'ayant pas accès à la scène du droit : les êtres non-encore conçus, les êtres indéterminés, les animaux et certaines choses inanimées telles que les monuments. Selon l'acquis relationnel de l'altérité, un sujet serait amené à exister juridiquement si un autre sujet peut lui accorder une anticipation légitime. Or, si un humain doté de conscience peut anticiper l'intérêt légitime d'une chose ou d'un animal, la réciproque paraît difficile, voire impossible au regard des objets inanimés, auxquels il semble délicat d'imputer une attente. Si la chose est l'autre de l'humain, elle ne peut être son autrui. Reste cependant la possibilité pour l'humain de déterminer l'intérêt légitime d'une chose : si le droit en fait un ordre juridique partiel, la chose deviendra alors un centre d'intérêts.

Une réflexion identique se doit d'être menée à l'égard des centres d'intérêts qui ne tendent pas à s'éloigner des choses mais bien à se rapprocher des personnes.

402. Centres d'intérêts et groupements. Lorsqu'un centre d'intérêts se manifeste en se rapprochant des personnes, il peut le faire à l'égard des personnes physiques ou des personnes morales. Si les morts et l'embryon se rapprochent des personnes physiques, la famille, l'entreprise et le groupe de sociétés se rapprochent inexorablement des personnes morales. Si la vie et la naissance manquent respectivement au mort et à l'embryon pour être des personnes physiques juridiques, l'unité d'intérêts manque à la famille, à l'entreprise et au groupe de sociétés pour accéder à la personnalité. Or, cette carence n'est pas sans incidence au regard de la définition relationnelle du sujet de droit en ce qu'autrui permet son identification. Dans la mesure où il est difficile voire parfois impossible de déterminer juridiquement l'intérêt d'un tel groupe, les anticipations légitimes ne peuvent s'opérer. Si la personnalité juridique peut être octroyée à un groupement, c'est bien car un intérêt collectif peut être exprimé à travers la volonté d'une représentation. Cette absence de détermination claire et certaine d'un intérêt empêche le jeu de l'altérité². Il est ainsi parfois difficile de déterminer quel est l'intérêt d'une famille, d'un groupe de sociétés ou de l'entreprise. Ces observations peuvent se cumuler avec l'idée que la philosophie de l'existence se réfère à autrui, ou à Autrui en pensant à l'homme et à ce qui le dépasse, Dieu, voire le genre humain. Une transposition de l'altérité en droit devrait, sans doute suivre ce fil d'Ariane relié à l'humanité.

Néanmoins, la conceptualisation du sujet de droit sur le fondement du reflet d'altérité est à même d'expliquer la personnalité morale. En instituant la personnalité morale d'un groupement, le droit prend toujours le soin d'organiser le jeu des compétences au sein des

¹ Le terme « subjectiver » serait alors préférable à « personnifier ».

² Et réciproquement.

groupements. A ce titre est toujours institué un représentant officiel du groupement qui aura la charge de parler au nom des intérêts du groupement distinct des intérêts de chaque membre et qui justifie le recours à la personnalité morale. Cela n'avait pas échappé à Demogue. Or, en instituant un tel représentant, la loi permet aux autres acteurs juridiques de prendre en considération les intérêts du groupement en ce qu'ils sont clairs et certains. Clarté et certitude qui manquent d'ailleurs à certains centres d'intérêts.

Concernant la famille, si l'intérêt d'un époux peut être de conserver l'existence du lien familial, force est de constater que son conjoint peut avoir un intérêt à rompre le lien conjugal. Pareillement, si l'autorité parentale au sein de la famille est assurée de manière conjointe, dans l'intérêt de l'enfant (personne physique), un, voire les deux parents peuvent en être déchus. Si le conflit d'intérêts est inhérent à tout groupement, une société légalement constituée peut receler des intérêts divergents, le problème essentiel de la famille réside dans l'absence de détermination d'un représentant pour trancher et établir la certitude de l'intérêt.

L'entreprise présente la même problématique de manière sans doute exacerbée. Une longue démonstration n'est pas nécessaire pour s'en convaincre : la divergence entre salariés, créanciers, employeurs, conseil d'administration et créanciers, si elle n'est pas constante, est, à tout le moins fréquente. Comme a pu l'écrire Roger Le Moal, « L'entreprise n'est qu'un centre permanent d'arbitrage entre des intérêts antagonistes ... alors qu'on assiste à la multiplication des intérêts rattachables à l'entreprise »¹.

Le groupe de sociétés n'échappe pas à la même argumentation. S'il est sans doute possible de détacher une logique de groupe, l'intérêt du groupe peut s'entendre d'un intérêt contraire à celui d'une filiale.

Est-ce à dire pour autant que tout groupement est soit simple centre d'intérêts, soit une personne morale dotée de la personnalité juridique. L'exemple de l'humanité, ou du genre humain nous amènera à y réfléchir².

§ 2 – Sujet de droit et identité à l'aune d'autrui

403. Leçon leibnizienne sur l'identité. Le reflet d'altérité permet ainsi de déterminer la qualité de sujet de droit : si l'on peut anticiper l'intérêt légitime d'une entité et que cette entité s'attend légitimement à ce que cet intérêt soit protégé à l'égard d'autrui, alors l'entité accèdera à l'existence juridique par le biais de la qualité de sujet de droit. L'absence de reflet mais la

¹ R. Le Moal, *Droit de la concurrence*, Economica, 1979.

² V. infra n° 444 et s.

présence chez autrui d'un questionnement sur l'intérêt légitime de l'entité lui permettra d'être reconnue comme centre d'intérêts.

Si la capacité du sujet à imaginer ce qu'il peut légitimement attendre d'autrui est le critère du sujet de droit, elle représente ainsi pour lui le moyen de son identité. Cette conscience du sujet l'amène en effet à s'identifier sur la scène du droit en posant un autrui juridique. Cette identité juridique n'est donc pas celle que développait Locke lorsqu'il affirmait qu'il « est impossible à quelque être que ce soit de percevoir sans percevoir qu'il perçoit »¹. L'identité est en effet, pour lui, une dynamique de soi à soi par la conscience : elle dépend de la conscience que l'individu a des actions ou des pensées déjà passées².

L'identité juridique à laquelle nous parvenons passe par autrui ; or, Leibniz postulait une telle identité en considérant que celle-ci peut être continue quand bien même la conscience ferait défaut : autrui, par son témoignage, rétablit l'individu dans son identité si ce dernier vient à être momentanément privé de sa conscience³. La conscience est alors rétablie, l'identité maintenue. Or, ceci n'est possible que dans une perspective de continuité de l'être qu'autrui manifeste : l'existence est continuité en ce qu'autrui en est le témoin.

404. Reflet d'altérité, identité juridique et incapacité. S'il apparaît tout d'abord que l'identification d'un sujet de droit puisse être opérée à travers un reflet d'altérité en vérifiant que chaque sujet est susceptible d'anticiper les intérêts d'autrui, en cas de défaillance d'une telle conscience, l'identité de sujet de droit ne disparaît pas forcément. En effet, il convient, par le biais d'autrui, d'être capable de reconstituer cette conscience de soi et d'autrui. L'identité juridique est constante quand la conscience ne l'est pas, la permanence d'autrui suffisant à établir le lien. Si la conscience d'autrui dans sa dimension juridique est le vecteur de l'identité juridique, force est de constater qu'il n'est pas exigé que cette conscience soit permanente. Il semble même qu'autrui soit à même de remplacer chez un être humain une conscience définitivement absente.

Si pour tout majeur sain, cette conscience est réputée exister, tel n'est pas le cas des incapables. Ici, l'appartenance à l'espèce humaine suffit, même si l'incapacité a toujours existé, à établir l'identité juridique. Leur incapacité ne met pas fin à leur existence : la représentation permet de recréer la conscience d'autrui. L'aptitude à pouvoir agir seul sur la scène juridique définit ainsi le sujet de droit, or tout humain est susceptible de pouvoir prendre en considération

¹ J. Locke, *Essai concernant l'entendement humain*, Paris, Vrin, 1972, p. 264.

² V. supra n° 393.

³ V. supra n° 396.

les intérêts d'autrui, et par ce fait, à exister. L'exercice de cette aptitude définira concrètement le sujet de droit quand bien même le sujet de disposition serait un tiers, un représentant¹.

Là est la différence entre l'animal, centre d'intérêts, et l'incapable sujet de droit. L'animal ne sera jamais susceptible de considérer autrui comme légitime en ses attentes, de déterminer un positionnement juridique afin de satisfaire cette anticipation, ni de risquer une sanction en cas de non respect de cette expectative. En revanche, l'incapable, en tant que membre de l'espèce humaine, est virtuellement capable, un jour ou jamais, de construire une telle image. Si, par malheur, il n'y parvenait, alors lui serait substitué un membre de son espèce, un tiers², apte à anticiper les attentes d'autrui et à en attendre la réciprocité. En puissance, et en représentation, l'incapable existe.

Reste alors à déterminer si un raisonnement identique peut être transposé à des humains ne disposant pas de la personnalité - embryon et mort - voire au genre humain. Ces orientations ne doivent pas étonner : leur lien à l'humanité explique que leur identité peut être déterminée par le truchement d'autrui. L'embryon est humain et postule à l'acquisition de la personnalité juridique, le mort fut une personne juridique et peut être imaginé dans ses attentes par tout un chacun, et l'humanité rassemble tous ceux qui partagent cette origine et cette fin. Telles sont les entités qui par le jeu du reflet d'altérité sont amenées à prétendre à la qualité de sujet de droit si tant est que le droit en fasse des points d'impact juridiques³.

¹ Il convient de préciser, qu'à la différence de la personnalité, le sujet de droit n'est pas une définition abstraite : il n'intervient qu'au regard d'un rapport de droit, d'un lien concret. La problématique relative au sujet de droit n'est pas une absoluité mais une détermination, dans une situation concrète, d'un sujet pour revendiquer l'exercice ou la protection d'un droit dans un rapport.

² Si pour Lévinas, la justice est également une « question de conscience » (*Autrement qu'Etre ou au delà de l'essence*, op. cit. p. 105), il est intéressant d'observer que, selon lui, le concept de justice est introduit avec l'entrée du tiers car s'il y a Autrui, il y a aussi les autres. La société commence avec l'entrée du troisième homme et c'est l'arrivée du tiers qui introduit, dans la vie quotidienne, les nécessités de la justice. Le tiers est comme « toute l'humanité qui nous regarde » dans les yeux d'autrui (*Totalité et Infini*, op. cit., p. 188). Si pour autrui, le tiers est un prochain, avec lequel il se trouve en relation d'altérité et d'obligation, c'est donc la présence du tiers, en ce qu'il représente la multiplicité des hommes, à côté d'autrui, qui conditionne les lois et instaure la justice. S'il est aisé d'y voir, sur la scène juridique, l'homme de loi (v. A. Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *jurisdictio* », *RRJ Droit prospectif*, 1992-2, p. 446), il n'est pas interdit de voir dans le curateur ou le tuteur celui par qui le droit entre dans la vie de la personne protégée. Dans la mesure où l'éthique de la relation à l'autre est perçue par Levinas comme asymétrique en ce que la responsabilité du sujet à l'égard d'autrui est sans commune mesure, puisque le sujet est responsable pour tous les autres, le tiers en ce qu'il symbolise la justice, rétablit la proportion sur le terrain du droit : « la relation avec le tiers est une incessante correction de l'asymétrie de la proximité » (*Autrement qu'Etre ou au delà de l'essence*, op. cit. p. 201). Le représentant de l'incapable n'est-il pas celui qui corrige l'asymétrie de la relation entre un incapable et autrui sur la scène du droit ?

³ M. Martin confirme cette perspective relationnelle du sujet de droit : « Le sujet de droit naît du rapport, il n'a pas d'existence en dehors du rapport, car il est une fonction de ce rapport. Robinson sur son île n'existe pas pour le droit. Le suicide solitaire n'est pas préhensible pour le droit mais la participation au suicide de l'autre l'est » (R. Martin, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 789). Il lie néanmoins cette reconnaissance du sujet à la volonté de la personne qui lui préexiste : « La volonté juridique s'applique sur un modèle juridique, constitué à partir de règles de droits extérieures à la personne qui veut, et qui s'imposent à elle. La volonté n'est juridique qu'autant qu'elle s'applique à un tel modèle. Et la personne, porteuse de volonté, devient sujet de droit en tant que sa volonté s'applique à ce modèle » (ibid. p. 791).

Chapitre II – Les sujets de droit tels que révélés par l’altérité

*« Jamais il ne viendrait à la pensée d’un sage
Que le temps de la vie, au sens usuel de vie,
Avec tout son cortège et de maux et de biens,
Pourrait à lui tout seul constituer l’existence ;
Qu’avant d’être assemblés, qu’« après » s’être dissous,
Les mortels ne sont riens », Empédocle¹*

405. Le reflet d’altérité tel qu’il a été exposé permet à des entités d’anticiper les intérêts légitimes d’autrui au regard du droit objectif. Formalisation de l’empathie juridique, l’altérité devient alors un concept attribuant à chacun une identité définie dans son rapport à l’autre. Nécessairement réflexive, cette relation doit se limiter à l’humain puisque chacun dans le rapport appréhende son autre et permet la continuité de l’identité d’autrui en témoignant de son existence si ce dernier est amené à ne plus être conscient. Or, à la différence de la personnalité juridique, cette identification ne peut se faire à l’aune d’une représentation abstraite, mais au regard des dispositions concrètes du droit objectif. Dès lors qu’un intérêt sera suffisamment protégé, apparaîtra le sujet humain qui en bénéficie sans que cela ne signifie que ce sujet puisse en disposer. Nul ne sera dès lors surpris que cette conception soit convoitée par les entités humaines exclues de la personnalité. Le fœtus², en tant que membre de l’espèce humaine doté de la vie postule à une telle reconnaissance dans la mesure où des textes le désignent expressément comme destinataires de normes. C’est dire qu’il peut être perçu telle *une altérité dans la vie humaine* (section 1), un autrui vivant et humain différent de la personne. Si, à l’inverse, les morts ne bénéficient plus du mouvement continu de la vie, ils restent néanmoins attachés au genre humain. Le droit paraît, dans cette dynamique assurer un véritable « principe général du droit imposant le respect des morts »³. L’altérité des morts se présente alors telle *une alternative à la vie des humains* (section 2). Si l’humanité apparaît comme un point commun à ces deux sujets de droit, elle accède elle-même à une véritable autonomie sur la scène du droit. Le droit témoigne de cet état de fait. En consacrant depuis la fin de la seconde guerre mondiale, une répression effective, bien que parfois circonstanciée, des crimes contre l’humanité, en garantissant le respect de l’espèce à travers la protection du génome, et en découvrant que l’humanité était titulaire d’un

¹ Empédocle, in *Les Présocratiques*, La Pléiade, 1988, p. 378. En les commentant, Plutarque remarque que « ces vers ne sont pas de quelqu’un qui nie que les êtres engendrés et vivants soient quelque chose, mais plutôt de quelqu’un qui estime que l’existence appartient aussi à ceux qui ne sont pas encore nés et à ceux qui sont déjà morts » (idem).

² Ou embryon. Comme il a été précisé, appréhendant la vie dans une perspective diachronique, l’idée de la segmenter au regard du temps en distinguant, dans l’évolution, les qualités d’embryon ou de fœtus ne nous apparaît pas pertinente : voir supra n° 298.

³ B. Beignier, « Photographie de la dépouille mortelle, dernier « portrait d’un artiste », *D.* 1999, p. 106.

patrimoine commun, l'on en est rapidement venu à voir en l'humanité un réel sujet de droit. Bien que dénuée de la personnalité juridique morale, l'humanité demeure, dans son rapport à tous les hommes, destinataire d'un ordre juridique à finalité pacifique et éthique, devenant ainsi *l'autre sujet du droit des humains* (section 3).

Section 1 - L'embryon, l'altérité dans la vie humaine

406. Idée et technique au service de l'altérité. Il résulte de l'appréhension technique¹ et idéelle² du sujet de droit que celui-ci est un vecteur d'intérêts protégés sur la scène du droit et que son identité est déterminée, dans une situation juridique donnée, à l'aune d'autrui. Par suite, afin de vérifier si l'embryon est un sujet de droit, il conviendra de déterminer s'il constitue un point d'imputation juridique³ (centre d'intérêts) et s'il est identifié, en droit, au moyen du reflet d'altérité⁴.

Or, le fait que l'embryon est un point d'impact juridique semble évident⁵. Les diverses lois bioéthiques le démontrent à travers son appréhension *ex utero, in vivo*. La législation sur l'interruption de grossesse appréhende également l'embryon au regard de la détresse de la mère et des éventuelles pathologies dont il serait amené à souffrir, ce qui fait de lui, selon l'académie de médecine, un patient⁶. Allant plus loin, le législateur a prévu à l'article 79-1 un enregistrement à l'état civil des enfants nés sans vie, enregistrement que la Cour de cassation vient d'étendre à tous les fœtus sans distinction aucune. L'embryon et le fœtus constituent dès lors, plus qu'un point d'impact juridique, une véritable zone d'impact, un ordre juridique partiel que l'article 79-1

¹ V. supra n° 367 et s.

² V. supra n° 389 et s.

³ Comment ne pas stigmatiser l'incohérence actuelle : « aucun statut de cet embryon n'est expressément rédigé, malgré que l'on ait affirmé des normes un peu protectrices de ce sujet, comme en 1988 (art. L. 209-4 c. santé publ.), ce qui est contradictoire car il n'est pas de droit sans sujet, et ce qui l'est doublement car l'on affirme que l'embryon est un être humain, ce qui, pour certains, se concilierait avec son absence de droits : il y aurait donc des êtres humains sans droits ? Depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile, cela ne s'était point revu » (Mémeteau G., « L'embryon législatif », RTD civ., 1994, p. 355).

⁴ Sur cette méthode de qualification à rebours consistant à isoler des dispositions juridiques pour en induire une qualification, v. J.-F. Niort, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ droit prospectif*, 1998-2, p. 465, n° 9.

⁵ V. sur ce sujet, M. Palacios, *Rapport sur la recherche scientifique relative à l'embryon et au fœtus humain*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 5943, 13 sept. 1988 ; E. Dhonte-Isnard, *L'embryon in utero et le droit*, L'Harmattan, 2004, p. 95 s.

⁶ Sauf à considérer que la médecine fœtale n'existe pas. Voir Cl. Sureau, *Son nom est Personne : Avant de naître, l'enfant est-il une chose, un amas de cellules ou un patient ?*, Albin Michel, 2005 (l'auteur est professeur honoraire de gynécologie-obstétrique, ancien président de l'Académie de médecine, et membre du Conseil consultatif national d'éthique).

met parfaitement bien en exergue. Il est alors logique d’en étudier le fonctionnement puisque l’état civil constitue le réceptacle des preuves de l’existence juridique (§ 1).

Au-delà, il convient d’envisager et expliquer le reflet d’altérité permettant au fœtus d’exister dans la sphère juridique. Si l’état civil permet la manifestation de l’existence en autorisant autrui, les parents, à établir l’identité de leur enfant, l’altérité exige que l’existence juridique se meuve en un véritable phénomène (§ 2) : un fait que l’on observe ou constate, par le biais d’une expérience susceptible de se répéter ou d’être reproduite et d’acquérir une valeur objective¹, un fait reconnu. Dans le cadre de ce reflet, le positionnement juridique de l’embryon s’avère alors continu si l’on se réfère à son altérité qui, sauf volonté manifeste d’extinction de l’espèce humaine, tient à ce qu’un enfant conçu vive, naisse puis meure.

§ 1 – L’enregistrement des enfants nés sans vie, preuve de l’existence

407. L’état civil comme réceptacle de l’existence. Si la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 est venue régir le sort des enfants morts avant naissance en prévoyant un régime d’état civil amoindri, elle fut par la suite soumise à plusieurs interprétations quant au stade de développement à partir duquel de tels enfants pouvaient faire l’objet d’une telle déclaration. Bien que cette loi constituât, principalement, une consécration légale du droit antérieur, elle ne mit pas fin à de nombreuses interrogations relatives à ses destinataires et à ses effets. Le recours à une interprétation stricte de l’article 79-1 opéré par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation par ses trois arrêts du 6 février 2008, et validée par les décrets et arrêtés du 20 août 2008² règle, semble-t-il, la question du champ (A) sans pour autant clairement établir les incidences juridiques d’un tel enregistrement³ (B).

¹ Ce qui est, selon le dictionnaire Trésor du CNRS, la définition de « phénomène ».

² Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l’application du second alinéa de l’article 79-1 du code civil, JORF n° 0195 du 22 août 2008 p. 13145, texte n° 10 ; Décret n° 2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, ibidem p. 13144, texte n° 8 ; Arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d’accouchement en vue d’une demande d’établissement d’un acte d’enfant sans vie, NOR SJSP0818662A, ibidem p. 13165, texte n° 28 ; Arrêté du 20 août 2008 modifiant l’arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille, NOR JUSC0817938A, ibidem p. 13145, texte n° 12. V. G. Rousset, « De l’état civil des enfants nés sans vie – à propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008 », *JCP G*, 2008, n° 38, *Aperçu rapide*, 553, p. 6

³ V. de manière générale, M. Pierre, « L’épreuve affective », in C. Neirinck (dir.), *L’état civil dans tous ses états*, LGDJ, 2008, p. 57 s.

A – Le nouveau champ de la déclaration des enfants morts-nés

408. Le passé. Si le code civil de 1804 réglementa la déclaration de naissance d'un enfant vivant, en imposant sa présentation dans les trois jours de la naissance afin que l'officier d'état civil rédigeât un acte de naissance, très rapidement, un décret du 4 juillet 1806¹ organisa l'établissement d'un acte « de déclaration d'enfant présentement sans vie ». Destiné à prévenir d'éventuelles fraudes dans les déclarations relatives à des enfants décédés avant présentation à l'officier de l'état civil, l'« acte d'enfant sans vie », tel qu'il fut renommé par la loi du 20 novembre 1919, intéressait alors deux catégories d'enfants : d'une part, l'enfant né vivant mais décédé avant la déclaration à l'état civil, d'autre part, l'enfant mort-né. Cette loi considère, à l'égard de ce dernier, qu'une durée minimale de grossesse devait être retenue comme seuil de viabilité permettant la rédaction d'un acte d'enfant sans vie : fut retenu le délai de cent quatre-vingts jours tiré de l'ancien article 312 du code civil² posant les présomptions relatives à la conception. A l'appui de ce raisonnement, était souvent citée une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation³ en matière de suppression d'enfant : se fondant sur l'article 312 du code civil, la Cour décida que « l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non seulement de la vie mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innomé et non un enfant dans le sens que le législateur a attaché à cette expression ». C'est dire qu'une intervention du législateur s'avérait nécessaire ; ce ne fut chose faite qu'en 1993.

409. La loi de 1993. Prenant en considération évolutions et réalités, le législateur, par une loi n° 93-22 du 8 janvier 1993⁴, a réformé la matière en créant l'article 79-1 du code civil. Le premier alinéa de ce texte vise ainsi à déterminer, s'agissant d'enfants nés mais décédés avant la déclaration de leur naissance, les conditions dans lesquelles l'officier d'état civil est autorisé à établir de véritables actes de naissance et de décès puisqu'il s'agit d'attester de la mort d'une

¹ Décret du 4 juillet 1806 concernant les enfants présentés sans vie à l'officier de l'état civil :

Art. 1er. – « Lorsque le cadavre d'un enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil (a) cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie ; il recevra de plus la déclaration des témoins (b), touchant les noms, prénoms, qualités et demeures des père et mère de l'enfant et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère ».

Art. 2. – « Cet acte sera inscrit à la date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non ».

² Ancien article 312 du code civil : « (al. 1^{er}) L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari. (al. 2nd) Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au centre-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la femme ».

³ Crim. 7 août 1874, DP 1875. 1. 5, note Giboulot ; CA Poitiers, 3 déc. 1942, DA 1943. Somm. 12.

⁴ Voir P. Murat, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995 p. 451.

personne juridique. A cet égard, la loi s'en remet à un certificat médical indiquant la véracité de la naissance d'un enfant vivant et viable : « lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance n'ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable ».

A défaut de certificat médical, le second alinéa de l'article 79-1 prévoit, comme auparavant, la rédaction d'un acte d'enfant sans vie : l'enfant est soit mort-né, soit né mais non viable. Il est alors prévu que cet acte soit inscrit sur les registres de décès : « il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant ». Dans le but de ne pas faire définitivement échec à l'alinéa premier, il est affirmé que « l'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question ».

Bien que le texte ne fasse aucune distinction entre les enfants morts-nés, très tôt fut réintroduite en droit positif une différence de régime juridique entre deux types d'enfants décédés avant la naissance.

410. Les interprétations successives. La circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant¹ fut le premier texte à donner une interprétation de l'article 79-1 en son alinéa 2. Il y est ainsi précisé que l'acte d'enfant sans vie sera dressé par l'officier d'état civil :

« - lorsque l'enfant, sans vie au moment de la déclaration à l'état civil, est né vivant, mais non viable ; l'officier de l'état civil dressera l'acte sur production d'un certificat médical quelle que soit la durée de la gestation ;

- ou lorsque l'enfant est mort-né après une gestation de plus de 180 jours. Il convient de prendre en considération ce délai pour éviter l'enregistrement à l'état civil de morts-nés en cas de gestation inférieure à 180 jours ».

Il en résulte que la réforme du 8 janvier 1993, telle que précisée par sa circulaire d'application, n'a pas touché au seuil, antérieurement établi, à partir duquel le fœtus doit être déclaré. Une telle interprétation, non relayée par l'article 79-1 qui ne prévoit aucun seuil, fut confirmée par l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999². L'instruction met en exergue le fait qu'au terme d'une gestation inférieure à cent quatre-vingt jours et « sous réserve

¹ D. 1993 p. 290, JO 24 mars 1993, p. 4551, NOR : JUSC9320134C.

² JO, annexe au n° 172 du 28 juill. 1999, IEC 50003 à 50235 ; voir Th. Revet, RTD civ. 1999 p. 900.

de l'interprétation des tribunaux, il apparaît qu'un acte d'enfant sans vie ne doit pas être dressé »¹. En deçà de cent quatre-vingts jours de gestation, l'instruction n'utilise même plus le terme « enfant » : « Les embryons dont la gestation a duré moins de 180 jours et qui n'ont pas vécu ne sont pas déclarés à l'état civil mais peuvent, dans la mesure où des circulaires préfectorales le prévoient, faire l'objet d'une déclaration administrative permettant le cas échéant de délivrer une autorisation de fermeture de cercueil en vue de l'inhumation ».

Sur la forme, il est impossible de ne pas regretter l'atteinte évidente à la séparation des pouvoirs. Bien que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine limité de la loi l'état civil, il est frappant de constater qu'une simple circulaire et l'instruction relative à l'état civil peuvent préciser des critères que la loi ne prévoit même pas². Quand l'on sait l'importance accordée par les officiers d'état civil à l'instruction générale³, l'on ne peut que regretter une telle immixtion. Sur le fond, alors que la loi du 8 janvier 1993 a poursuivi l'objectif d'amoindrir les difficultés rencontrées par les parents à la suite du décès prématuré de leur enfant, la continuité dans la gestion de cette déclaration laisse songeur sur la distance entre intention et résultat atteint par le législateur.

Aussi, dès 1995, des voies s'étaient-elles élevées afin d'abaisser ce seuil. Deux auteurs préconisèrent en effet de recourir à d'autres critères : « il importe sur le plan juridique de reprendre les recommandations de l'Organisation mondiale de la santé⁴ sur les limites de viabilité : 22 semaines d'absence de règles ou plus de 500 grammes de poids, pour favoriser la déclaration à l'état civil des fœtus morts [...]. C'est de cette déclaration que dépend le devenir des corps. Et il faut permettre l'expression de la volonté des parents quant à la reconnaissance légale de leur fœtus »⁵. L'argument emporta la conviction de M. le professeur Murat : « depuis que le seuil de 180 jours n'est plus à coup sûr la limite de viabilité, puisque peuvent désormais être sauvés de très grands prématurés, la conscience qu'un fœtus de cet âge est un enfant à part entière a crû parmi nos contemporains »⁶. En réalité, la situation était ubuesque puisqu'une circulaire du ministère de la santé DGS n° 50 du 22 juillet 1993 relative, cette fois-ci, à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil⁷ prévoyait déjà la substitution des critères de l'OMS¹ au seuil

¹ Ibidem § 461-2.

² Pour une première critique, voir A. Ponsard, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 780.

³ Il s'agit pour les officiers d'état civil d'une réelle « bible » : Th. Revet, *RTD civ.* 1999, p. 900 ; P. Chauvin et C. Creton, « Chronique de la Cour de cassation, première chambre civile », *D.* 2008, 10, p. 639.

⁴ OMS.

⁵ D. David et N. Mulliez, « Les fœtus d'outre-tombe », *Le Monde*, 3 nov. 1993

⁶ P. Murat, art. précit.

⁷ Ce qui fut rappelé par des circulaires CNAMTS DGR n° 47/94 du 23 juin 1994 et n° 98/95 du 28 septembre 1995. Au demeurant, il s'agit ici de nouveaux-nés donc d'enfants nés mais morts peu après : le certificat médical sert donc ici, au sens de l'article 79-1 à déterminer si l'enfant a acquis la personnalité juridique.

de cent quatre-vingts jours. Interrogé moins de deux semaines après la signature de l’instruction générale confirmant le seuil de cent quatre-vingts jours, sur l’existence de deux références pour déterminer la viabilité, le garde des sceaux fit la réponse suivante : il n’apparaît « pas possible de ramener le seuil de gestation dans les conditions évoquées par l’auteur de la question [*critères de l’OMS*] sans remettre en cause les dispositions de l’article 311² du code civil »³.

C’est finalement une circulaire conjointe des ministères de la solidarité de la justice et de l’intérieur en date du 30 novembre 2001 (n° 2001-576) intégrée à l’instruction générale de l’état civil⁴ qui a abaissé le seuil de déclaration à l’état civil des enfants mort-nés en se référant à la définition de la viabilité donnée par l’OMS soit vingt-deux semaines d’aménorrhée⁵ (cent-quarante jours ou quatre mois et demi de grossesse) ou un poids du fœtus de plus de cinq cents grammes.

Même si les incidences d’une telle déclaration sont limitées⁶, l’on ne peut que constater son importance considérable dans le domaine funéraire. A défaut d’arrêté municipal ou préfectoral, en dessous de ces seuils, l’enfant est destiné à la destruction comme s’il s’agissait d’une pièce anatomique ou d’un déchet hospitalier au sens de l’article R. 1335-9 du code de la santé publique, incinéré dans le crématorium prévu par l’article R. 1335-11 du même code⁷, « ou destiné à rejoindre clandestinement des collections anatomiques »⁸. Or, les embryons ou les fœtus ne sont ni des « déchets opératoires », ni des « pièces anatomiques » puisqu’il ne s’agit ni d’« organes ou des membres, aisément identifiables par un non-spécialiste » au sens de l’article R. 1335-11 du code de la santé publique, ni de « déchets d’activités de soins » au sens de l’article R. 1335-1 du même code. Nul ne s’étonnera que dans un contexte aussi douloureux⁹ des juridictions aient été saisies afin de retrancher les critères que la loi ne prévoit pas.

411. Le contexte des arrêts du 6 février 2008. La limite administrative imposée pour la déclaration d’enfant sans vie fut ainsi judiciairement contestée devant la cour d’appel de Nîmes le

¹ Recommandation OMS, 1977.

² Article prévoyant désormais la présomption simple de conception dans la période qui s’étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour.

³ Rép. min. n° 24484, JOAN Q, 24 mai 1999, p. 3184. Pour une critique de la réponse et une nouvelle prise de position en faveur des critères de l’OMS, voir P. Murat, « Viabilité et enregistrement à l’état civil des enfants mort-nés », Dr. famille, 1999, n°77, p. 15.

⁴ IGE version du 29 mars 2002 JO du 28 avril 2002 p. 7719.

⁵ V. Rép. min. n° 1202S, JO Sénat 21 déc. 2006, p. 3132, refusant d’envisager de porter le seuil à seize semaines.

⁶ Voir infra n° 415.

⁷ J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, « Droits et libertés corporels », D. 2006 p. 1200 ; I. Corpart, « Décès périnatal et qualification juridique du cadavre », JCP G 2005, I, 171.

⁸ J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, art. précit.

⁹ Même si certains auteurs ont voulu déceler une question essentiellement pécuniaire au regard des différentes prestations auxquelles les parents peuvent prétendre : J. Hauser, art. précit.

17 mai 2005¹. Les accouchements avaient, en l'espèce, eu lieu entre dix-huit et vingt-et-une semaines d'aménorrhée, pour des fœtus dont le poids était compris entre cent cinquante-cinq et quatre cents grammes. Les parents tentèrent de faire établir un certificat d'enfant né sans vie mais les officiers d'état civil refusèrent en raison du non-dépassement des seuils des vingt-deux semaines d'aménorrhée ou cinq cents grammes. Le raisonnement est validé par la cour d'appel de Nîmes au motif « qu'il s'évince de l'article 79-1 du code civil que pour qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé, il faut reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant, ce qui ne peut se décréter mais doit se constater à l'aune de l'espoir raisonnable de vie autonome présenté par le fœtus avant son extinction, qu'en l'état actuel des données de la science, il y a lieu de retenir, comme l'a fait l'officier d'état civil, le seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé qui est de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou d'un poids du fœtus de cinq cents grammes et qu'en l'espèce ces seuils n'étaient pas atteints »². Sur les cinq arrêts rendus par la cour, trois pourvois en cassation furent formés devant la Haute juridiction sur le fondement des articles 16 et 79-1 du code civil.

Le rapporteur, après avoir rappelé que la cour d'appel a pris le soin de souligner que les circulaires et l'instruction générale sont dénuées de portée normative, et qu'en l'absence d'une telle déclaration l'enfant est voué à une incinération au même titre que les déchets anatomiques, de façon anonyme et collective³, ne prit pas réellement position. Son rapport se termine par une question posée par M. le professeur Murat : « à partir de quel seuil la sensibilité contemporaine

¹ *Dict. perm. bioéthique et biotechnologies*, Bull. n° 150, juin 2005, p. 6639.

² Le tribunal de grande instance avait quant à lui retenu que « si l'article 79-1 du code civil "ne pose pas de conditions de maturité ou de développement de l'être humain concerné, l'emploi des mots "enfant" et "accouchement" montre que le législateur n'a pas voulu prescrire l'établissement d'un acte d'état civil pour chaque fausse couche, pour chaque grossesse qui ne va pas à son terme ; qu'il convient également d'observer que l'établissement d'un acte d'enfant sans vie a des conséquences économiques et peut, notamment, entraîner une majoration de la pension de retraite des parents conformément à l'article L 351-12 du code de la sécurité sociale... qu'au vu de ces éléments il convient de considérer, pour l'application de l'alinéa deux de l'article 79-1 du code civil, qu'il n'y a accouchement d'un enfant que lorsque la femme met au monde un être humain qui a atteint un stade de développement tel qu'on puisse légitimement espérer qu'il vive ; que compte tenu des données actuelles de la science, il convient de considérer que l'enfant ne peut être viable qu'après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou s'il a atteint le poids de 500 grammes ; attendu que ceci n'interdit nullement aux parents concernés de militer pour obtenir une modification législative qui prenne en compte leur souffrance" : Rapport de Mme Trapero, conseiller rapporteur sur Civ. 3^{ème} 6 fév. 2008.

³ Une étude de droit comparé portant sur 13 des 14 Etats membres de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) démontre qu'à l'exception de la Turquie, où l'on ne dresse aucun acte d'état civil pour les enfants nés morts, les pays prévoient une déclaration à l'état civil obligatoire des enfants morts-nés. Si dans tous ces pays, il est fait référence à une durée minimale de gestation ou à un poids minimal pour le fœtus, proches des recommandations de l'OMS, aucun ne prévoit que tout enfant simplement conçu sera enregistré à l'état civil. Néanmoins, de nombreux Etats membres de la CIEC permettent aux parents qui le souhaitent d'inhumer les fœtus nés en dessous du seuil de déclaration obligatoire : F. Granet, « Etat civil et décès périnatal dans les états de la CIEC », *JCP G*, 31 mars 1999, I.124. V. également, Sénat, *Etude de législation comparée sur les enfants nés sans vie*, 18 avril 2008.

sur les débuts de la vie humaine pousse à conserver la trace d'un tout jeune être ? »¹. Ce qui revient à répondre à la question qui lui est posée par une autre question. Aussi a-t-il pris, auparavant, le soin de rappeler la réponse donnée par M. Murat : à savoir que « la nature d'être humain des fœtus même en deçà du seuil de viabilité et l'aide due aux parents pour accomplir leur travail de deuil passe certainement par la possibilité de donner une forme de sépulture mais qu'on ne dira jamais assez vigoureusement que la qualité d'être humain et le respect qui lui est dû n'ont rien à voir avec l'octroi de la personnalité juridique ou même avec une inscription quelconque à l'état civil »².

L'avocat général développa quant à lui un avis plus tranché en n'évitant point les paradoxes. Après avoir rappelé qu'à « côté du droit civil qui reconnaît en l'embryon présent ou futur une place de sujet de droit, ou un "statut" au travers des lois sur la bioéthique, le droit pénal dénie l'assimilation de l'enfant à naître à une personne physique »³, il conclut : « La seconde branche du moyen portant sur la violation de l'article 16 du code civil, relatif au respect de la personne humaine me semble devoir être rejetée fermement ». Selon lui, « le respect de l'être humain s'applique au sens propre du terme à un être humain, et la Cour a déjà décidé que l'enfant à naître ne pouvait relever des mêmes catégories et concepts juridiques que ceux qui s'appliquent aux personnes physiques. Le respect dû aux enfants à naître - comme d'ailleurs aux cadavres - dérive du respect de la personne humaine, mais il n'est pas celui de l'article 16 du code civil ». L'embryon est ainsi sujet de droit car il dispose d'un statut en bioéthique. Néanmoins, ce statut fait échec à l'application du droit général prévoyant le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. La logique de l'assemblée plénière⁴ semble avoir pénétré le parquet général de la Cour de cassation.

Toutefois, concernant l'article 79-1 du code civil, il soutient : « Si vous cassez les décisions qui vous sont déférées, vous écarterez la circulaire, mais dans le même temps, vous mettez en lumière l'imprécision du code civil. La limite de cinq cents grammes étant levée, la liberté est totale et, selon le désir ou la conviction des familles il y aura toujours des demandes d'acte d'enfant sans vie pour des fœtus mort-nés, mais également pour de simples embryons dans le même état, sans limite minimum, ni de poids, ni de durée de l'aménorrhée ». Or, « la

¹ P. Murat, « Décès périnatal et individualisation de l'être humain », art. précit.

² P. Murat, *Dr. fam.*, avril 2002, chronique n° 48, p. 23.

³ Avis de M. Legoux, avocat général, *Gaz. Pal.*, 14 février 2008, n° 45, p. 3. Il précise : « Jusqu'à la naissance, l'enfant n'est que "*pars viscerum matris*". Il ne s'éveille au droit qu'en devenant sujet de droit. Mais est-ce la naissance qui le rend sujet de droit ? Cela n'est pas certain car si la personnalité s'attache à un organisme né vivant et viable, un fœtus venu au monde sans vie n'a pas de personnalité juridique. En revanche, on ne peut lui dénier d'avoir été sujet de droit, puisqu'il aura porté le droit d'hériter, droit virtuel qui ne se sera pas consolidé faute d'un souffle de vie, mais dont il aura reçu la promesse ».

⁴ AP 29 juin 2001, voir supra n° 329.

jurisprudence a un rôle éminent dans l'actualisation, dans la nouvelle intelligibilité des problèmes conceptuels fondamentaux. Mais il me semble ici que ce n'est pas à elle de fixer la norme, mais à la loi. Quelle meilleure façon d'y inciter le législateur, que d'écarter du débat la circulaire du 30 novembre 2001 en cassant les décisions qui vous sont soumises ? Vous établirez ainsi une liberté d'initiative totale des familles, dont l'articulation avec les autres textes relatifs à la bioéthique et notamment ceux relatifs à l'IVG ou à la recherche sur l'embryon, permettra au législateur de faire oeuvre d'harmonisation ».

Dans le silence de la loi, le juge ne doit pas faire de distinction : *ubi lex non distinguit nec debemus distinguere*. Il reviendrait alors au législateur de préciser, car cela relève de son seul office, les conditions permettant à un officier d'état civil de refuser de rédiger l'acte, si tant est que le législateur le souhaite.

412. La solution de la Cour de cassation. Par trois arrêts en date du 6 février 2008¹, la Cour censure les décisions de la cour d'appel de Nîmes se fondant sur les critères de l'OMS fixant le critère de viabilité et repris dans l'instruction générale de l'état civil : « en statuant ainsi, alors que l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé ». La Cour a précisé par le biais d'un communiqué du service de documentation et d'études qu'elle a « entendu indiquer que l'article 79-1 du code civil ne subordonnant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement pouvait être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement ». Le législateur n'a fixé aucune limite, le juge n'a pas à en créer.

Si la doctrine a unanimement accueilli cet arrêt comme ne concédant nullement la personnalité juridique à l'embryon, elle n'en reste pas moins attachée à l'existence d'un seuil pour permettre l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. Nombreux sont ainsi les auteurs soutenant l'idée qu'un seuil doit néanmoins être fixé pour éviter tout abus : « Cette cassation est malheureuse dans la mesure où elle paraît suggérer qu'un acte d'enfant sans vie peut être dressé quelle que soit la durée de la grossesse et le poids du fœtus. Une telle interprétation serait

¹ Civ. 2^{ème}, 6 février 2008, 3 arrêts (arrêt n°128, pourvoi n° 06-16.498 ; arrêt n° 129, pourvoi n° 06-16.499 ; et arrêt n° 130, pourvoi n° 06-16.500) : D. 2008. AJ. 483, obs. Guiomard, Pan. 1371, obs. Granet-Lambrechts, Pan. 1435, obs. Galloux et Gaumont-Prat, et Chron. C. cass. 638, obs. Chauvin et Creton, p. 862, note Roujou de Boubée G., Vigneau D., et l'éditorial de Félix Rome « Lorsque l'enfant paraît », p. 681 ; RTD civ. p. 268, note Hauser ; AJ fam. 2008. 165, obs. Chénéde ; AJDA 2008. 280 ; JCP 2008. II. 10045, note Loiseau ; Dr fam. 2008, mars 2008, Alerte n° 22, obs. Lamarche ; ibid. Comm. n° 34, obs. Murat ; Defrénois 2008. 38753, note Massip ; Dict. perm. « Bioéthique et biotechnologies », bull. mensuel n° 179, févr. 2008, Repère, par Binet ; RJPF 2008, n° 4, p. 13, par F. Sauvage ; LPA, 1er avril 2008 n° 66, p. 8, note Latina M.,

contraire au bon sens et la doctrine juridique »¹. On peut en effet lire qu'« il ne faut pas confondre le décès d'une personne avec l'interruption d'une grossesse qu'elle soit voulue ou subie »², qu'« il est légitime que les fœtus expulsés naturellement ou à la suite d'un avortement ne soient enregistrés qu'au-delà d'un certain seuil : il y a un risque pour la vie privée comme pour la fiabilité de l'état civil à vouloir trop inscrire ... »³, « qu'il n'est pas question de déclarer comme accouchement toute grossesse qui prend fin à un stade précoce »⁴, « qu'on comprend mal quel pourrait être l'intérêt de permettre à une femme ayant subi dès les premières semaines de grossesse une fausse couche d'exiger qu'il en soit fait mention sur les registres de l'état civil »⁵. Ceci explique que de nombreux auteurs s'interrogent sur l'intention des juges de cassation.

Plus précisément, l'arrêt a pu être perçu comme une invitation lancée au législateur afin qu'il intervienne légalement pour fixer un seuil⁶. A dire vrai, une telle intervention ne paraît pas nécessaire. En l'absence de seuil de poids ou d'âge, l'on peut en effet, dans un premier temps conclure qu'une déclaration pourrait être faite dès le début de la grossesse. En laissant pour le moment de côté le caractère facultatif ou obligatoire de la déclaration, l'article 79-1 du code civil ne paraît pas ouvrir la porte à une telle éventualité. L'article parle d'accouchement, or, sauf à « forcer le trait »⁷, l'on voit mal comment une fausse couche et une interruption volontaire de grossesse pourraient être assimilés à un accouchement.

En outre, il est vrai, comme le remarque M. le professeur Murat, que ces décisions peuvent être appréciées « comme une décision courageuse s'inscrivant dans le fil de l'article 16 du code civil qui dispose que « la loi [...] garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », ou comme une manière de se défaire d'un problème encombrant sur le législateur en se retranchant derrière l'imprécision de l'article 79-1 du code civil »⁸.

413. Validation réglementaire. Entre la légalisation des critères de l'OMS et le maintien d'une déclaration ouverte à tous les fœtus sans distinction de poids ou de taille, le Gouvernement a opté en faveur de la seconde option. Dans un décret du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du code civil⁹, il est précisé que « l'acte d'enfant sans vie prévu par

¹ Massip J., art. précit.

² I. Corpart, « Décès prénatal et qualification juridique du cadavre », *JCP G* 2005, I, 1743.

³ P. Murat, « Viabilité et enregistrement à l'état civil des enfants mort-nés », *Dr. Famille* 1999, chron. n° 77.

⁴ V. Balestriero, « La situation de l'enfant mort-né », *D.* 1999, p. 81

⁵ N. Baillon-Wirtz, « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. Famille* 2007, chron. n° 13.

⁶ V. notamment, J. Massip, art. précit.

⁷ M. Latina, « La suppression des seuils de viabilité des enfants mort-nés », *LPA*, 1^{er} avril 2008 n° 66, p. 8.

⁸ P. Murat, *Dr. fam.*, com. n° 34. Il convient cependant d'observer que la cassation intervient sur le fondement de l'article 79-1.

⁹ Précit. n° 421.

le second alinéa de l'article 79-1 du code civil est dressé par l'officier de l'état civil sur production d'un certificat médical établi dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la santé et mentionnant les heure, jour et lieu de l'accouchement ». L'arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie¹ prévoit un modèle de certificat médical et dispose en son article premier alinéa deux que « le praticien signataire du certificat est soit celui qui a effectué l'accouchement, soit celui qui dispose des éléments cliniques permettant d'en affirmer l'existence ». Le modèle prévoit notamment que l'accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale constitue une situation ouvrant la possibilité d'un tel certificat alors que l'interruption spontanée précoce de grossesse (fausse couche précoce) et l'interruption volontaire de grossesse ne le permettent pas. Le Gouvernement a ainsi pris le soin d'adapter le certificat à l'exigence d'un accouchement comme prévu à l'article 79-1 alinéa 2 du code civil² sans se prononcer sur le caractère obligatoire de la déclaration.

De plus, l'inscription de l'existence de l'enfant ne pouvant se faire que si les parents possèdent déjà un livret de famille³, le Gouvernement a suivi une proposition émise par le médiateur de la République, M. Delevoye, pour réformer l'état civil des enfants nés sans vie⁴. Il est désormais prévu à l'article premier du décret n° 2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, qu'un « livret de famille est remis, à leur demande, aux parents qui en sont dépourvus par l'officier de l'état civil qui a établi l'acte d'enfant sans vie. Il comporte un extrait d'acte de naissance du ou des parents ainsi que l'indication d'enfant sans vie, la date et le lieu de l'accouchement »⁵.

Néanmoins, au-delà de la fixation d'un seuil qui, par définition, serait arbitraire et nonobstant cette réforme, d'autres interrogations relatives aux incidences de cette déclaration se profilent.

¹ Idem.

² Voir supra n° 412.

³ Rép. min. n° 104556, JO AN Q 16 janv. 2007, p. 593 : il est précisé que l'enfant mort-né peut être inscrit sur un livret de famille délivré ultérieurement.

⁴ Fut également proposé « le droit de reconnaître un enfant né sans vie dans le but de lui attribuer un nom et une filiation » : Médiateur Actualités, juill.-août 2005, n° 10, p. 5. Une proposition de loi « relative à la filiation d'un enfant sans vie » n° 1130 a également été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2003. Présentée par A. Marty et alii, elle autorisait la reconnaissance posthume faite concomitamment à la rédaction de l'acte d'enfant sans vie.

⁵ L'arrêté du 20 août 2008 modifiant l'arrêté du 1er juin 2006 fixant le modèle de livret de famille a finalisé la réforme en prévoyant, à l'annexe I de ce dernier arrêté, qu'un livret de famille soit délivré « à la demande des parents qui en sont dépourvus, à l'occasion de l'établissement d'un acte d'enfant sans vie. »

B – Les incidences de la déclaration des enfants morts-nés

414. Les conséquences certaines. L’évidence s’impose : l’enfant sans vie, à savoir le fœtus mort¹ ou l’enfant né mais non viable, fait l’objet d’un véritable ordre juridique partiel. Selon le décret n° 2006-965 du 1^{er} août 2006², le père ou la mère dispose d’un délai de dix jours, à compter de l’accouchement, pour réclamer le corps de l’enfant pouvant être déclaré sans vie à l’état civil. Les parents peuvent demander à ce qu’il figure sur le livret de famille³. La circulaire du 30 juin 2006⁴ admet que ses parents lui choisissent un ou plusieurs prénoms mais il ne portera pas de nom, puisque selon le texte, cet acte n’emporte pas établissement du lien de filiation : il est impossible de reconnaître l’enfant déclaré sans vie aux termes de l’article 461 de l’instruction générale relative à l’état civil⁵. La famille peut alors faire procéder, à sa charge, à l’inhumation ou à la crémation du corps ; en l’absence d’une telle prise en charge, l’inhumation ou la crémation sera effectuée par l’administration hospitalière ou communale. L’assimilation de la naissance d’un enfant sans vie à un enfant vivant est parachevée par les décret n° 2008-32 et arrêté du 9 janvier 2008⁶, étendant le bénéfice du congé paternité aux pères d’enfants sans vie.

Depuis les arrêts du 6 février 2008, les auteurs se sont interrogés sur le caractère obligatoire de cette déclaration⁷. Si la loi est muette, l’article R. 1112-76 du code de la santé publique est, en la matière, explicite : « I. - Dans le cas où le corps du défunt ou de l’enfant pouvant être déclaré sans vie à l’état civil est réclamé, il est remis sans délai aux personnes visées à l’article R. 1112-75 ». Ce texte, modifié par le décret du 1^{er} août 2006 précise bien que l’enfant sans vie peut être déclaré. A considérer qu’une norme réglementaire puisse préciser le caractère d’une telle déclaration, le droit positif en reste à une déclaration facultative. Le droit objectif de l’enfant sans vie invite alors à s’interroger sur son statut juridique.

¹ Ou encore l’enfant mort-né.

² Décret n° 2006-965 du 1^{er} août 2006 relatif au décès des personnes hospitalisées et aux enfants pouvant être déclarés sans vie à l’état civil dans les établissements publics de santé : Modifiant l’art. R. 1112-75 CSP, JO 3 août 2006.

Ce décret a été pris suite à l’émotion suscitée par la découverte de plus de trois cents cinquante fœtus conservés dans la chambre mortuaire de l’hôpital Saint-Vincent-de-Paul, certains étant là depuis plus de dix ans. Le décret est inspiré des conclusions du Comité consultatif national d’éthique dans son avis n° 89 du 22 septembre 2005 à propos de la conservation des corps des fœtus et des enfants mort-nés ainsi que des propositions formulées dans un rapport du 31 mai 2006 de MM. les sénateurs Sueur et Lecerf (*Sérénité des vivants et respect des défunts*, rapp. Sénat n° 372, 2005-2006, p. 71).

³ Arr. 22 juill. 2002, JO 6 août, p. 13386.

⁴ Circ. n° CIV/13/06, NOR JUSC060513C.

⁵ *Dr. fam.* 1999. 112, note Murat ; Rep. Min. n° 73498, *Defrénois* 2006. 870.

Ce que rappelle également une communication de Mme la ministre Roselyne Bachelot-Narquin en date du 22 août 2008 : « aucune filiation n’est établie et le fœtus n’acquiert pas de personnalité juridique » (sur le site Internet du ministère : www.sante-jeunesse-sports.gouv.fr).

⁶ Modifiant les art. D. 331-4 et D. 613-10 CSS, JO 11 janv. 2008.

⁷ Rappelons que les décrets et arrêtés du 20 août 2008 n’ont pas pris position sur la question : voir *supra* n° 413.

415. Le statut juridique de l'enfant sans vie. Si certains peuvent regretter que l'état civil se privatise¹ par la suite des arrêts du 6 février 2008, l'on peut simplement constater que désormais, l'existence d'un enfant, né ou non, laisse une trace sur la scène du droit que l'état civil est à même de conserver. De multiples intérêts entrent alors en ligne de compte. S'il s'agit d'un véritable état civil, il peut sembler étrange de laisser à la discrétion des parents une telle inscription, celle-ci étant obligatoire en cas de naissance en vertu de l'article 55 du code civil. En raison de la douleur par eux éprouvés et des faibles intérêts en présence, la liberté peut néanmoins se comprendre. Plus importante est la question de la filiation. En interdisant l'attribution d'un nom et en empêchant la reconnaissance de l'enfant sans vie, la circulaire du 30 juin 2006 et l'instruction générale relative à l'état civil font clairement obstacle à l'établissement d'un lien de filiation. L'article 318 du code civil semble d'ailleurs valider une telle hypothèse : « Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ».

Or, aucun auteur ne conteste que l'article 79-1 permet une individualisation juridique, « une identité juridique »² de l'enfant sans vie : au-delà de l'inscription comme reconnaissance sociale, en indiquant le nom du « père » et de la « mère », l'on ne peut que constater que l'article 79-1 inscrit l'enfant dans une généalogie³. Ses parents peuvent de plus lui donner un prénom. Une généalogie constatée par le droit peut-elle ne pas être assimilée à une filiation ? Il convient, comme l'a remarquablement démontré un auteur⁴, de comprendre qu'il n'y a aucun obstacle juridique, aucune contrariété avec l'article 318 du code civil, à soutenir qu'il existe bien une filiation. Les reconnaissances prénatales du père comme de la mère⁵, la présomption de paternité sont à même d'établir cette filiation. L'article 318 du code civil n'impose que le caractère statique de cette filiation : aucune action ne peut être reçue quant à une modification de cette filiation, mais filiation, il y a⁶. Sauf à considérer que l'enfant sans vie est issu du néant¹, il a bien

¹ N. Baillon-Wirtz, « La famille et la mort », *Def.*, 2006, n°217, p. 159 ; et Latina M., « La suppression des seuils de viabilité des enfants mort-nés », *LPA*, 1^{er} avril 2008 n° 66, p. 8

² G. Loiseau, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G*, 2008, II, 10045.

³ G. Roujou de Boubée, D. Vigneau, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* p. 862 ; et G. Loiseau, art. précit.

⁴ J. Massip : *Def.*, 30 avril 2008 n° 8, p. 866, 38753.

⁵ Puisque aux termes de l'article 311-25 du code civil, la « filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant », l'indication du nom de la mère dans l'acte d'enfant sans vie ne devrait établir la filiation.

⁶ M. le professeur Murat fut le premier à défendre cette interprétation : selon lui l'article 318 n'est pas « d'une clarté évidente et il faut en tout cas aller au-delà de la lettre pour en tirer que l'enfant non vivant ou non viable n'a pas de filiation, puisqu'il précise seulement qu'« aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable », formule qui laisse au contraire entendre qu'un lien de filiation peut bel et bien exister, mais à l'état statique » (« Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », art. précit.).

une filiation. Lorsque le droit commande à un officier d'état civil d'inscrire les noms de la « mère » et du « père », il devient difficile de nier qu'une généalogie juridique n'est pas une filiation². Au final, il apparaît que le droit fait échapper l'enfant sans vie à la *summa divisio* : « c'est précisément toute l'utilité que présente la qualité d'enfant appliquée à l'être précocement décédé que de se dérober à ces qualifications et de dépasser une répartition de l'humanité entre personnes et choses »³.

C'est la reconnaissance du rapport familial qui est ici à la base d'un tel système : « à la différence de la personnalité juridique qui profite à l'enfant en le plaçant, dans son propre intérêt, à la tête de droits, l'attribution d'une simple identité juridique est surtout le moyen, dans la

Mme Nathalie Baillon-Wirtz affirme alors : « Il faudrait en réalité lire l'article de la manière suivante : la filiation de l'enfant non viable ne peut faire l'objet d'aucune action judiciaire. Ceci implique donc que la filiation est établie de manière statique à la naissance ; seul l'établissement dynamique du lien, par le jeu des actions judiciaires, est prohibé. En définitive, l'article 318 ne laisse pas sous-entendre que l'enfant non viable n'a pas d'état ; il affirme, au contraire, qu'il en a un qu'il est impossible de venir bouleverser eu égard à l'insuffisance des intérêts en jeu, tant patrimoniaux que moraux » (« La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. de la famille* n° 4, Avril 2007, Etude 13). M. Atias est du même avis quant à l'objectif de cette disposition puisque cette règle « ne se justifie que par le souci de la paix des familles : la recherche de la parenté de cet être ne pourrait que susciter des conflits et des malheurs. La nécessité où s'est trouvé le législateur de déclarer l'action irrecevable montre bien que l'enfant a existé comme tel » (« La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 127.

Comme l'observait M. Alain Sériaux : « A quoi bon débattre en justice de liens déjà défaites par mère Nature » (« *"Infans conceptus..." - Remarques sur un univers juridique en mutation* », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 56).

¹ G. Roujou de Boubée, D. Vigneau, art. précit.

C'est ce que, sémantiquement, tend à laisser croire l'appellation « enfant sans vie », car avant de mourir, l'enfant a été en vie, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle, il s'agit d'un enfant.

² Une fois de plus, l'acceptation de l'existence d'une filiation n'aurait aucun effet pervers. Le défaut de personnalité juridique est acquis, mais aucun texte n'a jamais soumis la filiation à la personnalité. Le droit permet même des reconnaissances prénatales pour le père comme pour la mère : elles furent validées pour une première fois par le TGI de Lille (3 févr. 1987, JCP 1990. II. 21447, note Labbé,) et consacrées par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005 à l'art. 316 du code civil. La circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation en date du 30 juin 2006 (n° NOR : JUS C0620513 C) prévoit en son paragraphe 2.1 que « la reconnaissance prénatale ne produit d'effet que si l'enfant est né vivant et viable, sans qu'il y ait lieu de la réitérer après la naissance ».

L'on sait que toutes ses précautions n'ont d'intérêt que de prouver aux tenants de l'avortement que la reconnaissance d'un statut du fœtus n'aurait aucune incidence sur la loi Veil de 1975. A dire vrai, la reconnaissance d'une personnalité juridique pleine et entière ne remettrait pas plus en cause cette loi. Les vertus de la répétition imposent que l'argument soit à nouveau exposé : la raison pour laquelle une mère peut être amenée à mettre fin à la vie d'un embryon ne réside pas, n'a jamais résidé, et, espérons le, ne résidera jamais, dans la dimension matérielle et extra-humaine du fœtus. Il n'est ni chose, ni objet, pas même entité indéterminée. Il s'agit d'un être humain. Néanmoins, en raison de la détresse de la mère, ou d'un motif thérapeutique, la loi a pris le parti de consacrer un état de nécessité justifiant que l'on puisse porter atteinte à la vie de cet être. Le choix au regard des intérêts en jeu et la prise de position en faveur de la mère ou d'une vie digne d'être vécue, peut certes être discuté, mais ainsi est la loi : *dura lex sed lex*. Cette législation constitue peut être un équilibre précaire mais tel est le lot des lois qui tendent à concilier des intérêts pouvant être fortement divergents : le respect de l'être humain est assuré dès le commencement de la vie sauf lorsque la loi en dispose autrement. La meilleure défense de cet acquis ne passe pas par une attaque à l'égard de toute tentative des juges ou du législateur d'en consacrer le frontispice. Elle nécessite, bien au contraire, d'en comprendre le sens : elle ne légitime que l'exceptionnel.

³ G. Loiseau, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G*, 2008, II, 10045.

mesure où ses auteurs le souhaitent, de le rattacher à une origine »¹. En jugeant ainsi, la Cour de cassation rattache l'enfant au genre dont il ne devrait jamais être séparé, l'humanité. En droit, il existe des « principes communs découlant de la nature humaine de l'enfant, qu'il soit né vivant et viable ou non »². L'article 16 du code civil en est la consécration : l'enfant ne saurait échapper à son régime, né ou pas, viable ou non.

Il est vrai que des zones d'ombre subsistent : Quid des enfants non déclarés ? Quid du désaccord entre parents quant à la déclaration si cette dernière est bien facultative ? Que faire des embryons *in vitro* ? Dès lors, l'ouverture pratiquée par les juges de cassation, bien que suivie par le Gouvernement³, est susceptible d'être à l'origine de nombreuses questions auxquelles la Cour n'entend sans doute pas répondre.

Concrètement, il convient de s'en féliciter car la solution retenue permet à tout enfant mort avant sa naissance d'avoir droit à une sépulture⁴. Sur le plan des idées, la Cour de cassation a simplement fait en sorte « que l'être mort avant de naître puisse être toujours considéré par le droit comme un enfant, dans le respect de la conscience de ceux qui l'ont conçu, sans décompter le temps de son humanité »⁵. Il est difficile de la blâmer, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme semble aller encore plus loin quant au sort réservé à la filiation et « aux funérailles de l'ange »⁶.

416. Cour européenne et état civil de l'enfant mort-né. C'est dans un arrêt « Znamenskaya c/. Russie »⁷ rendu le 2 juin 2005, que la Cour européenne a, pour la première fois, eu à se prononcer sur la question de l'état civil des enfants morts nés. En l'espèce, la requérante perdit son enfant au cours de sa trente-cinquième semaine de grossesse. Son ex-mari, dont elle était divorcée depuis cinq mois, fut inscrit sur l'acte de naissance comme père de l'enfant. Certaine que le véritable père ne pouvait être que son actuel compagnon dont elle partageait la vie depuis déjà trois ans, la mère demanda aux juridictions russes d'admettre la paternité de ce dernier afin de modifier le nom de l'enfant mort-né et l'inscrire officiellement sur tombe. Sa demande se solda par un échec au motif que l'enfant mort-né n'avait pas acquis de

¹ Idem.

² P. Murat, « Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression », *Dr. famille* 1999, comm. 112.

³ V. supra n° 413.

⁴ Il suffisait, comme le faisaient certaines mairies, préfectures et quelques hôpitaux, de ne pas lier droit à une sépulture et acte d'enfant sans vie. La Cour de cassation ne pouvait le décréter.

⁵ G. Loiseau, art. précit.

⁶ Expression empruntée à J.-P. Marguenaud (RTD civ. 2008, p. 257) qu'il a lui-même empruntée à F. Sauvage (*RJPF* 2008, n° 4, p. 13). Ce dernier indique que les « carrés des anges » désignent les zones réservées dans les cimetières à l'inhumation des enfants sans vie

⁷ CEDH 1^{ère} section, 2 juin 2005, « Znamenskaya c/ Russie », JCP G 2005.I. 159, n° 14, obs. F. Sudre ; RTD civ. 2005 p. 737 note J.-P. Marguenaud. Arrêt non disponible en français dans la base de jurisprudence de la Cour.

droits civils. Dans son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que ce refus avait constitué une violation du droit au respect effectif de la vie privée et familiale de la mère, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir fort maladroitement¹ affirmé que la vie familiale de la mère de l'enfant mort-né n'était pas en jeu, la juridiction strasbourgeoise considère que la requérante avait « développé un fort lien avec l'embryon qu'elle avait pratiquement mené à terme et qu'elle avait exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer » ; « l'établissement de la descendance » de l'intéressée touchait assurément sa « vie privée »². Puisque la paternité du concubin n'était pas contestée et qu'il n'y avait aucun intérêt en conflit avec ceux de la requérante, la Cour juge que les autorités nationales en faisant « prévaloir une présomption légale sur une réalité biologique et sociale, sans tenir compte de celle-ci et des souhaits des personnes concernées » ont manqué à leur obligation de « garantir un respect effectif de la vie privée et familiale »³.

Bien que la Cour précise que « l'enfant mort-né ne saurait être considéré comme ayant acquis un droit au respect de sa vie privée et familiale distinct de celui de sa mère »⁴, l'obligation positive, en l'espèce, l'attribution d'une filiation conforme à la réalité inclut l'enfant dans une relation juridique déterminée. Sans personnalité juridique, l'enfant doit pouvoir avoir une filiation, sans quoi, le droit au respect de la vie privée de la mère est violé. L'on ne s'étonnera pas que M. le professeur Marguenaud y ait vu « un aboutissement de la conception symbolique de la personnification qui ne fait d'ailleurs pas obstacle aux développements parallèles de personnifications de pure technique juridique »⁵ de René Demogue⁶.

Intéressante est également la position de la Cour au regard des funérailles d'un enfant mort-né.

¹ F. Sudre, art. précit. : «La cour considère, de manière discutable à notre sens, que la « vie familiale » n'est pas ici en jeu (§ 27), au motif qu'il n'existe pas de lien constitutif d'une vie familiale, d'une part parce que l'enfant est mort-né et d'autre part parce que son père biologique a été séparé de la mère avant la naissance (M.G a été placé en détention en juin 1997) et qu'il est décédé peu de temps après (en décembre 1997). On a, toutefois, connu la cour plus accommodante, lorsqu'un simple lien de filiation, en l'absence de toute relation effective, suffit à établir la « vie familiale »».

² § 27.

³ § 31. La Cour a pris le soin d'affirmer au paragraphe précédant : « *In refusing the applicant's claim, the domestic courts did not refer to any legitimate or convincing reasons for maintaining the status quo* » (en rejetant la demande de la requérante, les juridictions nationales ne se sont fondées sur aucune raison légitime ou convaincante afin de maintenir le *statu quo*).

⁴ § 24 : « *a stillbirth could not be considered to have acquired a right to respect for his private or family life separate from that of his mother* » (l'on ne peut considérer qu'un enfant mort-né a acquis un droit au respect de sa vie privée ou familiale indépendamment de celui de sa mère) .

⁵ J.-P. Marguenaud, art. précit.

⁶ Demogue, et son article à la trimestrielle de droit civil sur « La notion de sujet de droit », sont cités en référence par le professeur Marguenaud.

417. Cour européenne et funérailles de l'enfant mort-né. La juridiction strasbourgeoise a eu, une nouvelle fois, à se prononcer sur le statut de l'enfant mort-né dans une décision « Hadri-Vionnet c/. Suisse »¹ du 14 février 2008.

Alors qu'une jeune femme algérienne était hébergée en Suisse dans un foyer de demandeurs d'asile, elle accoucha d'un enfant mort-né dans sa vingt-septième semaine de développement. En état de choc, elle refusa de voir le corps de son enfant ; quelques jours plus tard, la jeune femme apprenait que celui-ci fut mis en bière et envoyé à la fosse commune après un transport en camionnette de livraison, sans autre cérémonie et hors la présence de sa mère. Elle saisit les juridictions helvétiques d'une plainte pour atteinte à la paix des morts et à son droit à la tenue d'une cérémonie funéraire. Déboutée, elle obtient toutefois l'autorisation que le corps de son enfant soit exhumé l'année suivante et la tenue d'une cérémonie religieuse pour ses obsèques, ce qui fut réalisé deux ans plus tard. La requérante ne renonça pas pour autant à poursuivre les actions engagées devant les juridictions répressives contre les deux agents communaux qui avaient organisé la première et « sordide »² inhumation ; or, le tribunal fédéral considéra que l'infraction d'atteinte à la paix des morts n'était pas constituée.

La mère saisit alors la Cour européenne au motif qu'en transportant la dépouille de son enfant dans une simple camionnette et en la privant du droit d'assister à une cérémonie funéraire, les autorités compétentes ont porté atteinte à sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

En s'appuyant sur sa jurisprudence dans le domaine funéraire³, la Cour estima, assez logiquement, que l'article 8 était applicable à la question de savoir si la requérante était en droit d'assister à l'enterrement de son enfant, éventuellement accompagné d'une cérémonie, et de voir sa dépouille transportée dans un véhicule approprié⁴. Nonobstant l'absence de mauvaise foi des agents communaux responsables de l'organisation des « funérailles » de l'enfant, la Cour considère que « dans un domaine aussi intime et sensible que la gestion du décès d'un proche »⁵, « il appartient aux Etats contractants d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à leur permettre de répondre aux exigences de la Convention »⁶. Il en résulte « qu'il y a eu ingérence dans la jouissance des droits garantis à la requérante par l'article 8 de la Convention, aussi bien s'agissant de l'enterrement de son enfant que du transport de sa

¹ CEDH 5e sect. 14 févr. 2008, « Hadri-Vionnet c/. Suisse », RTD Civ. 2008 p. 257 note J.-P. Marguenaud, D. 2008.1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

² Marguenaud J.-P., art. précit.

³ CEDH « Znamenskaya c/. Russie », préc. ; « Panullo et Forte c/. France », 30 oct. 2001, RTD civ. 2002. 393 ; « Elli Poluhas Dödsbo c/. Suède », 17 janv. 2006, RTD civ. 2006. 260.

⁴ § 52.

⁵ § 56.

⁶ Idem.

dépouille »¹. Restait à savoir si cette ingérence était légitime au regard de l’article 8 alinéa 2 de la Convention. Il s’avère que malgré le règlement de la commune imposant la consultation des proches en matière d’enterrement, la mère ne fut pas informée de l’inhumation. Quant au transport en camionnette de livraison, les juridictions suisses avaient elles-mêmes constaté l’illégalité du procédé. Par conséquent, « les ingérences dans les droits protégés par l’article 8 ne reposaient pas sur une base légale »², partant, « il y a eu violation de l’article 8 de la Convention »³.

M. le professeur Marguenaud observe qu’on « est, désormais, tellement habitués à confronter nos textes et notre jurisprudence internes à la Convention EDH et à la jurisprudence européenne qu’on n’en oublierait presque que les violations les plus graves et les plus nombreuses des droits de l’Homme ne procèdent pas du droit interne pertinent [...] mais de pratiques internes pertinentes nourries de préjugés, d’ignorance et de bêtise »⁴. En outre, l’arrêt contribue à « réparer la malfaçon méthodologique »⁵, de l’arrêt « Znamenskaya ». La Cour se réfère ici au droit à la vie privée et familiale et non plus seulement à la vie privée. Ainsi, en consolidant la situation juridique des enfants sans vie tout en veillant, en d’autres occasions, à l’application des législations autorisant l’interruption volontaire de grossesse⁶, la Cour démontre qu’il « est tout à fait possible d’améliorer le statut des anges sans en revenir au temps des faiseuses d’anges »⁷.

Si droits interne et conventionnel inclinent à construire progressivement un tel statut, il convient alors de démontrer en quoi cette élaboration tend à établir juridiquement l’existence des enfants morts-nés en tant que sujets de droit.

§ 2 – Le reflet d’altérité des fœtus, phénomène de l’existence

418. L’idée qu’un état civil *a minima* puisse être dressé pour constater qu’un enfant a vécu avant de naître constitue indubitablement une preuve de son existence sur la scène du droit qu’autrui révèle par la déclaration. Le droit objectif, dans sa réglementation de l’état des personnes, prend en considération la situation très particulière de ces enfants pour permettre, malgré leur défaut de personnalité juridique, qu’une trace de cette existence soit conservée juridiquement. Au-delà d’une telle manifestation, il convient de vérifier que la théorie du sujet de droit, est à même, au fond, d’établir cette existence, de démontrer comment autrui peut identifier

¹ § 57.

² § 61.

³ § 62.

⁴ J.-P. Marguenaud, art. précit.

⁵ Idem, voir F. Sudre, *JCP G* 2005.I. 159, n° 14.

⁶ CEDH 20 mars 2007, « Tysiac c/. Pologne », *RTD civ.* 2007. 292 note J.P. Marguenaud.

⁷ J.-P. Marguenaud, art. précit.

juridiquement un fœtus (A) : de la manifestation de l'existence (la déclaration), il faut passer à un véritable phénomène d'existence entendu comme ce qui peut être observé ou constaté par l'expérience et qui est susceptible de se répéter ou d'être reproduit et d'acquérir une valeur objective¹. Les interrogations relatives à la répression d'un homicide involontaire sur un enfant à naître pourront ainsi être résolues à l'aune d'un tel phénomène si le reflet d'altérité est susceptible de justifier la répression de celui qui pouvait légitimement s'attendre à ce que le droit objectif vienne protéger la vie d'un fœtus, autrui légitime (B).

A – La déclaration des enfants morts nés à l'épreuve du reflet d'altérité

419. Principe. Le reflet d'altérité tel qu'il a été présenté exige qu'une situation juridique soit appréhendée au regard des attentes et intérêts légitimes de chaque entité de la relation. Si chacun peut légitimement anticiper l'intervention de l'autre sur la scène du droit, alors tous accèdent à l'existence en étant qualifiés sujets de droit. Une telle conception a été infléchie au regard de ceux qui, au sein de la famille humaine, pour une raison ou pour une autre, sont amenés à ne plus être conscients. Dans ce cas, en suivant la théorie leibnizienne de l'identité², il a été soutenu que revenait à autrui la charge de replacer le sujet dans la continuité de son existence. A la différence de l'animal, l'identité personnelle, donc juridique de l'humain est une continuité en raison de son aptitude à être conscient d'autrui. Or, nous semble-t-il, l'aptitude des êtres humains à établir la légitimité des attentes d'autrui et à s'y conformer le sépare du reste des entités : la raison pour laquelle un être humain peut se mettre à la place d'un fœtus c'est car, antérieurement, il y a été³ ! Telle est, en droit, la vertu de l'empathie supposée.

Or, le défaut de conscience ne devrait s'accompagner, en droit, d'une perte de l'existence juridique. Mieux, le droit se doit de recourir à un tiers pour gérer au mieux les intérêts du sujet ainsi dépossédé de sa conscience, peu important d'ailleurs qu'il ne la recouvre jamais⁴. Autrui comme membre primaire de la relation et le tiers, à savoir « toute l'humanité qui nous regarde »⁵ dans les yeux d'autrui, ramènent dans le giron de l'humanité et sur la scène du droit celui qui ne peut prendre conscience de l'altérité.

¹ Dictionnaire Trésor CNRS.

² Voir supra n° 403.

³ Alors qu'il n'a jamais été animal, chose... et qu'il n'est pas amené à le devenir : voir supra n° 396 et s.

⁴ La virtualité du sujet de droit réside dans l'affirmation que tout être humain est ou sera apte à prendre conscience des intérêts légitimes d'autrui, non dans l'aptitude à jouir de tous les droits consacrés par un système juridique comme le fait la personnalité juridique.

⁵ E. Lévinas, *Totalité et Infini*, op. cit., p. 188.

Ce raisonnement s'applique aux déments comme aux infans. Il peut pareillement être mis en œuvre à l'égard des enfants à naître, embryons ou fœtus. S'il est impossible pour l'embryon d'anticiper légitimement le positionnement juridique d'autrui, il reste possible de déterminer son altérité juridique. En tant que membre de l'espèce humaine vouée à faire œuvre de conscience, il n'est pas difficile pour autrui et le tiers¹ de rétablir ses propres anticipations et perceptions. Or, pour être légitime le rétablissement de l'identité par autrui n'a pas à passer par l'intermédiaire de la volonté d'autrui. C'est dans le droit, et dans lui seul, que se trouve un tel positionnement. Comme l'affirmait Demogue², il ne s'agit pas ici de revendiquer un texte le reconnaissant expressément, il suffit que le droit le consacre même de manière implicite.

420. Existence et état civil de l'enfant mort-né. Si l'on s'accorde sur le fait que l'état civil n'est que l'institutionnalisation des preuves de l'existence, l'on peut alors comprendre que la faculté laissée³ aux parents d'un enfant sans vie ne sert qu'à établir la preuve de l'existence de l'enfant et rien d'autre. Il ne leur est pas laissé le choix de dire si l'enfant a ou non existé. On ne leur permet que d'en laisser une trace institutionnelle. Cela signifie-t-il que le droit ignore ces enfants si les parents ne tiennent pas à les déclarer ? Il semble préférable d'opter en faveur de l'idée que le droit, en permettant aux parents de déclarer leurs enfants morts-nés, reconnaît leur existence mais, qu'au regard de la particularité de la survenance de la mort, il préfère laisser libre choix aux parents quant à l'enregistrement de ce trop bref passage. De la même manière, un enfant né et viable mais non déclaré ne disparaît pas de l'ordre juridique. Le fait que des parents ne procèdent pas à la formalité prévue à l'article 55 du code civil ne les exonérerait pas de leur responsabilité si pour achever la fraude, ils venaient à tuer leur enfant. L'identité attribuée par l'état civil ne fait pas l'identification juridique. Sur la scène du droit, l'état civil n'est qu'un moyen pour prouver l'existence, l'état n'est pas synonyme d'existence.

En réalité, l'enfant n'est pas abandonné à la volonté de cette si particulière altérité que sont ses parents. Si chacun⁴ peut légitimement espérer, pour lui, qu'il soit déclaré, chacun peut comprendre que la souffrance inhérente à une grossesse inachevée, et les faibles intérêts juridiques en jeu⁵, justifient que les parents puissent ne pas avoir à déclarer.

L'argument qui emporte réellement la conviction même s'il n'était nullement nécessaire qu'un texte en dispose expressément, réside évidemment dans l'article 16 du code civil. Cette

¹ Qui, rappelons-le, est le vecteur de la justice, voir supra n° 404.

² Voir supra n° 378.

³ A considérer que la faculté reconnue à l'article R. 1112-76 CSP soit consacrée par les juges ou par une éventuelle loi : voir supra n° 414 et s.

⁴ Comme tiers à la relation.

⁵ Sur le plan patrimonial, l'enfant est incapable de succéder et de recevoir une donation : voir supra n° 293.

disposition doit cesser d'être interprétée comme une simple déclaration de principe, donc de façade¹, que la loi du 17 janvier 1975 aurait placée en frontispice pour mieux se donner le courage de l'annihiler en légalisant l'interruption volontaire de grossesse. Il s'agit tout simplement d'un principe. Lorsque l'article L. 2211-1 du code de la santé publique affirme que « Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit : "la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie", l'article L. 2211-2 du même code répond : « (Al. 1^{er}) Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre. (Al. 2nd) L'enseignement de ce principe et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales. L'Etat, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent ».

Au regard de ce texte, il convient pour chaque situation juridique, par le biais du reflet d'altérité, de déterminer si un fœtus dispose d'une anticipation légitime à ce que le droit objectif assure son respect. Puisqu'il ne dispose pas de la personnalité juridique, ce respect n'est pas abstraitement déterminé, il faut, concrètement, déterminer, en rétablissant son identité juridique, si lui, autrui et le tiers² peuvent légitimement s'attendre à ce que le droit lui accorde sa protection. Il ne s'agit pas ici de lui accorder un droit subjectif. Etre sujet de droit ne signifie pas nécessairement être titulaire d'un droit subjectif, être créancier³. Si l'on consent à éliminer cette assimilation fortuite de la problématique, l'on concèdera qu'il convient simplement d'examiner si le droit objectif appréhende le fœtus comme un sujet du droit. Demogue a parfaitement démontré que sans être un droit subjectif, un droit reflet était à même de faire apparaître un sujet de droit. Il suffit que la protection du droit soit assurée par un tiers ayant le choix d'agir en justice pour assurer la protection du droit reflet ; en matière pénale, au regard du principe d'opportunité des poursuites reconnu à l'article 40-1 du code de procédure pénale, tel semble être le rôle du ministère public.

L'ambivalence du terme sujet apparaît alors pour mieux démontrer que le fœtus relève de ce vocable. Si le fœtus est assujéti au droit en ce qu'il le subit, notamment au regard de l'interruption volontaire de grossesse, il en est également le destinataire, peut-être malgré lui dans le cadre de l'interruption médicale de grossesse lorsque, aux termes de l'article L. 2213-1

¹ Ph. Malaurie, « L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) », *D.* 1994 p. 97.

² L'autre de la relation juridique, donc tous ceux qui n'en font pas partie. Donc nous tous.

³ Même s'il est vrai que la confusion est largement répandue : voir notamment, X. Labée, « L'enfant conçu n'est pas créancier d'aliments », *D.* 1999, p. 177.

du code de la santé publique, « il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

Il est pareillement destinataire du droit quand l'article 79-1 du code civil permet son individualisation civile ; il y est assujéti si les parents décident de ne pas procéder à l'enregistrement.

Concernant l'embryon *in vitro*, la double facette du sujet trouve encore à s'appliquer. S'il peut être détruit au bout de cinq ans, on interdit en principe les expérimentations pouvant lui porter atteinte¹.

Reste à savoir si le droit pénal, en tant que droit objectif venant sanctionner les atteintes les plus graves au bien commun, est à même de lui octroyer une protection. Le fœtus est-il une victime potentielle d'un homicide, qu'il soit intentionnel ou non ? La loi affirme que pour être une telle victime, il convient d'être un « autrui ». Au regard de notre théorie, cela semble logique. Le reflet d'altérité implique en effet que l'on puisse replacer son identité dans l'altérité pour exister sur la scène du droit. Au regard du droit positif, tel qu'il se présente dans toutes ses composantes, peut-on légitimement anticiper que le droit sanctionne les atteintes à la vie d'un fœtus ? Bien que l'on ait tendance à prétexter, en la matière, d'un vide juridique, force est de constater que le droit répond expressément et très précisément à cette question.

Puisque la Cour de cassation a érigé la maxime « l'enfant est réputé né vivant et viable dès qu'il en va de son intérêt » en principe du droit², l'on pourrait en déduire qu'il en va de l'intérêt d'un fœtus que toute atteinte à sa vie soit sanctionnée pénalement³.

Néanmoins, il y existe un autre argument justifiant que les atteintes à la vie d'un embryon soient juridiquement sanctionnées.

B - L'assimilation des fœtus à autrui

¹ Voir supra n° 308 et 311.

² Selon Gérard Mémeteau, ce principe signifie que « l'enfant conçu est déjà une personne autonome juridiquement, sans qu'il soit besoin de dissenter sur la condition prétendue résolutoire de naissance vivant et viable, qui ne concerne que la caducité des libéralités mais a été étendue indûment à la détermination du statut de l'enfant avant la naissance » (« L'embryon législatif », *RTD civ.* 1994, p. 355).

³ Contra : M. Alain Sériaux considère que « la fiction romaine formulée par l'adage « *Infans conceptus...* » a rempli et continue encore aujourd'hui de bien remplir la fonction patrimoniale pour laquelle elle a été pensée. Mais dans le débat sur le traitement de l'être même du fœtus ou de l'embryon, elle n'a jamais été vraiment à l'ordre du jour. Les intérêts extra-patrimoniaux de ces « personnes humaines potentielles » se débattent hors de sa sphère d'action naturelle et il ne sert pensons-nous à rien de d'appeler à la rescousse pour défendre la vie humaine dès la conception » (A. Sériaux, « "*Infans conceptus...*" - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 76-77).

421. Le reflet d'altérité permet d'appréhender les embryons, ou fœtus, tels d'authentiques sujets de droit reconnus par le droit positif en expliquant que les incriminations prévues en matière d'interruption illégale de grossesse ne suffisent pas à englober les anticipations légitimes d'autrui (1). Puisque cette approche relationnelle a été critiquée en ce qu'elle soumet le sujet à la volonté d'autrui (2), il reste nécessaire de soutenir qu'autrui doit cesser d'être présenté telle une menace pour le sujet. Ainsi, une esquisse de régime juridique peut-elle être proposée eu égard à la particularité des droits-reflets qui leur sont reconnus dans l'altérité par l'ordonnancement juridique (3).

1 – L'embryon dévoilé par le reflet d'altérité

421-1. Droits objectif, subjectif et altérité. Dans sa dimension objective, le droit régit la vie en société en sanctionnant par la force publique ceux qui y contreviennent. Or, cet ordonnancement consiste à consacrer la légitimité d'intérêts en donnant le plus souvent à des entités la possibilité de saisir un juge afin qu'il tranche un conflit. Ainsi, le droit objectif a pour mission essentielle de consacrer, juridiquement, des intérêts en octroyant à ceux qui les revendiquent une protection efficiente. Néanmoins, conscient qu'aucun intérêt n'est réellement absolu, le droit limite le plus souvent une telle protection au regard, notamment, des intérêts d'autrui. C'est pourquoi, le droit se manifeste généralement sous la forme d'un principe qu'un plus ou moins grand nombre d'exceptions vient nourrir voire affaiblir. Dans la conception héritée de Demogue, l'intérêt ainsi régi permettrait à l'observateur de désigner des titulaires et/ou des assujettis : ce sont les sujets de droit. Cette perspective explique la variété dans la nature des droits ainsi octroyés : du droit subjectif comme intérêt dont la protection peut être demandée en justice par celui qui en jouit, au droit reflet, intérêt juridiquement protégé mais dont le sujet d'exercice reste libre de mettre en œuvre. Si la mesure de la capacité d'exercice du droit détermine sa force, l'existence de l'intérêt juridiquement consacré fait le sujet de droit, quelle que soit l'étendue de son exercice. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'un droit subjectif soit consacré pour qu'un sujet de droit existe.

Or, il est constant que le législateur ne prend pas toujours le soin de désigner les personnes assujetties à ses normes ; le cas des homicides est un exemple flagrant. Il revient alors aux praticiens, aidés par la doctrine, d'effectuer cette attribution.

422. Homicides et victimes : méthode. Concernant la répression des homicides, il a été constaté que le terme « autrui », en droit, n'était pas réellement explicite¹. Néanmoins, pour déterminer les entités protégées par cette incrimination, l'on peut se référer à la seconde dynamique du droit objectif : lorsqu'il ne les consacre pas, le droit régit les intérêts en les frappant de limites, exceptions... Dans cette optique, le droit a été amené à définir, abstraitement, ou concrètement, des situations où les incriminations d'homicide ne s'appliqueraient pas. Il s'agit des causes d'irresponsabilité pénale prévues aux articles 122-1 et suivants du code pénal. Ainsi, pour toute infraction, *a priori*, l'abolition du discernement ou du contrôle des actes en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique, la contrainte, l'autorisation ou le commandement de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense, l'état de nécessité, l'erreur sur le droit ou encore la minorité pour les *infans*, sont à même de justifier la commission d'une infraction. Si ces causes d'irresponsabilité sont prévues abstraitement par le législateur au regard de conditions par lui posées, l'autorisation de la loi est une faculté que se réserve ce même législateur afin de justifier concrètement la commission d'une infraction qui, en toute logique, aurait dû conduire à la répression des faits. Ainsi, le législateur peut envisager expressément des situations permettant à l'auteur d'une infraction de ne pas être retenu dans les liens de la prévention. Tel est le cas de l'avortement. Si jusqu'à la loi du 17 janvier 1975, l'avortement était illégal, depuis, le code de la santé publique prévoit très précisément les circonstances dans lesquelles un tel acte n'est pas susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur et de ses éventuels comparses.

Or, en prévoyant expressément les situations dans lesquelles il est possible de porter atteinte à la vie d'un embryon, le droit consacre clairement l'embryon comme un sujet de droit. En permettant à la mère dans une situation de détresse de décider qu'il soit porté atteinte à la vie de l'enfant qu'elle porte, l'on légifère pour annihiler l'intérêt juridique que l'enfant a à rester en vie. Pendant ce laps de temps, et hors le cas de l'intervention thérapeutique, il est assujéti au droit objectif qui permet à sa mère d'avorter. A dire vrai, s'il n'était un sujet du droit objectif protégeant la vie, l'on ne verrait pas quel serait le but poursuivi par la loi. En limitant le « droit à la vie » d'un embryon pendant les douze premières semaines, on reconnaît que primitivement, il est titulaire de ce droit car, dans le cas contraire, la loi serait inutile. Par conséquent, un sujet de droit pourrait être « repéré » chaque fois que le droit limite voire écarte ses intérêts au profit d'autrui. S'il s'agissait réellement d'une chose, on ne perçoit pas réellement la raison pour laquelle le législateur se devait d'intervenir en prévoyant un si grand nombre de conditions pour

¹ Voir supra n° 320 et s.

que le recours à l'interruption de grossesse soit conforme à la loi. S'il est une chose, et que sa mère détient un droit de propriété, au sens de l'article 544 du code civil, elle peut en disposer, donc le détruire sauf à causer de manière fautive et causale un préjudice à autrui ou un trouble anormal du voisinage.

Le raisonnement selon lequel la disparition de la protection juridique de la vie ne fait pas disparaître le sujet de droit peut être aisément transposé dans d'autres domaines. Le fait de tuer en situation de légitime défense, de soi ou d'autrui¹, un agresseur ne retire pas à ce dernier sa qualité de sujet de droit. L'auteur de l'agression injuste demeure une personne juridique bien que le droit permette de porter atteinte à sa vie. Des situations identiques peuvent se retrouver en matière d'état de nécessité, de contrainte, d'autorisation de la loi².

Le bon sens se doit ici de guider le raisonnement : si la vie de l'embryon n'était pas protégée par le droit, il serait très difficile de justifier une intervention législative pour qu'on puisse y porter atteinte. La logique commande d'en inférer une protection et une qualité de sujet. Si l'on ne se trouve pas dans les conditions prévues par la loi Veil, l'on ne peut porter atteinte à la vie d'un fœtus : c'est ce que rappelait l'article 1^{er} de la loi repris à l'article 16 du code civil et à l'article L. 2211-1 du code de la santé publique. Une interruption de grossesse postérieure à la douzième semaine et non justifiée par une cause médicale est illégale. Quel est alors l'intérêt juridiquement protégé si ce n'est celui de l'enfant à naître ? Pour dénier au fœtus la qualité de sujet de droit, il faut en effet expliquer au nom de quel intérêt, le droit interdit à une femme enceinte d'avorter au-delà de la période légale de douze semaines et sans motif thérapeutique. L'on ne peut que concéder que l'intérêt essentiel en jeu et pris en compte par le droit est celui de l'enfant porté³.

Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le non respect du code de la santé publique soit pénalement sanctionné. De la sorte, le droit protège bel et bien la vie de l'embryon en dehors des exceptions par lui posées : aussi faut-il déterminer les sanctions auxquelles s'exposent les contrevenants.

¹ Et non des biens, sauf à démontrer qu'il s'agit non d'un homicide volontaire mais de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner : article 122-5 alinéa 2 du code pénal.

² L'on pense notamment au décret du 20 mai 1903 sur la gendarmerie et à l'article 73 du code de procédure pénale qui font désormais l'objet, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une réception prétorienne particulièrement stricte : voir notamment Crim. 18 févr. 2003 (Bull. crim. n°41 ; D. 2003. 1317, note Defferrard et Durtette ; Dr. pénal 2003, comm. 57, obs. Véron ; Gaz. Pal. 2003. 1062, note Y. Monnet ; RSC 2003. 387, obs. Buisson, 559, obs. Mayaud, et 565, obs. Delmas Saint-Hilaire) et pour les particuliers, Crim. 13 avr. 2005 (Bull. crim. n°131 ; D. 2005. IR. 1378 ; JCP 2005. I. 161, obs. Maron ; Dr. pénal 2005. Comm. 117, obs. Maron) et Crim. 28 mars 2006 (Bull. crim. n°88, D. 2006. 2721, obs. Chavent-Leclerc ; AJ pénal 2006. 371).

³ Et non celui du père à être père puisqu'il n'est jamais prévu qu'il ait, en la matière, un quelconque mot à dire. Quant à l'intérêt de l'Etat à ce que des enfants naissent, il semble fort virtuel. Seul peut être mis en exergue le fait qu'au-delà de douze semaines existe un risque pour la santé de la mère.

423. La détermination de la sanction : *ratio legis*. Si le législateur, en légalisant l'avortement a conservé un volet répressif, encore convient-il de déterminer la *ratio legis* de chaque incrimination pour déterminer la nature de l'intérêt légitime protégé. S'il apparaît que l'intérêt de l'enfant à naître n'est pas le but poursuivi par ces incriminations spéciales, alors il conviendra de déceler dans les autres dispositions pénales une protection efficiente du principe de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie rappelé à l'article 16 du code civil.

Il est constant que ne pas pratiquer une interruption de grossesse dans les conditions fixées par la loi constitue une infraction. Ainsi le fait d'interrompre intentionnellement la grossesse d'une femme sans son consentement est puni, par l'article 223-10 du code pénal, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. L'article L2222-2 du code de la santé publique prévoit, quant à lui que l'interruption « de la grossesse d'autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle n'est pas pratiquée, dans le délai légal, par un médecin, ou encore dans un hôpital non habilité. En outre, cette « infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement » et sa tentative est réprimée. L'article L. 2222-3 prévoit quant à lui que « le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende ». Enfin l'article L. 2222-4 dispose : « Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ». Il est en outre prévu que la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte.

A la question de savoir si un individu peut être coupable d'une infraction s'il interrompt la grossesse d'une femme enceinte, le droit répond que s'il s'agit d'un avortement, réalisé dans les conditions légales, nul ne saurait être poursuivi. Néanmoins, si une telle intervention est pratiquée sans le consentement de la mère, l'article 223-10 repris à l'article L. 2222-1 du code de la santé publique sanctionne l'auteur d'un tel geste. Il ne s'agit pas de l'incrimination d'une violence volontaire destinée à porter atteinte à la vie de l'enfant porté. Les travaux parlementaires ont mis en perspective que l'objectif poursuivi était de protéger le consentement de la femme. Dans l'esprit du législateur, il s'agissait principalement des mineures auxquelles les parents imposeraient une interruption de grossesse contre leur gré¹. Le délit est donc destiné à imposer aux médecins le respect de la prescription de la loi du 31 décembre 1979 selon laquelle le

¹ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial : Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, 2006, n° 308, p. 347 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial, droit commun, droit des affaires*, Cujas, 4^{ème} éd., 2007, n° 34 p. 56-57.

consentement des mineures doit être recueilli par le médecin hors de la présence des parents, exigence jusqu'alors non sanctionnée et que l'article L. 2212-7 du code de la santé publique, tel que modifié par la loi du 4 juillet 2001, reprend à son compte¹.

Le délit devrait pareillement être retenu si un avortement était pratiqué sur une majeure incapable contre sa volonté ou sans qu'elle en soit consciente, n'ayant pas compris le véritable but des traitements ou opérations pratiquées sur elle. Ce nouveau texte vient conforter la position de ceux qui estiment que l'on ne peut pas imposer une interruption de grossesse à une majeure incapable, même pour des motifs thérapeutiques². On peut enfin penser à l'hypothèse d'une femme subissant une intervention chirurgicale pour une autre cause et dont le chirurgien interromprait la grossesse sans lui demander son accord³.

Les autres infractions prévues dans le code de la santé publique n'ont pour simple objectif que de s'assurer du respect des conditions légales du recours à l'avortement. Le but poursuivi par ces incriminations réside donc dans la volonté de garantir une intervention conforme aux exigences sanitaires.

Dès lors que se passe-t-il lorsque l'intention n'est pas de favoriser l'avortement d'une femme, ou s'il ne s'agit pas d'un médecin ayant intentionnellement provoqué l'avortement sans recueillir le consentement de la mère et hors tout motif médical ? Selon la Cour de cassation, qu'il y ait intention ou pas, l'auteur serait dans une situation où la mort provoquée d'un enfant à naître ne serait pas pénalement sanctionnée. Quelles sont les anticipations légitimes de chaque protagoniste ?

424. Anticipations légitimes. Si en tant que tiers, l'humanité se met à la place de l'embryon, quelle anticipation légitime est-elle en droit de former sur le fondement de ce droit objectif ? Chacun comprendra, qu'en droit, au regard des intérêts de la mère, l'embryon est placé,

¹ Il est acquis que cette infraction est intentionnelle, elle n'est donc pas à même de recouvrir toutes les atteintes portées à la vie de l'enfant porté. Il convient en outre de déterminer les individus susceptibles de commettre une telle infraction. Il est, à ce titre, intéressant d'observer que l'incrimination se situe à la fois dans le code pénal et dans le code de la santé publique. De plus, l'article 223-19 prévoit, qu'à titre de peine complémentaire, l'auteur d'une interruption de grossesse sans le consentement de la mère peut être interdit d'exercer une activité médicale ou paramédicale. Il convient dès lors de rétablir cette incrimination dans sa logique : il s'agit d'une infraction prévenant un professionnel de santé d'interrompre la grossesse d'une femme sans qu'elle n'y ait préalablement consenti. L'intérêt ici protégé constitue sans nul doute ce consentement ; l'homme de l'art médical doit s'assurer de son existence. Cette infraction doit-elle s'appliquer à toute personne tuant intentionnellement le fœtus en dehors d'un avortement, qui, par chance, ne tuerait pas la mère ? Nous ne le croyons pas, car la *ratio legis* de ce texte impose de circonscrire son domaine aux seules professions médicales et paramédicales.

² J. Hauser, « La protection de la personne de l'incapable », *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 233 ; G. Mémeteau, « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RDSS* 1983.525 ; TGI Poitiers, 11 juin 1982, cité par G. Mémeteau, *Droit médical*, 1985, Litec, p. 405 ; Fossier et Maréchaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'aide médicale », *RDSS* 1991.1.

³ V. M.-L. Rassat, op. cit. et loc. cit. Pour M. le professeur Conte, le champ de l'incrimination apparaît alors « rocambolesque » (Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007, n° 213, p. 118).

pendant les douze premières semaines, dans une situation précaire où la détresse de sa génitrice peut justifier que l'on porte atteinte à sa vie. Au-delà, et hors le cas de l'interruption thérapeutique, l'on sait que la loi interdit toute interruption volontaire de grossesse. Si l'intérêt de l'enfant à vivre est bien protégé par le droit, alors toute atteinte illégale devrait être sanctionnée au moyen des infractions sanctionnant les atteintes à la vie humaine. Chacun est ici à même de retenir du droit positif que, hors les cas où la loi le permet, il est interdit de porter atteinte à la vie d'un fœtus, le respect de l'être humain étant garanti dès le commencement de sa vie. Tout justiciable est alors capable d'en déduire qu'une atteinte injustifiée à la vie d'un sujet de droit est sanctionnée par les incriminations d'homicide. Conformément à l'étymologie, il s'agit bien d'un humain qui est tué. Il est difficile de trouver une infraction correspondant mieux aux attentes légitimes de chacun sauf à démontrer que seules les prescriptions du code de la santé publique n'ont pas été respectées. Lorsque l'intérêt de la mère ne diverge pas, c'est-à-dire, lorsqu'elle compte mener sa grossesse à terme, il n'y aucune raison pour que le droit ne vienne pas sanctionner l'atteinte à cette vie.

En outre, le chapitrage du code pénal est lui-même un assez bon indice. L'on peut en effet soutenir qu'en se référant à la personne humaine, le code tend à vouloir appréhender l'homme, non dans sa dimension juridique, mais dans sa dimension réelle. Le concept de sujet de droit est alors la clef permettant à la personne humaine de parvenir à une telle protection.

Le droit positif démontre que la personnalité juridique est un donné, non un acquis. Chaque système juridique détermine les entités auxquelles il l'octroie. *Nominor, ergo sum* rappelait Claude Lombois¹. Si les personnes morales en sont dotées, un embryon et un mort ne détiennent pas cette qualité. Autrefois, tel était le cas des esclaves. Le concept de sujet de droit dépasse ce donné pour sourdre de l'ordre juridique les destinataires circonstanciés d'une norme. Ces destinataires n'ont dès lors pas de capacité à jouir, de manière virtuelle, de l'intégralité des droits offerts. Néanmoins, au regard d'une relation juridique, un centre d'intérêts juridiquement protégé et rattaché à l'espèce humaine, peut émaner de l'ordonnancement afin de prétendre à une protection minimale. Cette identité juridique s'inscrit dans une relation. Dans ce rapport à autrui, apparaît alors le sujet de droit circonstancié. Le fœtus est indubitablement un tel sujet de droit. Au-delà de l'ordre juridique partiel qui lui est consacré, c'est bien à l'égard d'autrui que son existence se détermine. Qu'on le relie à sa mère, son père, à l'Etat à travers, notamment, l'état civil, au médecin, et au reste de l'humanité puisque la loi commande de respecter l'humain dès le début de sa vie, il est l'autre d'autrui.

¹ C. Lombois, « Un crime international en droit français, l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Mélanges A. Vitu* : Cujas 1989, p. 374.

Autrui rétablit ainsi l'être dans la continuité de son existence car « l'enfant conçu a un statut uniforme tout au long de la grossesse : il le doit à sa qualité de sujet de droit, évidemment toujours égale à elle-même »¹. Si l'humanité est bien unité, alors rien n'explique en quoi un événement aussi fortuit que la naissance permet à l'humain de passer du stade de chose à celui de personne juridique, voire pire, du néant à la personne².

425. Quid des embryons *in vitro* ? A la lumière de la théorie du sujet de droit comme manifestation juridique de l'altérité, que dire du statut des embryons *in vitro* ? Leur situation est particulièrement précaire. Le Conseil constitutionnel a consacré et légitimé une telle défaveur en les extirpant du champ de l'article 16 du code civil. Le fait que, outre leur destruction au bout de cinq ans en cas d'abandon du projet parental, on puisse, certes par exception, faire des recherches leur portant atteinte ne plaide guère en faveur d'un statut de sujet de droit. A tout le moins, en tant que sujet, ils sont surtout assujettis au droit et laissés, dans une large mesure, à la volonté d'autrui. Il serait sans doute spécieux, cette fois-ci, de vouloir en tirer l'argument selon lequel l'intérêt à leur endroit les fait accéder à la scène du droit. Or, appartenant à l'humanité et disposant de l'intégralité du matériel génétique en tant que produit de deux gamètes différenciés, ils sont des êtres humains. Si la main, le cheveu, le sang, le cœur ne font pas l'homme, l'embryon est l'humain, non dans sa potentialité, mais dans sa complétude physiologique. Toutefois, ses intérêts légitimes sont réduits à une peau de chagrin.

Dans la dimension de la procréation médicalement assistée, l'embryon *in vitro* surnuméraire est destiné à un avenir incertain mais probablement malheureux. Au regard de la difficulté technique, la production d'une pluralité d'embryons se comprend. Leur précarité s'explique par un projet parental difficilement réalisable et une science incertaine. Les rapports ont été appréciés : une fois de plus les intérêts de la mère, et cette fois-ci, du père, l'emportent. *Ita est.*

Reste le lien de droit avec ses géniteurs que le législateur tend à renforcer : « La principale nouveauté de la loi du 6 août 2004 réside dans la volonté de maintenir un lien juridique entre les surnuméraires et les personnes, même après l'extinction du projet parental. Il s'agit d'éviter de traiter ces surnuméraires-là comme de simples produits du corps humain,

¹ R. Théry, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231, n° 12. Lors des travaux préparatoires du code civil, Chabot déclarait qu'il suffit que l'enfant soit conçu pour être habile à succéder, « parce que l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception et qu'il est réputé né lorsqu'il y va de son intérêt » (cité in Baudry-Lacantinerie, VI, p. 137).

² Dans la même logique, il est difficile de justifier qu'à la fin de sa vie, l'humain devienne chose : v. infra n° 429 et s. .

véritable *res derelictae* vouées à l'instrumentalisation »¹. Les membres du couple auront ainsi à choisir parmi les trois options ouvertes par la loi : l'accueil de leurs embryons par un autre couple ; la recherche sur les embryons dans les conditions de l'article 2151-5 du code de la santé publique ; l'arrêt de la conservation des embryons². L'embryon est alors soumis à la volonté d'autrui mais au prix d'une intégration dans un lien de droit l'extirpant de la réification. L'acquis est paradoxal ; il est cependant certain : assujettis à autrui par le droit, les embryons surnuméraires sont des sujets de droit³.

Leur dimension thérapeutique en ce qu'ils peuvent avoir comme finalité de soigner un grand-frère ou une grande sœur⁴ participe également d'une consécration juridique de soumission à autrui : « La destruction d'embryons sains, mais non compatibles avec l'enfant malade, n'obéit ici encore à aucune nécessité médicale. Seule la sélection du bébé médicament trouve sa justification dans la nécessité thérapeutique d'autrui »⁵.

Dans la dynamique scientifique de la recherche, le pari semble très risqué. Si les cellules embryonnaires représentent un champ d'étude, à n'en pas douter, florissant, l'avenir semble s'orienter vers des expérimentations sur des cellules adultes aux potentialités identiques. Au final si le choix en faveur de l'intérêt des parents arrive à se comprendre au regard du désir d'enfant, bien que celui-ci tende inexorablement, vers le droit à l'enfant, du côté scientifique, l'histoire sera ici seul juge. Ce que le législateur tolère aujourd'hui et qui, très prochainement⁶, ne

¹ P. Egéa, « La condition fœtale entre procréation et embryologie », *RDSS* 2005 p. 232. Il ajoute : « C'est donc de la volonté (ou de l'absence de volonté) des membres du couple que dépend le sort des surnuméraires. Le personnalisme invite à tisser des liens entre les personnes et ces êtres sans projet afin de nuancer, sinon d'éviter, une réification pourtant présente à travers la destruction ».

² Voir supra n° 311.

³ M. le professeur Galloux s'interroge alors : « Dans ces conditions pourquoi interdire le transfert *post mortem* ? » (« La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique », *D.* 2004, p. 2379). Le schéma exigeant le couple reste difficile à expliquer. Le pessimisme à l'égard d'autrui (voir supra n° 425) est ici consacré par le législateur : à croire que la volonté d'un seul ne saurait être favorable à un embryon.

⁴ Voir supra n° 427.

⁵ P. Hennion-Jacquet, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007 p. 1038 ; L. Boltanski, (*La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, coll. Essais, 2004) utilise l'expression : « DPI thérapeutique pour autrui ». Le professeur Egéa affirme ainsi : « le projet parental ne relève plus exclusivement de l'ordre des fins. La naissance d'un enfant est aussi un moyen thérapeutique pour autrui » (*RDSS* 2005 p. 232).

⁶ C'est ainsi qu'en novembre 2007 l'on apprit que deux équipes indépendantes à Kyoto (Japon) et à Madison (Etats-Unis) sont parvenues à créer des cellules pluripotentes humaines similaires aux cellules souches embryonnaires sans passer par le clonage d'un embryon. Les chercheurs ont, en effet, réussi à reprogrammer des cellules adultes et différenciées de la peau en cellules souches grâce à l'introduction de quatre gènes codant. Ce qui outre le problème éthique lié au clonage thérapeutique éludera, à terme, le problème lié au rejet de greffe (voir *Le Monde* du 21 novembre 2007, entretien avec John de Vos). Découverte rendue possible par les études antérieures sur les cellules souches embryonnaires...

présentera plus d'utilité, aura eu le net inconvénient d'exposer des embryons, des êtres humains, à un statut indigne de leur humanité¹.

Ils sont certes sujets de droit, mais fort précaires : assujettis au droit, à autrui et à des intérêts qui les dépassent. La compensation est, ici, plus que maigre.

Avant d'appréhender le régime juridique pouvant être attribué à ces sujets de droit, il convient de se pencher sur les critiques traditionnellement émises à l'encontre de la théorie relationnelle.

2 – Les critiques de l'approche relationnelle

426. La soumission à autrui. M. le professeur Mémeteau fut un des premiers à critiquer le recours à la théorie relationnelle pour justifier que l'embryon puisse bénéficier du droit objectif, et ce en raison de l'éventuelle dérive de cette soumission : « autrui, condition de non-destruction, par avortement ou destruction de l'embryon congelé, ce qui est sous la dépendance de la volonté de la mère (avortement), ou du couple parental, ou du milieu scientifique (destruction de l'embryon congelé), du maintien de ce que Testart et d'autres appellent le projet parental »². Il ajoute : « C'est pourquoi nous comprenons mal MM. Atias³ et X. Dijon⁴ lorsqu'ils estiment inutile soit la revendication des droits de l'embryon soit la possible recherche d'un droit pour cette personne en pensant que le droit suppose la relation et que l'embryon ou le fœtus n'est pas inclus dans une situation de relation. Il y a dès le départ une relation avec au moins la mère, relation d'appropriation si ce n'est pas une personne, relation de conflits d'existence ou de qualité de vie si c'est une personne. Et l'on voit l'importance de la condition dont il s'agit. Si l'on est en présence d'une personne, son existence juridique et corporelle est remise entre les mains d'autrui. Ce qui ensuite, par la logique du pouvoir sur autrui, va autoriser les fabrications et commerces de l'enfant (*a fortiori*). Le Comité consultatif national d'éthique, en décembre 1986, y a été sensible »⁵. Cette vision est partagée par Mme Bertrand-Mirkovic : « si la relation qui fait passer

¹ Qu'on y songe : fabrication *in vitro*, congélation éventuelle pendant cinq ans avec, à la clef, destruction ou expérimentation. Ramené à la chère personnalité juridique, le statut fait froid dans le dos.

Il est évident qu'une critique identique pourrait être adressée aux futurs parents acceptant que l'on congèle leurs embryons, et qui, à terme, pourraient concéder qu'on les détruise. Qu'il soit permis de comprendre leurs intérêts et leurs désirs à devenir parents, quitte à sacrifier à la méthode scientifique actuelle.

² G. Mémeteau, « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD Civ.* 1990, p. 611.

³ Ch. Atias, *Les personnes, les incapacités*, PUF, coll. Droit fondamental, 1985, n° 20.

⁴ X. Dijon, « Le normal et l'absolu en génétique humaine », *Jus medicum*, IX, 49.

⁵ Idem.

à l’état de personne est la reconnaissance par autrui (le projet parental), l’apparition de la personne est subjective et arbitraire, puisqu’elle dépend de la volonté d’autrui »¹.

L’ensemble de ces critiques se présente comme une crainte à l’endroit de l’autre, une resucée du malheureux aphorisme sartrien « l’enfer c’est les autres »². Certes, autrui peut vouloir nuire. Pire, le droit peut même valider la légitimité d’une telle nuisance. L’élimination des embryons de moins de douze semaines et la destruction des embryons surnuméraires au bout de cinq ans en témoignent. Les parents peuvent préférer ne pas déclarer l’enfant mort-né. Or, ce ne sont que des choix de politique législative. Lorsque le droit permet à autrui de nuire à un fœtus, il met certes ce dernier dans une situation inconfortable. La compensation réside dans le fait qu’en admettant ce pouvoir d’autrui dans la relation, le législateur établit un lien de droit. Le lien est déséquilibré et l’on pourrait sans doute, à juste titre, vouloir parfois le réajuster. Il n’en demeure pas moins que, ce faisant, l’ordre juridique identifie le second terme de l’équation, celui qui est assujéti au droit, le sujet de droit. Si ce sujet de droit s’induit d’une relation malheureuse, on peut être amené à le déplorer. Néanmoins, par là-même, on reconnaît que l’autre d’autrui existe puisqu’il est dans la relation, indépendamment de la volonté³. La qualité de sujet de droit doit alors être retenue puisqu’elle est susceptible de justifier que celui qui porte atteinte au fœtus, cette fois-ci en dehors du cadre légitimé par la loi, soit comptable de ses actes devant les juridictions répressives. Faible consolation, mais consolation tout de même.

¹ A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2003, p. 195

² L’aphorisme n’est pas malheureux, sa compréhension (ou plutôt son incompréhension) fut réellement dramatique. Sartre s’explique : « J’ai voulu dire « l’enfer c’est les autres ». Mais « l’enfer c’est les autres » a été toujours mal compris. On a cru que je voulais dire par là que nos rapports avec les autres étaient toujours empoisonnés, que c’était toujours des rapports infernaux. Or, c’est tout autre chose que je veux dire. Je veux dire que si les rapports avec autrui sont tordus, viciés, alors l’autre ne peut être que l’enfer. Pourquoi ? Parce que les autres sont, au fond, ce qu’il y a de plus important en nous-mêmes, pour notre propre connaissance de nous-mêmes. Quand nous pensons sur nous, quand nous essayons de nous connaître, au fond nous usons des connaissances que les autres ont déjà sur nous, nous nous jugeons avec les moyens que les autres ont, nous ont donné, de nous juger. Quoi que je dise sur moi, toujours le jugement d’autrui entre dedans. Quoi que je sente de moi, le jugement d’autrui entre dedans. Ce qui veut dire que, si mes rapports sont mauvais, je me mets dans la totale dépendance d’autrui et alors, en effet, je suis en enfer. Et il existe une quantité de gens dans le monde qui sont en enfer parce qu’ils dépendent trop du jugement d’autrui. Mais cela ne veut nullement dire qu’on ne puisse avoir d’autres rapports avec les autres, ça marque simplement l’importance capitale de tous les autres pour chacun de nous » (Commentaire oral de la pièce *Huis-clos*, par J.-P. Sartre, CD audio, Gallimard 2004).

³ « Si la volonté est à-même de définir les autres (les nationaux, par exemple), et ceux qui sont encore plus différents (les étrangers, par exemple), « ces « autres » que l’on perçoit ou que l’on désigne comme « plus différents » sont, quoi que l’on fasse, des « autrui » dont on doit tenir compte et auxquels on doit reconnaître un minimum de droits... ». En effet, « le pouvoir de la volonté sur la définition juridique de l’altérité est nécessairement limité par un but de cohésion sociale minimale. L’individu ne peut pas toujours prendre en considération l’altérité « naturelle » pour exclure, alors que par ailleurs il doit en tenir compte pour la respecter, pour maintenir une distance nécessaire : [...] il doit [...] respecter la distance entre lui et l’autre lorsqu’il s’agit, par exemple d’écouter sa parole, ou de le reconnaître comme individu, de le nommer » (M.-L. Mathieu-Izorche, « L’altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 66, n° 22 et p. 72, n° 38). Cette parole doit être entendue fût-elle un « cri silencieux » (Ch. Atias, « La situation juridique de l’enfant conçu », *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 132).

427. Remise en cause en faveur de l'individu. Fut également critiqué le fait que l'on puisse entrer en relation sans définition d'un statut au préalable. Certains auteurs rejettent ainsi l'idée que la relation puisse être antérieure à la qualité. Le primat, dans la sphère juridique, serait l'essence et non l'existence. M. Andorno observe ainsi : « définir la personne comme être orienté et ouvert aux autres, suppose de prendre partie pour le tout. En vérité l'aspect relationnel n'est possible que dans la mesure où il y a un sujet derrière la relation »¹. Mme Bertrand-Mirkovic est du même avis lorsqu'elle soutient que « s'il est exact que la relation nécessite un sujet qui lui préexiste, ce sujet ne peut être qu'une personne, sinon il ne pourrait entrer en relation »² ; en effet, « il ne faut pas confondre l'existence et l'activité de la personne [...]. Pour agir il faut déjà être, et pour intervenir dans une relation personnelle il faut déjà être une personne. Si des individus peuvent entrer en relation, c'est parce qu'ils sont des personnes et si les êtres humains sont les seuls à pouvoir entretenir des relations, c'est parce qu'ils appartiennent à une nature capable de relation »³. Remarquons qu'il s'agit ici d'une confusion entre le signifiant et le signifié, entre l'étant et l'existant. Dans la perspective juridique, nul ne nie qu'avant la relation juridique les individus sont. La dynamique relationnelle tend juste à faire des individus des sujets de droit : en raison de la relation juridique, ils existent juridiquement, ils sont identifiés. En outre, la relation qu'il convient ici de prendre en considération n'est pas la relation sociale, il s'agit de la relation juridique, celle qui lie par le droit des entités. Ce lien n'est en rien dépendant de la capacité réelle à entrer en relation sociale. A dire vrai Mme Bertrand-Mirkovic et M. Andorno poursuivent l'objectif de démontrer que le droit ne saurait réduire l'irréductible : la personne. En tant que donnée naturelle, le droit n'aurait ni à la découvrir, ni à la construire. La personne serait ainsi une réalité que le droit ne saurait nier et que la dignité révélerait. D'où l'impossibilité de l'abandonner à autrui.

C'est à notre avis nier que le droit n'est pas un acquis mais bien un construit et que même la personne humaine ne peut intervenir sur la scène du droit que par le truchement d'un masque. Certes le droit, dans sa perspective humaniste, tend à appréhender la nature dans sa réalité sans trop l'altérer. Néanmoins, à vouloir assimiler la personne à l'individu, à l'être comme une finalité, l'on risque de basculer dans l'individualisme le plus complet, le nominalisme, et à abandonner toute idée de légitimité. L'on obère également que la mort civile, le statut des

¹ R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, thèse Paris XII, LGDJ, 1996, p. 44.

² A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, PUAM 2003, p. 195.

³ Idem.

esclaves ont bien été créés par le droit¹. Leur appartenance à l’espèce humaine était indéniable, leur existence juridique était déniée. La volonté jurisprudentielle de voir dans l’embryon un néant participe de ce même mouvement. Aucun juge de la Cour de cassation ne niera que les embryons existent réellement : sur la scène du droit, ils n’existent cependant pas en dehors du rôle d’objet que le législateur leur confèrerait.

L’humanité ne transcende malheureusement pas la sphère juridique sans vecteur technique. Cette croyance est un travers que pointait déjà du doigt Demogue en 1909². Il s’agit, ici, de ne pas confondre idée-force et technique. Si la volonté de faire de la personne humaine la fin du droit est louable³, il convient, néanmoins, d’expliquer quel support cette dernière emprunte pour accéder au monde du droit car l’ordre juridique est technique. Il s’agit à n’en pas douter d’une technique finalisée et l’on ne peut qu’appeler de ses vœux une construction juridique dont la nature, la réalité, seraient une source d’inspiration continue. La prise en considération croissante de la personne humaine constitue sans doute un indice de cette construction basée sur la réalité. Cela n’occulte pas le fait que pour les interpréter, les juges s’aident de concepts permettant de découvrir l’existence juridique. Il ne suffit pas de dire que la personne humaine « est » pour que le droit en fasse un sujet du droit. Il convient d’analyser en quoi le droit, en l’enserrant dans une relation, en fait son destinataire. Car le droit peut reconnaître que la personne humaine, dès sa conception, est un sujet de droit. Si aucune norme par la suite édictée n’attribue de droit à la personne humaine, ou à la personne dès la conception⁴, la reconnaissance de la personne humaine comme sujet de droit est ineffective, elle ne serait que pur symbole.

Pour résoudre la problématique liée à l’inclusion des fœtus dans des prévisions juridiques, Mme Bertrand-Mirkovic présente alors la méthode suivante : « Lorsqu’un texte se déclare applicable à la personne, il faut donc déterminer s’il s’agit bien de la personne humaine, être concret, sans restriction et non pas seulement du sujet de droit »⁵. Or, « il n’est pas du ressort du

¹ Comme l’observe Gérard Mémeteau, « si l’on accepte l’idée qu’un Etat puisse dire aujourd’hui que l’embryon est un être humain sujet de droit, on accepte qu’un autre Etat puisse dire demain qu’il ne l’est plus, et inversement » : « L’embryon législatif », *RTD civ.* 1994, p. 355.

² Voir supra n° 369.

³ Mais sans doute erronée, la fin du droit, est la détermination du juste rapport entre les hommes, non l’homme.

⁴ L’on peut, en effet, imaginer un ordre juridique reconnaissant une personnalité aussi large et décrivant l’homicide comme une atteinte à la vie d’un individu né, ou encore consacrant un droit fondamental à la vie dès lors que la viabilité de la personne née serait démontrée. Pour être clair, nous reprochons à une telle conceptualisation d’avoir, au nom des fins, obscurci la technique : cela brouille les lignes de partage entre une justice voulue idéale et le droit tel qu’il se présente. Si la volonté d’améliorer le droit est un objectif plus que louable, il convient de le faire avec des moyens juridiques, des concepts techniques sans quoi le droit perd de sa dimension systémique. L’on abandonne alors la sécurité qui lui est inhérente : en se refusant à voir en l’autre le prisme d’une telle revendication, l’on se prive de la légitimité. Car rien n’est légitime en soi sur le terrain du droit sauf à démontrer que la personne est la fin du droit. Or, si le droit est élaboré par les hommes pour les hommes, la fin du droit (et non plus le destinataire) est de déterminer le juste rapport entre les hommes.

⁵ A. Bertrand-Mirkovic, op. cit. p. 411.

droit de définir la personne humaine, il ne peut que constater ce qu'elle est et, faute de critère satisfaisant permettant de faire une distinction, il doit considérer tout être humain comme une personne humaine. Il n'est donc pas de la compétence du juge de décider qu'un texte, qui ne contient aucune indication en ce sens, ne concerne que les seuls individus nés »¹. A dire vrai, si nous sommes entièrement d'accord avec la conclusion à laquelle parvient l'auteur, l'inclusion du fœtus dans les normes visant la simple personne humaine, nous ne pouvons partager la méthode permettant d'y accéder. L'embryon n'est pas protégé par un texte visant la personne humaine au motif que le juge ne peut faire de distinction entre personnalité juridique et personne concrète. En réalité, une telle disposition fait de toute personne humaine un sujet du droit ainsi consacré puisqu'elle est la destinataire de la règle, celle dont les intérêts sont protégés. Si l'on considère, comme le fait Mme Bertrand-Mirkovic, que l'être humain est la personne humaine, il suffit pour rendre le texte applicable à l'embryon de justifier le raisonnement suivant : la personne humaine est le sujet du droit ainsi consacré ; l'embryon est une personne humaine car il est un être humain ; donc en tant que sujet de droit, l'embryon est protégé par le texte. Or, pour ce faire, l'être humain doit être légitimement anticipé par autrui comme le sujet de droit, ici, la personne humaine : l'idée doit être non seulement rationnelle mais raisonnable. L'argument est consolidé dans la mesure où le droit, notamment à travers l'article 16 du code civil, inculque une telle anticipation, ce qui la rend légitime².

Il est aisé de constater, qu'ici, la différence d'appréciation tient au fait que l'on assimile souvent personnalité juridique et sujet de droit sans se soucier de la légitimité du postulat. Or le sujet de droit n'est que l'entité visée par le droit qui se révèle dans l'anticipation légitime d'autrui. Elle recoupe souvent la personnalité juridique en tant que manifestation de l'homme agissant sur le terrain du commerce juridique. Toutefois, la personnalité n'est pas à même de recouvrir toutes les orientations de l'ordre juridique. Sans octroyer la personnalité, le droit se réfère souvent à l'humain comme destinataire de sa protection, indépendamment de sa capacité à agir. En tant que simple existant, lié aux autres par le droit, il est sujet de ce droit.

¹ Idem.

² Qu'on le veuille ou non, répondre à la question « qui est une personne en droit ? » sans passer par le droit et par autrui conduit à une impasse. Cela s'apparente à une tautologie, une prise de position *a priori* guidée par l'intuition personnelle, et non à une solution. La protection juridique de l'embryon par le truchement de la personne humaine au motif que cette dernière serait équivalente à l'être humain ne prouve pas la légitimité de la construction. Encore faut-il que chaque acteur juridique puisse se convaincre de la pertinence d'une telle affirmation, que la relation alors établie puisse être anticipée. Seule l'altérité dans le droit le permet puisqu'elle est susceptible de déterminer les anticipations légitimes de chacun au regard d'une légitimité véhiculée par le droit objectif ; chaque entité peut s'identifier au regard du lien ainsi créé. Sur la scène du droit, il n'y a plus d'essence : l'on n'y accède qu'en existant. L'on sonne à travers l'autre, le masque et la pièce jouée : *per sonare* disaient les Romains.

3 – Le régime juridique

428. Esquisse. Dans la mesure où les enfants à naître ne sont pas destinataires de droits subjectifs mais de droits reflète, il convient de s’interroger sur la mise en œuvre de ces droits. S’ils ne viennent à naître, il serait inopportun de leur concéder créance ou obligation envers autrui. La problématique ne se situe pas sur le terrain du commerce juridique¹ : il s’agit simplement de déterminer comment le droit objectif peut garantir la bonne exécution de l’article 16 du code civil. Puisqu’il s’agit de droits reflète, la victime directe, l’embryon, ne dispose pas du droit et ne peut donc agir. En outre, sauf disposition légale contraire, il ne s’agit pas de droits personnels, les héritiers de la victime ne disposent donc pas d’un droit à agir au nom de l’enfant. Le droit pénal est particulièrement à même d’assurer une telle protection par l’action publique, que les victimes par ricochet pourraient d’ailleurs déclencher au nom de leur seul préjudice personnel. En vertu du nouvel article 85 du code de procédure pénale issu de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007², la constitution de partie civile serait alors soumise au filtre du parquet³. De la sorte, dans le domaine des homicides involontaires, la combinaison des articles 16 du code civil et 221-6 du code pénal serait principalement assurée par le ministère public à l’aune de l’opportunité des poursuites qui, notamment, permettrait de faire concrètement le tri entre les différentes actions au regard de l’âge du fœtus. En tant que magistrats représentants de l’ensemble de la société, les parquetiers se voient en effet attribuer le droit d’agir en raison d’une violation du droit pénal peu important d’ailleurs que la victime demande formellement et préalablement indemnisation de son préjudice⁴. Le ministère public est ainsi légalement compétent pour agir dès lors que la loi pénale s’applique : les droits reflète trouvent ainsi en ses représentants des sujets de disposition.

¹ *Infans conceptus*... prend ici le relais.

² Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale JORF 6 mars 2007 : v. ; B. Bouloc, chron. *RSC* 2007-3, p. 573 ; H. Matsopoulou, « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs », *Droit pénal*, mai 2007, Etude n° 5 ; Gouttenoire A., *D.* 2007, chron. p. 1090 ; J. Buisson, « Réforme de la procédure pénale », *Procédures*, juillet 2007, p. 19 ; Ch. Guéry, « La loi du 5 mars 2007 et l’instruction préparatoire », *AJ pénal*, 2007-3, p. 105 ; Lobe Loda M., « La loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale », *LPA*, 2007, 1^{er} mai 2007, n°87, p. 4.

³ Art. 85 al. 2 CPP, L. n° 2007-291 du 5 mars 2007, art. 21-I, en vigueur le 1^{er} juill. 2007. V. E. Mathias, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude - A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale », *Procédures*, mai 2007, p. 6.

⁴ Sauf si la loi en dispose autrement : ainsi en est-il en matière d’infraction à la loi sur la presse (article 48 de la loi du 29 juillet 1881), de propriété industrielle (article L.623-33 du code de la propriété intellectuelle), de chasse sur le terrain d’autrui (article L.428-33 du code rural), d’infraction commise à l’étranger (113-6 à 113-8 du code pénal), d’atteinte à l’intimité de la vie privée (articles 226-1 et 226-2 du code pénal).

Les parents ne resteraient pas pour autant désarmés face à l'inertie du ministère public, le filtre du parquet n'étant que temporaire et la voie de la citation directe restant bien évidemment ouverte au nom de leur préjudice personnel¹.

Il semble logique de ne pas assimiler les droits de la personne à ceux du sujet de droit. Si le fœtus prétend à terme à jouir de tous les droits attachés à la personnalité, la spécificité de sa situation *ante* naissance doit inciter à l'écarter du commerce juridique. Néanmoins, la reconnaissance de son existence par le droit doit faire obstacle à toute impunité : le droit reflète qu'autrui peut légitimement anticiper à son égard, puisque la loi du 17 janvier 1975 comme l'article 16 du code civil sont univoques, se doit d'être appliqué pour qu'à la vulnérabilité de l'embryon ne s'ajoute une injustice. L'impunité actuellement garantie aux auteurs d'homicide involontaire ne saurait être tolérée par un droit reconnaissant expressément l'existence de telles entités.

Il est vrai, toutefois, que la construction repose ostensiblement sur une fiction, *nemo censetur ignorare legem*². Dans le fort délicat domaine des enfants à naître, le déficit quant à la compréhension des textes relayé par un agir législatif ambigu témoignent du caractère particulièrement fictif de cette présomption. D'où l'intérêt pour les juristes de rappeler la lettre et l'esprit ayant gouverné à l'adoption de ces textes : l'équilibre et le consensus mesuré ne devraient s'évanouir dans l'inconscient collectif.

Reste que la vie n'est pas le seul déterminant de la protection objective du droit. Si elle permet une protection accrue des êtres humains, elle se dérobe lorsque est appréhendé le statut des morts. Ici, seule leur humanité explique que le droit les appréhende encore comme des destinataires de ses normes.

Section 2 – Les morts : l'altérité comme alternative à la vie

*« Dieu, en punition,
le rendit sujet à la mort »³*

429. La question de la fin de la personne semble plus aisée à résoudre sur le plan du droit que celle de son début. Si les auteurs considèrent, majoritairement mais non unanimement, que le début de la vie n'est pas synonyme d'apparition de la personnalité juridique, semble exister un

¹ Art. 392 et s. et 550 et s. du CPP.

² V. *infra* n° 456 et 467.

³ B. Pascal, au sujet d'Adam : *Les Provinciales*, XI, 8.

consensus autour de l'idée selon laquelle la fin de vie signifie fin de personnalité¹. Reste néanmoins à qualifier la dépouille et ce qu'il en adviendra. La doctrine fut longtemps marquée par la formule de Planiol « les morts ne sont plus des personnes ; ils ne sont rien »². Les auteurs se résignèrent ainsi à logiquement exclure le mort du champ des personnes pour l'inclure parmi les choses, sans au demeurant qu'une telle qualification ne suffise à marquer sa spécificité : avant d'être chose, le mort fut personne. Comme le remarquent Messieurs Beignier et Puyo, « les instruments juridiques traditionnels semblent inadaptés pour saisir l'objet spécifique que constitue le corps mort, ce qui explique les hésitations des juristes et la difficulté à construire un vrai statut juridique pour le cadavre humain »³. Si l'on s'accorde à dire que la personnalité faisant défaut, le mort n'est plus sujet de droit, cela semble interdire au droit d'appréhender directement le mort pour protéger ses intérêts. Comme souvent dès qu'il s'agit d'humain sans personnalité, le droit est alors porteur de paradoxes.

Le droit des successions en est un exemple frappant. Si l'on sait qu'en droit des contrats le mort ne peut être partie à une convention⁴, le droit civil organise, en matière de succession, le respect, autant que l'ordre public le permet, de la volonté de la personne exprimée de son vivant. La personne transcende la mort pour qu'une fois décédée, ses volontés soient, autant que faire se peut, respectées. Or, octroyer une force juridique à la volonté d'une personne décédée revient à assurer la permanence de cette volonté au-delà de la mort⁵. C'est reconnaître qu'en droit, si la personne n'existe plus, sa volonté demeure : si le testament n'est pas l'acte d'un mort, l'on ne peut nier qu'il va de l'intérêt du mort que cet acte soi respecté. Il ne s'agit que d'une prosopopée : la volonté évanescence n'est que la personne qui se manifeste après sa mort⁶. Le défunt a ainsi des intérêts que le droit protège. Or, il est évident que la protection d'un tel intérêt se heurte à des obstacles certains : la personne n'étant plus là pour les défendre, il conviendra de trouver une entité pouvant s'y substituer. En outre, cette absence pose le problème de la détermination de l'intérêt. L'on comprend que le recours à autrui s'impose. En tant que garant de cette volonté, autrui, conformément à l'identité leibnizienne⁷, intervient pour reconstruire la

¹ Sur la période précédant la survenance de la mort, voir M.-F. Callu., « Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte », *RTD Civ.* 1999 p. 313.

² Voir N. Rouland, *L'anthropologie juridique* : Que sais-je ?, PUF 1995, p. 4.

³ B. Beignier et Y. Puyo, J.-Cl. Civil Code, art. 16 à 16-13, « Respect et protection du corps humain - Le mort », fasc. 72, oct. 2007.

⁴ M. Behar-Touchais, *Le décès du contractant* : Economica, thèse Paris II, 1988.

⁵ V. C. Lombois, « De l'autre côté de la vie », *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 298 s., note 300.

⁶ P.-J. Claux, *Le principe de continuation de la personne du défunt*, thèse Paris, 1969.

⁷ Voir supra n° 403. Mme Mathieu-Izorche observe : « « Autrui doit être situé dans une perspective de continuité temporelle, et pas seulement dans l'instant où vit le « soi ». Cette perspective oblige d'ailleurs, à envisager les générations passées : le respect dû aux morts est une manifestation de la prise en compte de ces « autrui » qui n'existent plus mais dont les intérêts peuvent cependant être défendus par ceux qui leur succèdent...il en va de

volonté de celui qui n'a plus conscience du monde qui l'entoure. La permanence de l'individu est ainsi assurée par l'autre en remplaçant le disparu sur la scène du droit. L'idée même de successeur à titre universel témoigne d'ailleurs de ce que la personne semble ne jamais s'éteindre en matière de commerce juridique. Lorsque l'article 724 du code civil dispose que « les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt », semble se dessiner, sur le terrain de la personnalité, la continuité de l'identité juridique du défunt.

Toutefois, le droit n'est pas aussi tranché dans ses choix à l'égard du mort. Le décès implique généralement une dévalorisation des intérêts du *de cuius* au profit des vivants mais il peut pareillement exiger que les vivants respectent les intérêts du mort.

S'il apparaît clair que souvent les intérêts du mort sont protégés comme finalité (§ 2), parfois cet intérêt peut ne servir que de moyen au profit de ceux des vivants (§ 1). La disparition de la personnalité a cette conséquence qu'il est possible de ne plus faire de l'individu, en raison de sa mort, une fin, et ce, au profit de ceux qui sont encore en vie.

Si Mme Ringel et M. Putman considéraient, en 1991, « opportun que soit consacrée, après la mort, une survie du sujet de droit pour opposer une résistance à la dissolution inéluctable de sa personnalité »¹, force est de constater que l'exaucement de ce vœu emprunte une voie tortueuse : entre intérêt propre au mort et intérêt des vivants, le droit opère un partage guidé par des finalités fluctuantes.

§ 1 – Le mort comme centre d'intérêts second

430. Dans le domaine familial, le droit n'appréhende le défunt que comme un moyen de protéger ceux qui existent encore concrètement : la possibilité de mariages *in extremis* et d'adoptions posthumes d'une part, et l'interdiction des procréations *post-mortem*, d'autre part, en témoignent. Si intérêt du défunt il y a, il ne s'agit alors que d'une voie médiane pour parvenir à la satisfaction des vivants (A). Parfois même, l'ordre juridique élude explicitement l'intérêt du mort pour mieux circonscrire les actions fondées *post mortem* et ainsi tempérer l'usage de l'article 724 du code civil (B) : la vie privée et l'honneur des morts ne sont perçus, par le droit, qu'à l'aune de l'atteinte portée aux vivants.

même de la survie de la volonté d'autrui, au-delà de la mort, en droit successoral » : M.-L. Mathieu-Izorche, « L'altérité », in Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée, 2005, (n° 26 p. 67-68)

¹ F. Ringel, E. Putman, « Après la mort ... », D. 1991 p. 241

A – Une protection médiate du mort en droit familial

431. Les mariages *in extremis*¹. Le mariage posthume participe de cette volonté du droit de faire du décédé un intérêt second. La catastrophe du barrage de Malpasset le 2 décembre 1959 inclina le législateur à consacrer, à l’article 171 du code civil², la possibilité « pour des motifs graves, [d’]autoriser la célébration du mariage si l’un des futurs époux est décédé après l’accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement ». La volonté des ex-futurs époux est ainsi respectée malgré la mort de l’un d’eux. Cependant, bien que le texte précise que « dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l’époux », il est prévu que « ce mariage n’entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l’époux survivant et aucun régime matrimonial n’est réputé avoir existé entre les époux ». L’on a alors coutume de présenter une telle possibilité comme ayant pour objectif de légitimer les enfants alors conçus, ce qui amène des auteurs à affirmer que « la loi protège le fils non le père, le vivant non le mort »³. La *ratio legis* du texte de 1959 commande d’ailleurs une telle interprétation puisque l’intention clairement avouée par législateur, était bien de légitimer les enfants ayant perdu leur père⁴. En raison de la possibilité d’une légitimation par autorité de justice et, surtout, de la suppression de la distinction entre les filiations opérée par l’ordonnance du 4 juillet 2005⁵, l’intérêt d’une telle action semble s’être évanoui dans les affres de l’opportunisme législatif.

En réalité, le texte demeure, encore aujourd’hui utile : il autorise, par le jeu de la présomption de paternité de l’article 312 du code civil, en l’absence de reconnaissance et sans passer par l’action en recherche de paternité, d’établir la filiation paternelle. De plus, malgré l’alinéa 3 de l’article 171 du code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé, le 22 mai 2007, que les descendants du défunt se voient privés d’un capital décès, octroyé du fait du mariage posthume à l’épouse et qu’ils auraient reçu si le mariage n’avait pas été prononcé⁶.

Si l’on concède que protéger la volonté d’un individu revient à défendre son intérêt, l’on voit toute l’importance de la précision légale « décédé après l’accomplissement de formalités

¹ M. Gendrel, *Les mariages in extremis*, thèse Paris, LGDJ, 1958.

² Loi n° 59-1583 du 31 décembre 1959, v. Noirel, « Le mariage posthume », *S.* 1960, chron. 15 ; A. Lamboley : J.-Cl. Civil Code, Art. 171.

³ B. Beignier B. et Y. Puyo, art. précit.

⁴ Voir Noirel, art. précit.

⁵ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : Garé, *JCP* 2006. I. 144 ; Granet-Lambrechts et Hauser, *D.* 2006. Chron. 17 ; Leroyer, chron. lég. *RTD civ.* 2005. 836. ; Massip, *Def.*, 2006. 6, 91 et 209.

⁶ Cass. 1ère civ., 22 mai 2007 : *Juris-Data* n° 2007-038912 ; *JCP S* 2007, 1524, note G. Vachet.

officielles marquant sans équivoque son consentement ». Si l'intérêt du mort n'est plus l'objectif poursuivi par le texte, il est néanmoins évident qu'il constitue le moyen permettant de protéger les intérêts d'autrui : hier, l'intérêt d'un enfant de disposer d'une filiation légitime, aujourd'hui, l'intérêt pour cet enfant de disposer d'une filiation paternelle et l'intérêt de la femme de bénéficier d'une assurance-vie. A cet égard, il convient d'observer que les intérêts des héritiers ont été confrontés à l'intérêt de l'épouse à l'aune de l'intérêt du défunt. En accomplissant toutes les formalités pour procéder au mariage, le défunt a permis aux héritiers d'anticiper leur déclassement dans le cadre de la mise en œuvre de la convention.

432. La procréation *post-mortem*. Bien que la science permette la procréation postérieure au décès de l'un des parents si un processus de fécondation avec recours à un tiers donneur a déjà été entrepris, le droit s'y oppose vigoureusement. Après un refus nettement exprimé par le tribunal de grande instance de Toulouse le 26 mars 1991¹, la loi prit clairement le parti d'interdire une telle pratique. L'article 311-20 du code civil, issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, dispose que le consentement des parents à une procréation médicalement assistée « est privé d'effet en cas de décès » survenant avant sa réalisation.

Dans le cadre de la conception *in vitro*, sur le fondement de l'ancien article L. 152-2 du code de la santé publique, issu des premières lois bioéthique de 1994 et affirmant que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants », la Cour de cassation avait rejeté, le 9 janvier 1996², le pourvoi formé contre un arrêt ayant refusé d'autoriser le transfert d'embryon *post mortem* préférant ordonner la destruction de « l'embryon orphelin »³

L'article L. 2141-2 du même code reprend cette exigence en ajoutant, à l'alinéa 3, que fait « obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple ». Désormais, en application de l'article 2141-4 du code de la santé publique, le conjoint survivant peut consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple, ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche, ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation.

S'il va de l'intérêt d'un individu que sa volonté soit respectée, même après sa mort, force est alors de constater que l'intérêt du mort n'est pas pris en considération dans le cadre de la

¹ TGI Toulouse, 26 mars 1991 : D. 1992, somm. p. 61, note X. Labbée ; JCP G 1992, II, 21807, obs. P. Perdot ; LPA 26 avr. 1991, p. 4, note N. Bergounioux. Pour une position contraire, voir : TGI Créteil, 1er août 1984 : JCP G 1984, II, 20321 ; Gaz. Pal. 1984, II, 560, concl. Y. Lesec ; RTD civ. 1984, p. 703, obs. J. Rubellin-Devichi et A. Sériaux, « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », D. 1985, chron. p. 53 s.

² Cass. 1re civ., 9 janv. 1996 : Juris-Data n° 1996-000041 ; Bull. civ. 1996, I, n° 21, ; JCP G 1996, II, 22666, obs. C. Neirinck ; LPA 1996, n° 59, p. 15, note D. Vigneau.

³ B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

procréation médicalement assistée¹. Si l’on peut concevoir qu’il est de l’intérêt de l’enfant d’avoir deux parents en vie à la naissance, sous l’empire du droit antérieur, il était délicat de déterminer quel objectif poursuivait le droit lorsque le refus d’implantation conduisait inexorablement à la destruction de l’embryon. L’idée selon laquelle « il vaut mieux un embryon détruit qu’un enfant disposant d’un seul parent » reste difficile à justifier. Le fait que, désormais, le conjoint survivant puisse consentir à l’accueil de l’embryon par un autre couple constitue une vraie planche de salut.

L’intérêt à la procréation du parent disparaît ainsi avec la mort : la personne n’est pas continuée pour permettre la réalisation d’un projet commun malgré l’expression d’un consentement formellement exprimé².

433. L’adoption posthume. Il résulte des articles 353 et 355 du code civil la possibilité de faire produire effet, depuis le jour du dépôt de la requête, à une procédure d’adoption que le décès de l’un des intéressés semblait vouer à la caducité. D’une part, l’article 353 alinéa 3 prévoit que « si l’adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l’enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l’un des héritiers de l’adoptant ». D’autre part, si l’enfant adoptable vient à mourir, son recueil régulier en vue d’adoption permet aux adoptants de présenter la requête et d’obtenir un jugement, produisant ses effets au jour ayant précédé le décès, et limité à la modification de l’état civil de l’enfant³. Le droit se veut ici protecteur symbolique d’une filiation. Plus explicite est la valeur accordée par le droit à la protection de l’honneur des morts.

B – Une protection évasive de la vie privée et de la mémoire des morts

434. Absence de droit à la vie privée *post mortem*. Dans un premier temps la jurisprudence soutint l’idée que l’on put sanctionner, pour atteinte à la vie privée, des agissements postérieurs à la mort de l’individu sans accord exprès de sa famille. Dans l’affaire Jean Gabin, la Cour de cassation a ainsi affirmé que « la fixation de l’image d’une personne, vivante ou morte, est prohibée sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l’accorder et que la diffusion ou la publication de ladite image sans autorisation entre

¹ En considérant qu’il aurait voulu la fécondation malgré sa mort.

² Pour une opinion favorable, v. F. Ringel, E. Putman, art. précit.

³ Article 353 alinéa 2 du code civil issu de la loi du 5 juillet 1996. Alors que la jurisprudence refusait qu’un enfant mort puisse être adopté (Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 1988 : Bull. civ. 1988, I, n° 267 ; D. 1989, p. 304, note J. Massip ; Defrénois 1989, art. 34464, n° 7, p. 315), la loi du 5 juillet 1996 fut anticipée par la Cour de cassation : Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 1996 : Juris-Data n° 1996-005707 ; Defrénois 1997, p. 316, obs. J. Massip.

nécessairement dans le champ d'application des articles précités »¹, à savoir les anciens articles 368, 369 et 372 du code pénal réprimant respectivement les atteintes à la vie privée, la diffusion publique d'une telle atteinte et leur tentative.

Cette jurisprudence fut néanmoins remise en cause par les juges du fond au début des années 1990 : « le droit d'interdire toute forme de divulgation de la vie privée n'appartient qu'aux vivants »².

La Cour de cassation a donc opéré un net revirement de jurisprudence en considérant que « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit »³. Les héritiers ne peuvent donc agir au nom du défunt : ils ne recueillent pas, par le jeu de l'article 724 du code civil, le droit à l'action contre les atteintes illégitimes à la vie privée du *de cuius*. Ici, les héritiers ne continuent pas la personne. Alors que la personnalité juridique est une *capacité* à agir sur le terrain du commerce juridique, l'on considère que ce droit de la personnalité s'éteint avec la mort.

Fort heureusement, comme l'a affirmé la cour d'appel de Paris, la vie privée des héritiers peut faire l'objet d'une protection lorsque les faits reprochés constituent « une profonde atteinte à leurs sentiments d'affliction, partant à l'intimité de leur vie privée »⁴. Cette décision d'appel fut approuvée en cassation au motif que « l'image était attentatoire à la dignité de la personne humaine » portant ainsi « atteinte à l'intimité de la vie privée de la famille »⁵. M. le professeur Ravanais observe qu'il s'agit ici d'effectuer une « pondération »⁶ des intérêts en présence⁷ : la

¹ Cass. crim., 21 oct. 1980 : Bull. crim. 1980, n° 262 ; Rev. sc. crim. 1981, p. 878, obs. G. Levasseur.

En première instance, le juge des référés affirma que « le droit au respect de la vie privée s'étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle (...), nul ne peut sans le consentement de la famille reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort quelle qu'ait été la célébrité du défunt » (TGI Paris, 11 janv. 1977 : JCP G 1977, II, 18711, obs. D. Ferrier ; D. 1977, p. 83, note R. Lindon. - Confirmation en appel, CA Paris, 12 nov. 1979 : D. 1981, p. 72, note R. Lindon).

Confirmation dans les affaires Jacques Brel (CA Paris, 9 juill. 1980 : D. 1981, p. 72, note R. Lindon. - CA Paris, 26 avr. 1983 : D. 1983, p. 376, note R. Lindon) et François Mitterrand (T. corr. Paris, 17e ch., 13 janv. 1997 : D. 1997, p. 255 ; JCP G 1997, II, 22845, obs. M. Serna).

² TGI Paris, 14 oct. 1992 : Légipresse, n° 98-1-13. - TGI Paris, 19 mai 1993 : Juris-Data n° 1993-049782.

³ Cass. 1re civ., 14 déc. 1999 : Juris-Data n° 1999-004433 ; Bull. civ. 1999, I, n° 345 ; D. 2000, jurispr. p. 372, 1re esp. et la note ; JCP G 2000, II, 10241, concl. Petit ; Comm. com. électr. 2000, p. 39, note A. Lepage ; RTD civ. 2000, p. 291, obs. J. Hauser. - Cass. 2e civ., 20 nov. 2003 : Juris-Data n° 2003-021060 ; Bull. civ. 2003, II, n° 354 ; RTD civ. 2004, p. 714, obs. J. Hauser. - Cass. 2e civ., 8 juill. 2004 : Juris-Data n° 2004-024540 ; Bull. civ. 2004, II, n° 390, rapport, p. 205 ; D. 2004, inf. rap. p. 2088. - Cass. 1re civ., 15 févr. 2005 : Rev. Lamy dr. civ. avr. 2005, p. 33 et la note ; JCP G 2005, IV, 1668.

⁴ CA Paris 24 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-021265 ; D. 1998, p. 225. Pourvoi rejeté par : Cass. 1re civ., 20 déc. 2000 : Juris-Data n° 2000-07502 ; JCP G 2001, II, 10488, concl. J. Sainte-Rose, note J. Ravanais ; D. 2001, p. 1990, obs. A. Lepage., p. 872, chron. par J.-P. Gridel.

Au demeurant, la photographie des cercueils de victimes d'un accident (lors de la cérémonie religieuse) n'est pas une atteinte aux sentiments de la famille : TI Montreuil-sur-Mer, 25 sept. 2003 : D. 2004, p. 2530, note P. Labbé.

⁵ Voir note précédente.

⁶ J. Ravanais, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », D. 2000, Chron. p. 459.

⁷ Le professeur Ravanais observe, d'ailleurs, que le doyen Gény employait l'expression « balance des intérêts en présence » (*Des droits sur les lettres missives*, Sirey, 1911, t. I, p. 198).

personnalité, entendue comme « ce soi digne d’estime et de respect »¹, le droit du journaliste d’informer par le texte et la photographie, et le droit des lecteurs et citoyens de savoir grâce aux mêmes moyens². L’on a pu néanmoins écrire que : « Ce qui justifie pleinement l’intervention du juge ce n’est pas le respect évanescant des droits subjectifs d’une personne qui n’est plus sujet de droit mais le manque de décence pour les larmes et la douleur des vivants »³. L’appel à la dignité ne servirait, ici, qu’à protéger les intérêts des héritiers.

Sur le plan pénal, la chambre criminelle n’a pas eu encore l’occasion de se prononcer sur l’opportunité d’un alignement au regard de l’article 226-1 du code pénal punissant d’un an d’emprisonnement et de 45.000 euros d’amende le fait de porter volontairement atteinte à l’intimité de la vie privée d’autrui. Au-delà de la jurisprudence Jean Gabin, la Cour a eu l’occasion d’affirmer, au sujet de la photographie de François Mitterrand sur son lit de mort, que « la fixation de l’image d’une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l’accorder, est prohibée et que la diffusion ou la publication de ladite image sans autorisation entre nécessairement dans le champ d’application des articles 226-1, 226-2 et 226-6 du code pénal »⁴ alors que le texte vise simplement « autrui »⁵. Cet arrêt étant antérieur au revirement civil, il semble difficile d’en affirmer la pérennité aujourd’hui⁶. Nul doute que l’acception actuelle du terme « autrui » par la chambre criminelle l’incite à abandonner cette jurisprudence.

435. Absence de diffamation et d’injures envers un mort. A la suite d’un long débat⁷, le législateur décida dans le cadre du vote de la loi du 29 juillet 1881, de ne pas considérer les morts comme destinataires de la protection contre les diffamations et l’injure. L’article 34 dispose ainsi : « Les articles 31, 32 et 33 ne seront applicables aux diffamations ou injures

¹ Idem.

² Le professeur Ravanat concluait néanmoins qu’en l’espèce, la dignité ne sortait pas grandie de cet arrêt : « C’est en l’occurrence contre la réalité qu’il convient de s’insurger, pas contre les images qui la montrent. Un monde sans regard serait un monde aveugle sur lui-même. La dignité de la personne humaine n’en sortirait pas protégée mais blessée » (JCP G 2001, II, 10488).

³ B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

⁴ Crim. 20 oct. 1998 : Bull. crim. n° 264 ; D. 1999. 106, note Beignier ; JCP 1999. II. 10044, note Loiseau ; Dr. pénal 1999. 18, obs. Véron.

⁵ Autrui peut donc être un mort mais pas tous les êtres humains en vie... Voir supra n° 326 et s. concernant l’enfant à naître.

⁶ M. Beignier a néanmoins douté que cet arrêt soit la reprise de l’arrêt « Jean Gabin » : « Ceux qui sont les maîtres de ce droit, hormis le cas des dernières volontés expresses du défunt, sont les héritiers et eux seuls, sous réserve, au demeurant, du principe général du droit imposant le respect des morts. Ils disposent de ce droit non pas en tant que successeurs à la personne du défunt (CA Paris, 6 mai 1997, D. 1997, Jur. p. 596, 2e espèce et la note) mais à titre personnel (CA Paris, 24 févr. 1998, D. 1998, Jur. p. 225 et la note) : c’est leur vie intime qu’ils peuvent protéger non celle du mort » (D. 1999, p. 106, « Photographie de la dépouille mortelle, dernier « portrait d’un artiste »).

⁷ V. B. Beignier, *L’honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p. 226 s ; v. également, J.-P. Le Crom, « Juger l’histoire », *Dr. et Société* 1998, p. 33.

dirigées contre la mémoire des morts que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants ». La loi n'incrimine donc l'atteinte à la mémoire des morts qu'au regard d'un dol spécial : l'intention de nuire aux héritiers. Il en est logiquement résulté des difficultés d'appréciation tant le dol spécial, peut apparaître difficile à caractériser malgré la tenue de propos outranciers à l'égard du défunt : le lien entre la volonté du résultat logique (dol général) et la volonté du résultat spécialement incriminé (dol spécial) étant souvent à démontrer, mais parfois déduit.

La jurisprudence a, ainsi, pu estimer que pour que la diffamation dirigée contre la mémoire des morts constitue un délit, il n'est pas nécessaire que les propos ou les écrits incriminés contiennent l'imputation de faits précis contre les héritiers, il suffit qu'elle ait été commise avec intention de nuire aux héritiers des personnes décédées¹. L'on a pu pareillement juger que la diffamation envers la mémoire des morts suppose une atteinte à l'honneur et à la considération, mais elle n'exige pas que l'héritier y soit formellement désigné : cette désignation est une précision supplémentaire, mais non indispensable². Dès lors, l'héritier d'un écrivain³, ne peut, à l'appui d'une demande en dommages-intérêts contre un critique pour imputations diffamatoires envers la mémoire de son auteur, invoquer l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881, si le critique n'a jamais eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de l'héritier⁴.

Toutefois, la Cour de cassation a considéré que le délit n'est réalisé que si l'auteur de l'article a eu l'intention de porter et a réellement porté atteinte à l'honneur et à la considération des héritiers vivants⁵ : l'article 34 n'est dès lors pas applicable si l'écrit incriminé n'a pas désigné l'héritier poursuivant et n'a même fait aucune allusion directe ou indirecte à sa personne⁶.

Conséquemment, pour échapper à la preuve du dol spécial, les héritiers ont pendant longtemps fait échec à l'article 34 en fondant leurs actions sur l'article 1382 du code civil. Sans avoir à démontrer l'intention de nuire à leur encontre, la simple démonstration du triptyque faute / préjudice / lien de causalité appuyé sur les propos infamants permettait de passer outre les délicates exigences de la loi de 1881. Or, une telle alternative est désormais interdite par la jurisprudence qui, depuis un arrêt d'assemblée plénière du 12 juillet 2000, considère que : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être

¹ Crim. 9 janv. 1948 : Bull. crim. n° 9.

² Crim. 28 févr. 1956 : Bull. crim. n° 206.

³ En l'espèce, George Sand.

⁴ CA Paris, 15 janv. 1932 : DP 1932. 2. 119 (1^{ère} esp.), note Lalou.

⁵ Civ. 2e, 10 oct. 2002 : Bull. civ. II, n° 222.

⁶ Crim. 22 mars 1960 : Bull. crim. n° 160 ; D. 1960 p. 740.

réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil »¹. Cela exclut d'ailleurs que l'on puisse agir en raison d'une atteinte à la dignité de la personne² puisque les atteintes à la personne sont naturellement réparées sur le fondement de l'article 1382³.

Il résulte de ces décisions que l'héritier n'est pas touché par une injure ou diffamation en raison d'une atteinte à l'honneur du défunt, mais qu'à l'inverse, la mémoire du défunt n'est protégée qu'en cas d'atteinte à l'honneur des vivants. C'est en réalité reconnaître que le défunt n'est atteint en sa mémoire que si le vivant est diffamé : ce qui revient à ne pas protéger le mort. Comme l'observent Mme Ringel et M. Putman, l'article 34 « illustre paradoxalement la tendance de notre droit à faire de cette mémoire le rempart des vivants »⁴.

Il convient, cependant, de mesurer une telle conclusion en remarquant que l'article 34 alinéa second permet aux héritiers d'user d'un droit de réponse, « que les auteurs des diffamations ou injures aient eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants ».

Au final, il apparaît que ces protections ne se présentent pas comme une tendance juridique à vouloir continuer la personne du mort par l'octroi de droits aux vivants. Ce ne sont pas les anticipations légitimes de la personne vivante que l'on va protéger au jour de sa mort par le truchement d'autrui. C'est bien autrui que l'on protège par le biais du défunt. Par conséquent, en matière de vie privée comme de mémoire des morts, le droit n'appréhende pas, en théorie, le défunt comme un sujet de droit⁵. Or, il nous semble qu'en ne reprochant pas à une cour d'appel d'avoir, en référé, ordonné l'insertion d'un communiqué faisant état de l'atteinte à l'intimité de la vie privée des membres de la famille au motif que l'image « était attentatoire à la dignité de la

¹ Cass., ass. plén., 12 juill. 2000 : Bull. civ. n°8 (arrêt n°2) ; R., p. 401 ; BICC 1^{er} nov. 2000, concl. Joinet, rapp. Durieux ; D. 2000. Somm. 463, obs. Jourdain ; JCP 2000. I. 280, n°2 s., obs. Viney ; LPA, 14 août 2000, note Derieux (2e esp.) ; Comm. com. élec. 2000, n°108, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2000. 845, obs. Jourdain.

Pour une confirmation en matière d'atteinte à la mémoire des morts, 2^{ème} civ. 9 oct. 2003 : ibid. II, n° 293 ; D. 2004 p. 590, note Dreyer. L'auteur est, à juste titre, très critique : « que des restrictions soient mises à l'engagement de poursuites pénales peut se comprendre. Notamment, le trouble à l'ordre public en cas de diffamation ou d'injure à l'égard d'un mort peut sembler contestable en l'absence de volonté d'atteindre les vivants. Mais cela ne justifie nullement de priver les proches du défunt d'une indemnisation lorsqu'ils voient salie sa mémoire. Que l'on étende ces règles en matière civile où le risque n'est manifestement pas de même nature n'a plus aucune justification. De surcroît, cette solution remet en cause l'accès de chacun au juge pour être entendu sur le fond de sa prétention et le droit tout aussi fondamental d'obtenir réparation du dommage causé par la faute d'autrui ». Jurisprudence néanmoins confirmée par Cass. 2^{ème} civ. 13 nov. 2003 (Bull. civ. II, n° 334) et par Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, notamment au regard du droit à l'accès au juge (voir note suivante).

² Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, JCP G, n° 4, 24 Janvier 2007, II 10010, note B. de Lamy ; D. 2007, p. 541, E. Dreyer, « La mémoire des morts, le juge et la loi » ; G. Viney, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1165-1185.

³ V. notamment B. de Lamy B., art. précit.

⁴ F. Ringel F., E. Putman, « Après la mort ... », D. 1991 p. 241.

⁵ Le professeur Beignier renverse la proposition : « Le mort, n'étant pas un sujet de droit, ne bénéficie plus de la protection de la loi en ce qui touche son honneur » (B. Beignier, *L'honneur et le droit* : LGDJ, 1995, p. 238).

personne humaine »¹, la Cour de cassation tend inexorablement à subjectiver le cadavre en protégeant ostensiblement ses intérêts à travers ceux de ses héritiers. La publication de la photo d'un préfet gisant est « illicite » en raison de sa dignité bafouée². L'atteinte à l'honneur du mort, en ce qu'elle cause un préjudice à ses héritiers peut être sanctionnée. Ici, ce n'est plus réellement l'intérêt des membres de la famille que l'on désire protéger par l'intermédiaire de l'honneur bafoué du mort, mais bien la dignité du mort à travers l'indemnisation du préjudice subi par ses héritiers. Le renversement de logique est patent et tend à faire du mort le sujet premier du droit.

Ce mouvement s'amplifie en matière de sépulture et droit d'auteur puisque l'intérêt du mort constitue alors le fil conducteur du droit objectif et sa perspective.

§ 2 – Le mort comme sujet de droit

436. Il semble difficile de nier que « la volonté des morts continue d'animer la vie juridique »³. Pour autant la qualité de sujet de droit, car traditionnellement synonyme de personnalité juridique, leur est classiquement déniée. Néanmoins, « certaines évolutions permettent de se demander si le mort, à compter de sa mort, ne concentrerait pas un faisceau d'intérêts légitimes juridiquement protégés, dont la mise en œuvre incomberait, selon les circonstances, aux héritiers ou légataires, aux médecins, aux administrations »⁴. Dès lors, en suivant les préceptes du doyen Cornu⁵, l'on peut voir dans le respect dû aux morts un précepte de droit objectif⁶, ce qui constitue, à n'en pas douter, une « doctrine certes mieux assise que celle de la personnalité juridique résiduelle des morts »⁷. Les droits conférés au regard de la sépulture (A) identifient ainsi le mort comme le sujet de cet ordre juridique partiel. La protection de l'œuvre du défunt, telle qu'exercée par les héritiers, permet, en outre, au mort d'être continué sur la scène du droit comme sujet du droit moral (B).

A – Le mort comme sujet identifié des droits relatifs à la sépulture

¹ Voir supra n° 434.

² Selon le professeur De Lamy, il s'agirait d'une extension de la protection de la dignité relative au corps humain (art. 16 C. civ. et son chapitrage) dont le cadavre ne serait qu'un prolongement : *JCP G*, n° 4, 24 janvier 2007, II 10010.

³ J.-P. Gridel, « L'individu juridiquement mort », *D.* 2000, p. 266-6.

⁴ Idem.

⁵ G. Cornu, *Droit civil – Introduction – Les personnes*, op. cit., n° 527.

⁶ M. le doyen Beignier parle de « principe général du droit imposant le respect des morts », *D.* 1999 p. 106.

⁷ J.-P. Gridel, note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, *D.* 2001, p. 872.

437. Liberté des funérailles. C'est une loi du 15 novembre 1887 qui organisa, pour la première fois, la liberté d'organisation des funérailles en disposant, en son article 3 : « tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture. Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens ; elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de révocation »¹. Ainsi, le droit opère une sorte de survie de la volonté du mort : l'obligation de respecter les vœux d'un vivant au regard de ses funérailles n'est mise en œuvre qu'à sa mort. Cela démontre que, malgré la mort, le défunt reste titulaire de la liberté des funérailles, le respect de cette liberté étant assuré par le droit. Le juge d'instance² peut alors être saisi pour se prononcer sur l'interprétation des dernières volontés du *de cuius*³, ou, en l'absence d'expression de la volonté, sur les divergences au sein de la famille. Cette dernière situation est intéressante dans la mesure où la méthode employée pour déterminer les formes de la dernière des cérémonies est une traduction de la théorie de l'identité personnelle formulée par Leibniz⁴.

438. La reconstitution de la volonté du défunt. Si la paix des familles, lors de deuils, est assez souvent prompte à assurer la convergence d'opinions en matière de funérailles lorsque le défunt a manqué d'exprimer sa volonté, il est rapidement devenu nécessaire, pour la jurisprudence, de définir une méthode permettant de pallier la volonté et l'accord de tous. La cour d'appel de Paris l'a ainsi formulée : « Aux termes de la loi du 15 novembre 1887, tout majeur en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles ; à défaut de l'expression d'intentions formelles, il convient de rechercher celui ou ceux de ses proches les plus habilités, en fonction de leurs relations personnelles avec le défunt, pour exprimer les volontés présumées de celui-ci concernant les dispositions utiles devant être prises pour les funérailles »⁵. En tout état de

¹ DP 1887, 4, p. 101.

² En vertu de l'article 1061-1 du code de procédure civile.

³ V. Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997 : Bull. civ. 1997, I, n° 93 ; JCP G 1997, IV, 153 et JCP N 1997, II, 1051), dans le cadre d'un litige opposant une société de pompes funèbres et un époux survivant. Si la défunte épouse de ce dernier avait souscrit auprès de la société, un contrat de prévoyance funéraire contenant des dispositions relatives à ses obsèques, le mari invoquait une lettre postérieure de trois ans audit contrat et prévoyant des vœux contraires. Le pourvoi est rejeté motif pris que « selon l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887, la révocation par la défunte de sa volonté exprimée quant aux modalités de ses obsèques ne pouvait résulter que de son intention, clairement manifestée, de la rétracter ». Or, les juges du fond ont « souverainement estimé que ce document était insuffisant pour établir l'intention clairement manifestée de la défunte de rétracter ses volontés antérieures ».

⁴ Voir supra n°s 396 et 403.

⁵ CA Paris, 1er juin 1995 : Juris-Data n° 1995-022347.

cause, le principe est que « le juge doit s'assurer que la solution choisie, en l'absence de volonté exprimée par le défunt, n'est pas en opposition manifeste avec ce qu'aurait pu souhaiter la personne décédée »¹. Il s'agit, ici, de recréer une volonté présumée en ayant recours à autrui pour légitimer la recherche. Le défunt est ainsi restauré dans sa volonté par autrui en vue de ne pas contrarier ce qu'il aurait pu légitimement attendre en la circonstance. L'attente légitime du *de cuius* est bel et bien reconstruite par autrui² : c'est dire qu'il est sujet du droit en ce que ce dernier s'attache à ce qu'il soit restauré sur la scène juridique dans son altérité³. L'identité du sujet est ainsi continue au regard de ce qu'il aurait pu formuler et demander lorsqu'il était encore doté de la personnalité juridique, lorsqu'il était encore capable de tester. La disparition de la personnalité en raison de la mort ne fait pas disparaître l'identité juridique de l'individu : il reste sujet de droit en ce que l'ordre juridique le désigne titulaire d'une liberté fondamentale, les funérailles, dont la forme va être déduite à l'aide d'autrui⁴.

439. Le droit à une sépulture. Il résulte de la combinaison des articles L. 2223-19 et L. 2223-27 du code général des collectivités territoriales que lorsqu'une personne vient à mourir sans ressources ni héritiers, la commune a l'obligation de pourvoir gratuitement à son inhumation. L'article L. 2213-7 ajoute que « le maire ou, à défaut, le représentant de l'Etat dans le département pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée

¹ CA Aix-en-Provence, 10 sept. 1990 : Juris-Data n° 1990-051366. Ces jurisprudences ont d'ailleurs été avalisées par la Cour de cassation : « L'ordonnance [du premier président de la cour d'appel retient] exactement qu'il convient de rechercher par tous moyens quelles ont été les intentions d'un défunt en ce qui concerne ses funérailles, et, à défaut, de désigner la personne la mieux qualifiée pour décider de leurs modalités. Il résulte de ces constatations que le défunt, s'il n'était pas un pratiquant régulier, était de tradition musulmane, qu'il avait manifesté le vœu d'être inhumé, et que rien ne permettait d'affirmer qu'il eût entendu rompre tous liens avec cette tradition, le premier président ayant fait ressortir la volonté du défunt d'être inhumé dans le respect de la tradition musulmane » (Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2005 : Juris-Data n° 2005-028933 ; Dr. famille 2005, comm. 193, 2^e esp. ; D. 2005, p. 1807).

² Si le principe, pour les juges du fond, est la préférence accordée au conjoint survivant ou au concubin en cas de stabilité avérée de l'union, il peut arriver que les juges du fond y fassent exception : comme le rappelle la Cour de cassation, il convient, ici, d'analyser tout litige au cas par cas : Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1970, Bull. civ. I, n° 265 ; D. 1971.94 ; voir B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

³ Il en est de même en matière de don d'organes : l'article L. 1232-1 du code de la santé publique prévoit en effet que : « (Al. 2) Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. (Al. 3) Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés ».

⁴ Il convient de préciser que si les souhaits du *de cuius* ont clairement été manifestés de son vivant, le code pénal punit, en son article 433-21-1, de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende « toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance ». La volonté du défunt ne saurait être dissimulée ou déformée par autrui.

décemment sans distinction de culte ni de croyance »¹. Le droit prévoit, de manière réflexive à l'article L. 2223-3, que chaque commune a l'obligation de fournir une sépulture aux personnes décédées sur le territoire de la commune, aux personnes domiciliées sur le territoire de la commune, alors même qu'elles sont décédées ailleurs et à celles, non domiciliées dans la commune mais qui ont droit à une sépulture de famille.

Si des héritiers existent, la charge de l'inhumation repose sur eux. La jurisprudence a ainsi considéré, au visa des articles 205 et 371 du code civil, que « lorsque l'actif successoral ne permet pas de faire face aux frais d'obsèques, l'enfant tenu de l'obligation alimentaire à l'égard de ses ascendants, doit, même s'il a renoncé à leur succession, assumer la charge des frais d'obsèques, dans la proportion de ses ressources »². L'arrêt fait ainsi usage de l'obligation alimentaire pour justifier que l'enfant participe aux frais. Néanmoins, comme l'observent MM. Beignier et Puyo, « la vérité se trouve dans l'autre texte du visa, l'article 371 du code civil : "L'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère" »³. Pareillement une telle obligation a pu être mise à la charge du conjoint survivant au nom des obligations fondamentales du mariage⁴.

Le nouvel article 806 du code civil, tel qu'issu de la loi du 23 juin 2006, consacre un tel lien par-delà la mort : « le renonçant n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession. Toutefois, il est tenu, à proportion de ses moyens au paiement des frais funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce ».

L'obligation ainsi prescrite témoigne de ce que, même morte, la personne continue d'être perçue par le droit comme un destinataire de ses normes. Même MM. Beignier et Puyon, qui soutiennent par ailleurs que « le mort n'est plus un sujet de droit, le mort est les restes d'une personne »⁵, et qu'il « faut constater qu'objectivement le mort, s'il n'est peut être pas rien, n'est plus juridiquement, un sujet de droit »⁶, en arrivent, lorsqu'ils appréhendent le droit à la

¹ Si la mort survient en milieu hospitalier et en l'absence de réclamation du corps par les proches dans un délai de dix jours, l'organisation de l'inhumation revient à l'établissement, qui dispose d'un délai de deux jours francs (C. santé publ., art. R. 1112-76, réd. D. n° 2006-965, 1er août 2006).

² Cass. 1re civ., 14 mai 1992 : D. 1993, p. 247, note J.-F. Eschylle ; RTD civ. 1993, p. 171, obs. J. Patarin ; JCP N 1993, II, 22097, obs. F.-X. Testu ; LPA 13 janv. 1993, note J. Massip. - V. aussi Cass. 1re civ., 8 juin 2004 : Dr. famille 2004, comm. 152 et la note. - Cass. 1re civ., 21 sept. 2005 : Juris-Data n° 2005-029760 ; Dr. famille 2005, comm. 251 et la note. - D. Dutrieux, « Les frais d'obsèques », *JCP N* 1999, p. 1771.

³ B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

V. A. Sériaux, « Tes père et mère honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ.* 1986, p. 265 et s.

⁴ TI Maubeuge, 26 févr. 1993 : LPA 15 nov. 1996, n° 138, note J. Massip.

⁵ B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

⁶ Idem.

sépulture, à affirmer que : « Défunte, la *personne humaine*¹ a le droit à une sépulture, d'une part, et au repos éternel, d'autre part »². C'est dire que la personnalité juridique ne fait pas le droit.

440. La paix des morts³. Comme l'a affirmé un grand arrêt de la Cour de cassation : « Lorsque le lieu de sépulture a été décidé, avec l'accord de tous les intéressés, il ne doit pas être changé sans une nécessité absolue, le respect de la paix des morts ne devant pas être troublé par la division des vivants »⁴. Il en résulte fort logiquement que « le principe est celui de l'immutabilité des sépultures et que l'exhumation porte nécessairement atteinte au respect de la paix des morts qui doit l'emporter sur les idées changeantes et les divisions des vivants »⁵. Sauf volonté expresse du défunt⁶, il convient de vérifier qu'un motif légitime justifie l'exhumation : « La paix due aux défunts nécessite que le corps ne soit transféré que s'il existe des raisons graves et sérieuses d'agir en ce sens ; apparaît comme une raison légitime le souhait d'une mère, dont l'affection vouée à son fils n'est pas contestable, de le voir enterrer dans une sépulture de famille avec son défunt mari, père de ce dernier, à proximité du lieu de sa résidence, alors que si l'épouse du défunt s'y opposait en faisant valoir, face au désir de la mère de ne pas être éloignée du corps de son fils, qu'elle voulait pouvoir continuer à se rendre régulièrement sur la tombe de son mari ainsi que ses enfants sur celle de leur père, cet argument ne peut désormais être retenu puisqu'elle a déménagé »⁷.

En prévoyant désormais⁸ à l'article 16-11 aliéna 2 que « sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort », le législateur ne fait que consacrer cette légitime paix des morts⁹. Nul ne soutiendra qu'en restant muet sur une éventuelle exhumation, le défunt y a implicitement consenti¹⁰.

¹ Nous soulignons.

² Idem.

³ V. D. Dutrieux, « Le contentieux de l'exhumation », *JCP A* 2007, p. 2122.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1986 : D. 1986, inf. rap. p. 312 ; JCP G 1986, IV, 279.

⁵ CA Toulouse, 7 déc. 2004, inédit, cité par Beignier B. et Puyo Yann, art. précit.

⁶ Et une lettre simple suffit : Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1982 : D. 1984, IR. p. 276.

⁷ CA Paris, 15 mars 1989 : Juris-Data n° 1989-020945 ; D. 1989, IR p. 146.

⁸ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 5-I.

⁹ La conventionnalité de cette disposition est incertaine : la Cour européenne a en effet condamné la Suisse pour violation de l'article 8 de la Convention en ce qu'elle n'a pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts du requérant à connaître sa filiation et, d'autre part, le droit au respect du corps du défunt et des tiers à l'intangibilité du cadavre de celui-ci ainsi que la nécessaire protection de la sécurité juridique (CEDH 13 juill. 2006, « Jäggi c/. Suisse », n° 58757/00, RTD civ. 2006 p. 727, obs. J.-P. Marguénaud, et 2007 p. 99, obs. J. Hauser, D. 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts).

V. néanmoins pour une application immédiate de cet texte, Cass. 1^{ère} civ. 2 avril 2008, pourvoi n° 06-10256, D. 2008, p. 2121, note V. Bonnet.

¹⁰ Si en ne s'y opposant pas, une personne consent à ce que l'on prélève ses organes, c'est car elle a pu légitimement l'anticiper de son vivant, le droit étant la matière accessible et clair (voir supra n° 438).

En outre, en cas de crémation, pendant longtemps le droit fut muet sur la destination des cendres. Si le *de cuius* avait clairement manifesté sa volonté d’être incinéré¹ mais n'avait rien dit quant au sort qui devait être réservé à ses cendres, il fallait s'en référer au droit commun : il revenait à ses proches de dire quelles étaient ses intentions². Désormais, et suite à l’échec de la proposition de loi Sueur³, le décret n° 2007-328 du 12 mars 2007 régit cette délicate question⁴. L’article R. 2231-39 du code général des collectivités territoriales apporte en effet une solution simple et définitive⁵ : lorsque le défunt n'a laissé aucune indication précise, soit l'urne est placée dans un cimetière ou un site funéraire, soit les cendres sont dispersées dans l'un de ces mêmes endroits. Le partage de ces dernières, à la demande de la famille, est désormais prohibé alors que sous l’empire du droit antérieur, certains juges avaient cru pouvoir l’autoriser⁶.

441. Les devoirs envers la sépulture : le respect d’autrui. L’obligation de respecter une sépulture s’impose à tous. Au-delà des qualifications pénales, constitue une faute engageant la

Il en est autrement en matière d’exhumation aux fins d’identification génétique puisqu’en l’absence de norme, l’on peut légitimement s’attendre à ce que personne ne vienne troubler la paix des morts : v. contra, CA Paris, 6 nov. 1997 : « Le consentement propre du défunt ne pouvant plus être recherché et ses ayants droit ayant fait connaître qu’ils ne s’y opposaient pas, il convient, alors qu’il est de l’intérêt essentiel des parties d’aboutir à une certitude biologique, d’ordonner un complément d’expertise à l’effet de procéder après exhumation du corps à l’identification génétique du défunt pour déterminer s’il peut ou non être le père de l’enfant » (affaire Y. Montand, : D. 1998. 122, note Malaurie ; D. 1998. Somm. 161, obs. Gaumont-Prat ; ibid. 296, obs. Nevejans ; Gaz. Pal. 1997. 2. 703, note Garé ; Defrénois 1998. 314, obs. Massip ; JCP 1998. I. 101, n°3, obs. Rubellin-Devichi ; Dr. fam. 1997. Chron. 12, par P. Catala ; LPA 20 mai 1998, étude Pech-Le Gac ; RTD civ. 1998. 87, obs. Hauser).

¹ A défaut, ou en cas de doute, le principe est l’inhumation : Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-028933 ; Dr. famille 2005, comm. 193 ; D. 2005, p. 1807.

² V. P. Belhassen, *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997.

³ Proposition de loi adoptée par le Sénat le 22 juin 2006 mais non inscrite à l’ordre du jour de l’Assemblée nationale : v. J.-P. Feldman, « Un Parlement en cendres », D. 2006, p. 92. La proposition de loi, prévoyait l’adjonction d’un article 16-1-1 au code civil : "Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence". Adde, X. Labbée, « L’urne au fond du jardin – Quel statut pour les cendres ? », JCP G 2008, n° 15, I 239.

⁴ V. J.-C. Galoux, « Droits et libertés corporels (janvier 2007 - février 2008) », RDSS 2008 p. 1435.

⁵ « Après la crémation d’un corps, l’urne prévue à l’article R. 2213-38 est remise à toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles. À la demande de cette personne qui justifie de son identité et de son domicile, soit l’urne est inhumée dans une sépulture, déposée dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire à l’intérieur d’un cimetière ou d’un site cinéraire prévu à l’article L. 2223-40, soit les cendres sont dispersées dans le lieu spécialement affecté à cet effet prévu à l’article R. 2223-40 ou un espace aménagé à cet effet d’un site cinéraire. Le dépôt ou l’inhumation de l’urne ou la dispersion des cendres dans un cimetière ou dans un site cinéraire sont effectuées après autorisation du maire. Toutefois, si telle est la volonté exprimée par le défunt, soit l’urne est déposée ou inhumée dans une propriété privée, soit les cendres sont dispersées en pleine nature, sans pouvoir l’être sur les voies publiques. Le dépôt ou l’inhumation de l’urne ou la dispersion des cendres sont effectués après déclaration auprès du maire de la commune du lieu du dépôt, d’inhumation de l’urne ou de la dispersion des cendres ».

⁶ Certains auteurs y furent favorables en raison du fait qu’ils considéraient que les cendres n’étaient pas le cadavre (X. Labbée, note sous CA Douai, 7 juill. 1998 : JCP G 1998, II, 10173. - X. Labbée et B. Mory, « Le statut juridique de l’urne funéraire et des cendres qu’elle contient » : LPA, 27 janvier 1999, p. 1). La doctrine y était néanmoins majoritairement hostile en ce que de telles décisions consistent à ne pas rechercher la volonté du défunt au profit d’une réduction des cendres en bien à partager entre héritiers (D. 1998, p. 384, note Ph. Malaurie ; JCP G 1998, II, 10113, note T. Garé ; LPA 4 oct. 1999, p.10, note C. Bourrier et C. Coutant ; JCP G 1999, I, 149 et Beignier B. et Puyo Yann., art. précit.).

responsabilité d'une commune, l'autorisation d'inhumation sur un emplacement du cimetière municipal sans avoir vérifié si cet emplacement faisait l'objet d'une concession funéraire ou sans s'être assurée du consentement du titulaire de la concession¹. Au demeurant, c'est surtout par la voie répressive que le caractère sacré de la dernière demeure apparaît au grand jour.

Ainsi le code pénal issu des lois du 22 juillet 1992² contient dans le livre deuxième « Des crimes et délits contre les personnes », titre deuxième « Des atteintes à la personne humaine », chapitre V « Des atteintes à la dignité de la personne », une section IV « Des atteintes au respect dû aux morts ». Le respect dû à l'être humain dès le commencement de sa vie proclamé à l'article 16 du code civil, connaît un prolongement en droit pénal, puisque ici le respect est également dû aux morts. Preuve de ce que le respect n'est pas un simple concept philosophique³, le droit pénal sanctionne les atteintes aux cadavres et aux sépultures. L'article 225-17 dispose ainsi : « Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. (Alinéa 2) La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts⁴ est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. (Alinéa 3) La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre ». L'article 225-18 aggrave les pénalités encourues en les portant à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende pour les infractions définies aux deux premiers alinéas de l'article 225-17 et à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende « lorsque les infractions définies à l'article précédent ont été commises à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes décédées à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Dans le jugement condamnant les auteurs de la profanation du cimetière de Carpentras, le tribunal correctionnel de Marseille a ainsi pu estimer : « Attendu, par ailleurs, qu'un racisme et un antisémitisme qui vont jusqu'à pourchasser des individus par-delà la mort, offensant ainsi les

¹ CAA Douai, 26 févr. 2002 : LPA 28 août 2002, p. 8 s., concl. J. Michel. - Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001 : Bull. civ. 2001, I, n° 155 ; JCP G 2002, II, 10101, note S. Fromont.

² Sous l'empire de l'ancien code pénal, la jurisprudence considérait déjà que « l'article 360 placé sous la rubrique « Infractions aux lois sur les inhumations », a pour objet de réprimer tout acte matériel s'adressant à un tombeau ou à une sépulture, et tendant à violer le respect dû à la cendre des morts » (Crim. 20 juin 1896 : S. 1897. I. 105, rapp. de Larouverade, et note Lacointa ; DP 1897. I. 29) et que ces dispositions « n'ont pas seulement pour but de sanctionner les atteintes portées aux tombes, mais aussi tout acte qui tend directement à violer le respect dû aux morts » (Crim. 2 juin 1953 : Bull. crim. n° 188 ; D. 1953. 649, note F. G. ; RSC 1953. 670, obs. Hugueney ; Crim. 8 févr. 1977 : Bull. crim. n° 52 ; RSC 1977. 580, obs. Levasseur).

³ J. Carbonnier, « Note sur l'arrêt de la cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57 p. 519 ; voir supra n° 293.

⁴ Le code pénal a ainsi complété l'ancienne législation en étendant l'infraction à la protection des monuments aux morts : v. D. Fontanaud, « La question du "tag" en droit pénal », *Dr. pén.* 1992, p. 1 s..

vivants, ne peuvent être tolérés ; qu'en effet, au-delà du corps humilié de Félix G., au-delà des tombes profanées et dégradées, au-delà du mépris ostensible à l'égard des familles des défunts, les prévenus ont porté une atteinte intolérable au sens sacré de la mort, en troublant par leur haine et leur acharnement le repos de ceux qui ne sont plus »¹. Si l'on ne peut que convenir que le mort ne dispose plus, sur l'autre rive, du droit à être indemnisé du préjudice ainsi subi, il n'en demeure pas moins une réaction épidermique du droit à l'encontre de toute atteinte à l'intégrité de sa dépouille ou de sa sépulture.

Il convient, cependant, de remarquer que de nombreux ordres ou autorisations de la loi permettent de faire échec à la répression. Ainsi, les morts pénalement suspects peuvent requérir un examen médical légal en vertu de l'article 169-1 du code de procédure pénale ; les morts, cette fois-ci, sanitaires suspects peuvent exiger que le préfet diligente une autopsie afin de prévenir des épidémies² ; les caisses de sécurité sociale peuvent obtenir une autopsie afin de déterminer si la mort suspecte est un accident de travail³. Il s'agit encore des interventions purement médicales, menées après décès à des fins scientifiques ou thérapeutiques. En outre, dans le domaine scientifique et médical, le code de la santé publique aux articles L. 671-7 et suivants autorise, sous conditions, le prélèvement d'organes en vue de greffes ou de transplantations, le prélèvement ayant pour but de rechercher la cause précise de la mort, qui est décidé en dehors du défunt et de sa famille, et le prélèvement de science fondamentale qui, comme la dissection, exige le consentement exprès de la personne avant sa mort. L'intérêt du défunt à la jouissance paisible de son dernier état peut ainsi faire place à diverses atteintes légalement autorisées : la balance penche, à nouveau, en faveur des vivants. Toutefois, ces exceptions sont d'interprétation stricte. Dans le célèbre arrêt « Milhaud », le Conseil d'Etat confirma la condamnation disciplinaire d'un médecin qui avait mené une expérience scientifique sur un individu en mort cérébrale : « Les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci »⁴.

Pareillement, le droit moral sur l'œuvre constitue une consécration de l'idée selon laquelle les intérêts du défunt ne disparaissent pas au jour de sa mort.

¹ Cité in B. Beignier et Y. Puyo, art. précit.

² Art. R. 2213-19 CSP.

³ Article L. 442-4 du code de la sécurité sociale.

⁴ CE, 2 juill. 1993, D. 1994, Jur. p. 74, note Peyrical ; JCP 1993, II, n° 22133, note Gonod ; AJDA 1993, p. 530, obs. Maugué et Touvet ; RTD civ. 1993, p. 803, obs. J. Hauser ; G. Lebreton, "Le droit, la médecine et la mort", D. 1994, Chron. p. 352

B – Le mort comme sujet continué du droit moral sur son œuvre

442. Le droit moral : émanation perpétuelle de la personne. Comme le rappellent Mme Ringel et M. Putman, « le respect de la personnalité de l'auteur défunt est assuré par la protection posthume de son droit moral, y compris contre la volonté de ses héritiers »¹. Véritable continuité de l'homme, le droit moral est soumis, en vertu de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle², au principe de perpétuité puisqu'il « consiste à attribuer à une personne le pouvoir juridiquement sanctionné d'être l'arbitre du devenir social de l'empreinte personnelle »³. Or, perpétuité ne signifie pas éternité : le droit dure autant que l'œuvre.

Aussi la loi distingue-t-elle très clairement deux groupes d'attributs. D'une part, le rapport de l'auteur à l'œuvre, qui inclut droits au nom et au respect, est régi par l'article L. 121-1, alinéas 4 et 5 du code de la propriété littéraire et artistique : « Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ». Ces premiers attributs sont donc transmissibles.

D'autre part, le second groupe « formalise la hiérarchie des droits »⁴ : droit de divulgation et droit de repentir et de retrait. La loi y introduit une différence de traitement : si le droit de divulgation fait l'objet de dispositions particulières quant à sa dévolution⁵, l'article L. 121-4, consacré au droit de repentir et de retrait, ne comporte aucune disposition successorale. La doctrine en déduit donc traditionnellement que ce dernier attribut n'est pas susceptible de dévolution⁶ : « Seuls, par conséquent, perdurent au-delà de la mort de l'auteur les autres attributs du droit moral : le droit au nom, le droit de divulgation et le droit au respect de l'œuvre »⁷.

Ainsi, après avoir défini à l'article L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle l'ordre des successibles en matière de droit d'auteur, l'article L. 121-3 dispose : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure

¹ F. Ringel, E. Putman, art. précit.

² « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. (Al. 2) Ce droit est attaché à sa personne. (Al. 3) Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. (Al. 4) Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. (Al. 5) L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ».

³ Ph. Gaudrat, « Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2001, Fasc. 1210.

⁴ Ph. Gaudrat, art. précit.

⁵ CPI, art. L. 121-2, al. 2 et art. L. 121-3

⁶ Ph. Gaudrat, art. précit.

⁷ Idem. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer : « le droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre est transmissible à cause de mort à ses héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale » en vertu de l'art. L. 121-1 (Civ. 1re, 11 janv. 1989 : Bull. civ. I, n° 9 ; D. 1989. 308, note Edelman ; D. 1990. Somm. 57, obs. Colombet ; RIDA, juill. 1989, 256 ; JCP 1989. II. 21378, note Lucas).

appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence ».

Il est évident que la disparition de l’auteur modifie radicalement les conditions de mise en œuvre du droit moral : l’œuvre étant intimement liée à la personnalité de son auteur, il est logique que la loi prévoie qu’en cas d’abus de l’héritier, le juge peut intervenir afin de rétablir l’œuvre dans l’individualité de l’auteur. Comme le relève la Cour de cassation, « le droit de divulgation *post mortem* n'est pas absolu et doit s'exercer au service de l’œuvre, en accord avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant »¹.

L’on a pu, ainsi, justement affirmer que « la cause justifiant le contrôle en explicite la référence : la légitimité de l'exercice ne s'apprécie qu'au regard de la volonté exprimée ou présumée de l'auteur, non au regard d'éventuels intérêts antagonistes auxquels préjudicierait l'exercice ou le non-exercice du droit »². L’abus doit cependant être notoire³ : il doit alors être manifeste ou évident que la volonté de l’auteur est contraire à l’attitude des héritiers. Que cette volonté ait été manifestée ou qu’elle soit implicite, l’abus sera qualifié de notoire si la volonté du défunt est univoque et non respectée par l’héritier⁴. En revanche, si un doute subsiste quant à la volonté du défunt, il ne peut y avoir abus notoire de l’héritier⁵. Il est dès lors logique que la Cour de cassation opère, en la matière, un contrôle strict de la motivation des juges du fond en s’assurant qu’ils ont bien recherché l’intention de l’auteur⁶.

Au-delà de la carence de l’héritier, celui-ci est surtout amené à défendre les atteintes portées à l’œuvre sur laquelle porte le droit moral dont il a hérité⁷. L’intérêt du mort à ce que son

¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, “A. Artaud”, Bull. civ. I, n° 266, p. 172, D. 2001.918, obs. C. Caron, RTD com. 2001.94, obs. A. Françon ; Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2004, RTD com. 2005.86, obs. Pollaud-Dulian.

² Ph. Gaudrat, art. précit.

³ V. B. Lassalle, « L’abus du droit moral de l’auteur défunt », *RRJ Droit prospectif* 1998, p. 207 s.

⁴ Ainsi en est-il lorsque, contre la volonté manifestée de l’auteur de voir son œuvre diffusée après sa mort, l’héritier retient celle-ci : CA Rennes, 16 nov. 1990 : D. 1991, inf. rap. p. 18 ; RTD com. 1991, p. 594, obs. Françon ; JCP G 1991, II, 21775, note Hovasse-banget ; RIDA avr. 1991, p. 168. - TGI Paris, 6 juill. 1994 : RIDA janv. 1995, p. 244.

⁵ TGI Paris, 1^{er} déc. 1982 : D. 1983, inf. rap. p. 94, obs. C. Colombet ; Gaz. Pal. 1983, I, p. 97, note Frémond ; RIDA janv. 1983, p. 165, note Gautier.

⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2005 : « en statuant ainsi, sans rechercher, comme il était soutenu par le demandeur, si sa mère, qui avait notamment refusé de céder cette pièce à la mairie de Cabris et l'avait toujours conservée à son domicile de Grasse, n'avait pas manifesté ainsi sa volonté de ne pas la divulguer, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Bull. civ. I, n° 229, p. 193, Com. comm. électr., juill.-août 2005, n° 108, obs. C. Caron, D. 2005.1698, obs. J. Daleau).

⁷ Il a néanmoins été jugé que « la suite d’une œuvre littéraire se rattache au droit d’adaptation. Sous réserve du respect du droit au nom et à l’intégrité de l’œuvre adaptée, la liberté de création s’oppose à ce que l’auteur de l’œuvre ou ses héritiers interdisent qu’une suite lui soit donnée à l’expiration du monopole d’exploitation dont ils ont bénéficié » (Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007 : Bull. civ. I, n° 47 ; D. 2007. 920, note Choisy ; ibid. AJ. 497, obs. Daleau ; RTD com. 2007. 354, obs. Pollaud-Dulian ; CCE 2007, comm. n° 34, note Caron ; Gaz. Pal. 20 avr. 2007, p. 2, note Lancrenon ; Légipresse 2007, III, p. 100, note Émile-Zola-Place ; LPA, 19 juill. 2007, p. 8, note Binctin ; Propr. intell. 2004, n° 23, p. 207, obs. Lucas ; RIDA, avr. 2007, p. 249, obs. Sirinelli). Fut jugé en appel qu’aucune « suite ne saurait être donnée à une œuvre telle que «Les Misérables», à jamais achevée. Un éditeur a, en éditant et publiant «Cosette ou le temps des illusions» et «Marius ou Le Fugitif» et en les faisant passer pour la suite des «Misérables»,

œuvre soit respectée dans sa substance trouve donc, en l'héritier¹, le relais d'une action attachée à la chose en raison de son caractère fortement personnifié : la mémoire du mort à travers son œuvre fait l'objet d'une protection du droit objectif au regard des anticipations qu'on lui connaît, voire qu'on lui prête de son vivant. Le mort existe encore sur la scène du droit dans la mesure où cette attente légitime est protégée par l'ordre juridique en imposant le respect à autrui.

443. Tentative de qualification. Il convient d'ajouter que les secrets professionnels ne disparaissent pas avec le décès du client ou du patient² ; pareillement, même l'héritier ne peut obtenir communication de documents administratifs nominatifs³.

Par ailleurs, les héritiers peuvent dans l'année du décès, demander la réhabilitation du *de cuius* en application de l'article 785 du code de procédure pénale. Dans la mesure où l'article 133-16 du code pénal fait produire à cette procédure les effets de l'amnistie, sera interdit le rappel de la condamnation⁴ sur le fondement de l'article 35-c de la loi du 29 juillet 1881. Une demande en révision peut également être formée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation afin de rendre son honneur⁵ à un mort injustement reconnu coupable d'un crime ou d'un délit⁶. Si la demande est bien-fondée, la Cour procède alors à une décharge de la mémoire du mort⁷ après avoir nommé un curateur de cette mémoire⁸.

Ainsi le défunt est tenu « encore pour une personne lorsqu'il y va de quelques intérêts moraux affectant sa dépouille ou son souvenir [...] comme l'écrivait déjà Plutarque, il y a de la

porté atteinte au droit moral de Victor Hugo sur cette œuvre (CA Paris, 31 mars 2004 : D. 2004. 2028, note Edelman ; ibid. 2005. Pan. 1486, obs. Sirinelli ; RTD com. 2004. 474, obs. Pollaud-Dulian ; CCE 2004, comm. n°50, note Caron ; JCP E 2005. 1216, n°1, obs. Grégoire ; Propr. intell. 2004, no 12, p. 768, obs. Lucas ; RIDA, oct. 2004, p. 261, note Kéréver).

¹ Sur la qualité à agir, voir Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2005, qui considère que « d'une part, si le droit au respect du nom se transmet aux héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution à cause de mort, le cohéritier a qualité et intérêt légitime à agir seul en défense de ce droit, indépendamment du défaut d'exercice de l'option successorale ; d'autre part, aucune partie n'avait remis en cause devant la Cour d'appel, les constatations du jugement selon lesquelles il n'était ni établi ni allégué que les deux intéressés eussent refusé la succession de leur père, héritier de l'artiste et lui-même décédé en 1995 » : RTD com. 2005, p. 316, obs. Pollaud-Dulian.

² Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999 : Bull. civ. I, n° 345, précit.

³ CE, 29 juill. 1994, Lebon, p. 396 ; AJDA 1994, p. 744, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl.

⁴ Cependant, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, après avoir énoncé que la réhabilitation n'avait pas effacé les faits commis par le demandeur à l'inscription à un barreau, considère, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le demandeur s'est réinséré dans la société et a donné des gages sérieux et suffisants de son aptitude à respecter les principes essentiels de la profession d'avocat : Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997, Bull. civ. I, n° 357 ; Gaz. Pal. 20-21 nov. 1998, note Mascala.

⁵ Il est même possible d'honorer une personne à titre posthume en la décorant : l'art. R. 26 du code de la légion d'honneur l'envisage, alors que l'art. R. 50 dispose que « les membres de l'ordre le demeurent à vie »...

⁶ Article 623 3° CPP.

⁷ Art. 625, al. 3 CPP. C'est dire que « même mort, il a donc quelque chose à défendre », J.-P. Gridel, art. précit.

⁸ Idem.

justice à épargner ceux qui ne sont plus, et de la sage politique à empêcher les haines éternelles »¹.

Il en résulte que le droit du mort ressemble davantage à une casuistique législative qu’à une projection conceptuelle dans l’ordre juridique. Sa protection est variable : tantôt le droit ne lui accorde qu’une protection médiate en le visant comme moyen de protéger les vivants ; tantôt, le droit l’appréhende comme un vrai destinataire du droit en le protégeant de la volonté ou de la haine des vivants. A dire vrai, et à l’aune de la théorie du sujet de droit, cela ne doit pas surprendre. Cette notion a en effet le mérite de présenter les destinataires de l’ordonnement juridique non à travers un prisme abstrait et définitif mais bien au regard de leur hétérogénéité d’intérêts. Un sujet de droit ne dispose pas en effet de tous les droits accordés par un système juridique. Sa reconnaissance s’effectue à l’aune de certains intérêts que le droit tend parfois à vouloir mieux protéger. Par conséquent, dire des morts qu’ils sont sujets de droit est en réalité erroné. Il convient de soutenir qu’ils sont sujets dans telle ou telle circonstance. Ils n’ont cette qualité que lorsque les normes consentent à accorder à leurs intérêts une importance supérieure ou égale aux intérêts des vivants disposant de la personnalité juridique². La protection est circonstanciée, comparée, adaptée aux objectifs poursuivis, donc choisis, par le législateur. L’on pourra toujours dire qu’en incriminant les atteintes à l’intégrité du cadavre et la profanation de sépulture, le droit ne fait que protéger l’homme contre lui-même : punir le fait de dégrader une tombe ou le corps qui y repose, permet au droit de prévenir l’auteur contre sa propre indignité. C’est à la fois vrai et faux. Les vivants ne sont pas protégés directement par ce texte. Ils ne le sont qu’en raison de leur appartenance à la même communauté que les morts, l’humanité³.

Ainsi, nul ne s’étonnera que le terme « ancien » désigne⁴ celui « qui a existé autrefois, à une époque plus ou moins reculée, qui n’exerce plus une fonction ou une activité exercée antérieurement ; celui qui n’a plus sa qualité antérieure (personne) ». Lorsqu’il s’agit d’une chose, le terme désigne cette fois-ci ce qui a perdu sa destination primitive, est désaffecté ou utilisé de manière différente. Littré ne manque pas de rappeler que « ancien » était un titre de dignité : « Les anciens du peuple l’Israël, parce que d’abord on choisissait des vieillards pour remplir les fonctions les plus importantes ».

¹ J.-P. Gridel, « L’individu juridiquement mort », art. précit.

² Comment dès lors occulter qu’un intérêt est, par définition même, un rapport ?

³ M. le professeur Alain Sériaux observe : « c’est le genre humain en tant qu’essence qui sert ici de référent (« L’humanité au tourniquet de la peine », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 323). Qui oserait alors soutenir que le patrimoine commun de l’humanité ne relève que de l’humanité actuelle ou à venir ? Pour qu’il y ait héritage, il faut qu’il y ait défunt : « quelles que soient les modalités de son appréhension par le droit, l’humanité englobe nécessairement tous les êtres humains passés, présents et à venir » (idem). Voir infra n° 456 et s.

⁴ Sauf précision contraire, toutes les définitions sont issues du dictionnaire Trésor du CNRS.

Plus précisément, le terme ancêtre, pour le Littré, se dit figurément des choses pour signifier qu'elles ont précédé les autres de ce genre. Cela vient du latin *antecessor* qui signifie éclaireur, puis prédécesseur, ceux qui ont vécu avant les contemporains.

Le mort est tout ça : il n'a plus sa qualité de personne juridique ; mais à la différence des choses, il n'a pas perdu sa destinée primitive, exister, il n'a que cessé sa fonction ou l'activité exercée auparavant, vivre. Il est¹ une dignité qui a précédé les autres de son genre : l'ancêtre est la dignité, autrui est le vivant. Par reflet non symétrique², les morts sont l'autre des vivants. Certes Lévinas explique le surgissement d'autrui par l'épiphanie du visage. Mais, comme nous a prévenus Hugo, les morts nous regardent : l'œil est dans la tombe et observe ceux que l'humanité offre comme successeurs. C'est alors que les prédécesseurs nous rappellent à la plus stricte évidence : respecte ce que tu deviendras. Si les morts aiment à ce que l'on se souvienne d'eux, ils n'apprécient guère que les vivants se rappellent à eux.

Le droit essaie de dessiner les contours de cette maxime, mais les vivants peinent parfois à accepter ce que la finitude impose.

Section 3 - L'humanité, autre sujet du droit des humains

444. Si jusqu'ici les sujets découverts ont principalement révélé leur humanité propre, il convient désormais d'approcher la protection accordée par le droit à l'humanité, cette fois-ci, commune à tous³.

En ce que le droit protège des entités individualisées bien que non pourvues de la personnalité juridique, il met en exergue le fait indiscutable qu'en tant qu'êtres appartenant au genre humain, ces entités renvoient chaque vivant à son altérité. L'ordre juridique investit cette relation pour assurer, en deçà, ou au-delà de la personnalité, une protection minimale que chacun est alors à même d'anticiper légitimement. L'identité de tous est replacée dans le sens du lien de droit que l'altérité dirige sur la scène juridique. Or, cette appartenance au genre humain témoigne de l'existence d'une communauté. Si elle est le critère de la protection du reflet d'altérité, elle

¹ Et non il a droit à...

Sur la dignité, v. B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, Chron. p. 185 ; V. Saint James, « Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, Chron. p. 61 ; T. Hassler et V. Lapp, « Droit à la dignité : le retour ! », *LPA*, 31 janv. 1997 ; B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron. p. 282. Adde H. Moutouh, « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 159, et B. Jorion, « La dignité de la personne humaine ou la difficulté d'insertion d'une règle morale dans le droit positif », *ibid.*, p. 197.

² Il ne s'agit pas d'*alter ego*. Autrui est un autre soi, non un autre moi : il faut, en effet, « admettre que l'on est l'autre des autres » (M.-L. Mathieu-Izorche, « L'altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée*, 2005, n° 32, p. 70). Voir supra n°s 12 et 170.

³ V. F. Abikhzer, *La notion juridique d'humanité*, PUAM 2005, n°486 et s.

semble en mesure de devenir l’objet d’appréhension juridique. L’humanité présente, en effet, la caractéristique, en droit, d’être parfois la destinataire directe de normes : l’atteinte à l’humain s’apparente alors à une atteinte envers son humanité, donc envers l’humanité (§1). Si les hommes sont les destinataires individualisés du droit, l’humanité en est le réceptacle collectif. En témoignent la répression des crimes contre l’humanité, l’espèce humaine, et la tentative d’instauration d’un patrimoine commun de l’humanité.

Ce dernier exemple justifie que l’on s’interroge sur la qualité du genre humain, sa nature (§ 2). En vertu de la fameuse thèse de Zachariae reprise par Aubry et Rau¹, chaque personne a un patrimoine et il ne peut y avoir qu’un patrimoine par personne. Manifestation traditionnelle de la personnalité dans le domaine du commerce juridique, cette affirmation nécessite que l’humanité soit qualifiée afin que soit déterminée son identité. Si plusieurs propositions ont pu être avancées, la thèse du sujet de droit semble mieux couvrir les différentes réalités : l’altérité est en effet le paradigme de l’humanité² en ce qu’il rappelle que le but du droit est de découvrir le juste rapport entre les hommes.

§1 - Les manifestations juridiques de l’humanité

445. Famille et patrimoine humains. L’édification d’une protection pénale de l’humanité a permis de mettre en relief l’idée que derrière une atteinte envers un ou plusieurs individus pouvait se révéler la volonté de nier l’appartenance de certaines personnes à l’humanité. Pareillement, le fait que le droit contemporain ait décidé de prendre à bras le corps la problématique relative au clonage démontre que le législateur accorde un intérêt grandissant à la famille humaine (A). Dans une dimension moins nihiliste, les gouvernants se sont également rendus à l’évidence qu’il existe des biens naturels devant être insusceptibles d’appropriation : en tant que ressource du genre humain, le patrimoine commun (B) s’érige comme manifestation concrète d’une personnification de l’humanité.

A – Protection du genre humain

¹ Aubry et Rau, *Droit civil français*, XIX, paragraphe 573.

² Mme Mathieu-Izorche remarque à cet effet, que « la conscience s’élargit à un ensemble bien plus vaste si elle accepte de considérer que le terme « Autrui » puisse aussi désigner des personnes futures, les générations à venir [...] nous pouvons décider d’en tenir compte, et de les considérer comme des « Autrui » dont les droits doivent également être respectés. Autrui recouvre alors l’Humanité toute entière, une Humanité dont les droits essentiels doivent être pris en considération » : M.-L. Mathieu-Izorche, « L’altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 66 et 67, n° 24 et 25.

446. Structuralisme. L'architecture du code pénal tend à prouver qu'humanité et espèce humaine partagent, en droit, une complémentarité : la répression des crimes contre l'humanité (1), de l'eugénisme et du clonage reproductif (2) est issue du constat selon lequel l'humain peut être nié en tant qu'existant lorsqu'on tend à refuser tout rôle à l'altérité et au hasard de la finitude humaine.

1 – Les crimes contre l'humanité

447. Histoire. L'avènement de la répression des crimes contre l'humanité témoigne du fait que l'histoire n'est qu'une succession de petites avancées dont la valeur ne peut être réellement appréciée que sur le long terme. Si l'on s'accorde¹ à voir dans le *jus gentium* de Vittoria, Suarez et Grotius le fondement du droit humanitaire, il est pareillement envisageable d'attribuer à Kant l'idée d'une paix perpétuelle². L'émergence de l'infraction de crime contre l'humanité semble plus difficile, l'idée même d'un droit pénal entre Etats achoppant directement avec le concept de souveraineté. Ceci explique, en partie, que les premières conventions internationales à visée humanitaire, furent, primitivement, l'esquisse d'une réglementation du droit de la guerre. Elles ont été signées à Genève le 22 août 1864, « pour l'amélioration du sort des militaires blessés sur les champs de bataille »³, puis à Saint-Petersbourg, le 11 décembre 1868, « à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre »⁴. Cette déclaration prend d'ailleurs le soin de rappeler que : « [Les parties s'engagent à élaborer d'autres instruments] en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité ». Les Conventions de La Haye des 29 juillet 1899⁵ et 18 octobre 1907⁶ régissent ainsi les « lois et coutumes » de la guerre non dans un but d'interdiction mais dans un objectif de minimisation des effets : « en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels

¹ Voir P. Truche, P. Bouretz, « Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Encycl. Pén.*, Dalloz, n° 1 ; et C. Grynfolgel, « Crimes contre l'humanité », *JCl. Pénal Code*, art. 211-1 à 213-5, fasc. 20, 1998, I., n° 3 et 4.

² E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, œuvres complètes III, 1986, Gallimard.

³ Décr. impérial du 14 juill. 1865, DP 1865.4.118.

⁴ Décr. impérial du 30 déc. 1868, DP 1869.4.18.

⁵ Décr. 28 nov. 1900, DP 1901.4.84.

⁶ Décr. 2 déc. 1910, JO 8 déc.

qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

Suite aux massacres perpétrés par la Turquie à l’endroit des Arméniens, France, Grande-Bretagne et Russie firent une déclaration publique afin de faire savoir « qu'ils tiendront personnellement responsables des crimes de la Turquie (contre l'humanité et la civilisation en Arménie) tous les membres du gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouveraient impliqués dans de pareils massacres » qualifiés de crimes de « lèse-humanité ». Le Traité de Sèvres du 10 août 1920, qui faisait obligation à la Turquie de livrer les auteurs de ces massacres, ne fut jamais toutefois jamais appliqué. Le traité de Versailles qui prévoyait, en ses articles 227 et suivants, le jugement de l’empereur Guillaume II devant un Tribunal pénal international fut pareillement mis en échec par la volonté des Pays-Bas de ne pas remettre le *kaiser*. Malgré ce, le droit humanitaire continua à se développer avec la signature à Genève le 27 juillet 1929 de conventions concernant le traitement des prisonniers de guerre et l'amélioration du sort des blessés et malades¹.

Au cours de la seconde guerre mondiale, la violation, par les nazis, de ces conventions, et l'ampleur des crimes commis, vont entraîner des prises de position solennelles : déclarations anglo-américano-soviétiques des 27 octobre 1941 et 27 avril 1942, qui proclament que le châtiment est l'un des « buts majeurs de la guerre » ; conférence inter-alliés des nations envahies de Saint-James du 13 janvier 1942 ; déclaration de Moscou du 28 octobre 1943 ; déclaration de Yalta du 11 février 1945. Se dégage alors la volonté de punir les « grands criminels » et de juger les responsables de « forfaits abominables ».

C’est par l'Accord de Londres du 8 août 1945² que la France, les Etats-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne et l'URSS vont mettre en application les principes dégagés à Moscou en 1943 et instituer à Nuremberg un Tribunal militaire international³ chargé de juger les « grands

¹ Décr. 10 déc. 1935, BLD 1935.1192

² Décr. n° 45-2267 du 6 oct. 1945, JO 7 oct., rect. JO 10 oct.

³ Après une année d’audiences le Tribunal rendra le 1er octobre 1946 un arrêt prononçant dix-neuf condamnations, dont douze à la peine de mort, et trois acquittements. Le 19 janvier 1946 par une proclamation du général Mac Arthur, commandant en chef suprême pour les Puissances alliées, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient est créé à Tokyo afin de juger les mêmes infractions reprochées aux grands criminels de guerre de l'Extrême-Orient : seront prononcées sept condamnations à mort, seize condamnations à l'emprisonnement perpétuel et deux condamnations à l'emprisonnement à temps.

Par la suite, l'Assemblée générale des Nations-Unies confirmera le 11 décembre 1946, les principes du droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est signée le 9 décembre 1948 (Décr. n°50-1449 du 24 nov. 1950, D. 1950.274) et le 20 novembre 1968, est adoptée une Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, non ratifiée par la France. La Résolution n°3074 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 3 décembre 1973 édicte les principes de la coopération internationale pour le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. La Résolution 1991-41 affirme, en outre, que la pratique systématique des déportations forcées est « de l'ordre du crime contre l'humanité ».

criminels de guerre des pays de l'Axe » pour crimes contre la paix (art. 6 a du Statut annexé à l'Accord), crimes de guerre (art. 6 b)¹ et crimes contre l'humanité (art. 6 c)².

448. Actualité. C'est sur la scène internationale que la répression des crimes contre l'humanité a, une fois de plus, conquis ses lettres de noblesse : par la Résolution 827 du 27 mai 1993, le Conseil de Sécurité des Nations Unies, agissant en application du chapitre VII de la Charte, créa un Tribunal International siégeant à La Haye pour juger les personnes suspectées de crimes sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Par la résolution 955 du 8 novembre 1994, le Conseil de Sécurité a créé un autre Tribunal international siégeant à Arusha (Tanzanie), pour juger des crimes commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et les Etats voisins lorsque, dans ce dernier cas, les auteurs présumés sont rwandais.

Dans une perspective, cette fois-ci permanente, la Convention de l'Assemblée générale des Nations-Unies, adoptée à Rome le 17 juillet 1998, a permis la création de la Cour pénale internationale siégeant à La Haye et entrée en fonction le 1er juillet 2002 après ratification par soixante Etats.

En outre, afin de juger les « personnes qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996 » fut créé un « tribunal spécial » en application d'un traité bilatéral signé le 16 janvier 2002 entre le gouvernement du pays et l'ONU. Dans la même dynamique, un accord bilatéral a été conclu le 6 juin 2003 entre l'ONU et le gouvernement cambodgien pour la création de juridictions chargées de juger les responsables des crimes et des violations graves des lois cambodgiennes et internationales commis sous le régime des Khmers rouges entre le 17 avril 1975 et le 6 juin 1979.

Sur le plan interne, si la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 « constate » l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, définis par renvoi à la Charte du Tribunal militaire international du 8 août 1945³, ce n'est qu'avec le code pénal issu des lois du 22 juillet

¹ Violations des lois et coutumes de la guerre qui « comprennent, sans y être limitées, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages (...) que ne justifient pas les exigences militaires ».

² « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

³ . Selon son rapporteur à l'Assemblée nationale, il s'agit en effet d'une loi déclarative et interprétative : V. Mongin, rapport sur Cass. crim. 30 juin 1976, JCP 1976. II. 18435. Sur les lois interprétatives, v. supra n° 262 et s.

1992, que la France s’est réellement dotée d’une législation adaptée à la particularité de ces infractions.

449. Incrimination interne par renvoi du crime contre l’humanité. Dans la mesure où seul le code pénal de 1992 introduit la définition du crime contre l’humanité en droit interne, les juridictions françaises durent, jusque-là, faire usage de la définition prévue dans le Statut du Tribunal de Nuremberg à laquelle renvoie expressément la loi de 1964 constatant l’imprescriptibilité de l’infraction. De manière très juste, Claude Lombois observait : « Notion de droit dans l’ordre international, le crime contre l’humanité n’était, dans l’ordre interne, qu’une notion de fait. Il devient notion de droit, dès lors qu’un régime juridique lui est attaché. *Nominor, ergo sum*. Car le législateur a ce pouvoir - attribut de la divinité - en nommant les choses, de les faire exister »¹.

Pour la première fois saisie quant à la définition du crime contre l’humanité, la Cour de cassation affirma le 6 février 1975 qu’il s’agit de « crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit »². Néanmoins, en vue d’intégrer à la qualification l’internement en camp de concentration des résistants et permettre le jeu de l’imprescriptibilité, la Cour de cassation n’a pas hésité à donner une autre définition du crime contre l’humanité dans l’arrêt « Barbie » du 20 décembre 1985 : « Constituent des crimes imprescriptibles contre l’humanité, au sens de l’art. 6 (c) du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l’accord de Londres du 8 août 1945 - alors même qu’ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l’art. 6 (b) de ce texte - les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d’un Etat pratiquant une politique d’hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre les personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition »³. En faisant du crime contre l’humanité, initialement infraction dirigée contre les populations civiles, une

¹ C. Lombois, « Un crime international en droit français, l’apport de l’affaire Barbie à la théorie française du crime contre l’humanité », in *Mélanges A. Vitu* : Cujas 1989, p. 374.

² Crim. 6 fév. 1975 « Touvier » : Bull. crim., n° 42 ; D. 1975, jurispr. p. 386, rapp. Chapar et note P. Coste-Floret ; Gaz. Pal. 1975, I, p. 310 ; RSC 1976, p. 97, obs. A. Vitu ; AFDI 1976, p. 922 à 925.

Définition reprise dans deux arrêts du 29 novembre 1988 (pourvois n° 86-91661 et 87-80566, inédits), par Cass. crim., 31 janv. 1991, aff. Bousquet (Bull. crim., n° 54 ; D. 1991, jurispr. p. 259, note Braunschweig), et 14 nov. 1991 (Bull. crim., n° 409) ; v. P. Poncela, « L’humanité, une victime peu présentable », *D.* 1991, chron. 229.

³ Crim. 20 déc. 1985 : Bull. crim. n°407 ; D. 1986. 500, note Chapar ; JCP 1986. II. 20655, rapp. Le Gunehec, concl. Dantenwille ; RSC 1987. 275 et 937, obs. Lombois.

variante du crime de guerre, la Cour de cassation parvient à rendre imprescriptibles les infractions commises contre des combattants, les résistants¹.

En s'appuyant sur cette définition, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris refusa le 13 avril 1992 de voir, dans le massacre de sept juifs sur ordre d'un milicien, un crime contre l'humanité : manquait la référence, dans l'Etat français d'alors, à une politique d'hégémonie idéologique. La Cour de cassation, par arrêt du 27 novembre 1992², censura cette décision en considérant que les crimes avaient été « perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique ». Pour la Cour, les auteurs de crimes contre l'humanité ou leurs complices³ ne peuvent être punis « que s'ils ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe ». Ceci explique que les faits commis pendant le conflit indochinois⁴, ou durant la guerre d'Algérie⁵ ne peuvent être qualifiés crimes contre l'humanité.

450. Droit positif : le code pénal de 1992. Depuis les lois du 22 juillet 1992 et la loi du 6 août 2004⁶, le livre deuxième du code pénal contient un sous-titre premier intitulé « Des crimes contre l'humanité ». En son sein figurent le chapitre premier relatif au génocide, un chapitre II concernant les autres crimes contre l'humanité et un troisième chapitre regroupant les dispositions communes à toutes ces infractions. Il n'y a donc pas un crime contre l'humanité mais une pluralité : « Autrement dit, il y aurait la catégorie générique des crimes contre l'humanité, soit le genre, et les diverses espèces qu'elle renferme »⁷.

Ainsi l'article 211-1 définit le génocide comme « le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire

¹ Ce qui ne fit pas l'unanimité : C. Lombois, « Un crime international en droit positif français », art. précit. ; M. Massé, « Les crimes contre l'humanité », Actes, sept. 1989 ; A. Frossard, *Le crime contre l'humanité*, 1987, Laffont ; A. Finkelkraut, *La mémoire vaine*, 1989, Gallimard.

² Crim. 27 nov. 1992 : Bull. crim. n° 394.

³ La Cour de cassation devait être conduite à préciser cette notion de complicité en droit français : le dernier alinéa de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg n'exige pas que le complice de crimes contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux, ni qu'il ait appartenu à une des organisations déclarées criminelles par ce tribunal (Cass. crim. 23 janv. 1997, Bull. crim., n° 32, D. 1997.147, note J. Pradel, JCP 1997. II. 22812, note J.-H. Robert). La Cour de cassation a constaté qu'il n'y avait pas de contradiction entre une condamnation pour des arrestations et des séquestrations et l'acquittement pour complicité d'assassinats et de tentatives d'assassinats, l'accusé ayant pu ignorer que les persécutions pouvaient conduire à l'extermination (Cass. Ass. plén. 11 juin 2004, n° 98-82.323, AJ Pénal, 2004.325 et 327).

⁴ Cass. crim. 1er avr. 1993, Bull. crim., n°143, D. 1993, IR 136, Dr. pénal 1994. 38, obs. Robert.

⁵ Cass. crim., 17 juin 2003, Bull. crim. n° 122 ; D. 2004. 92, note Daniel ; ibid. 2004. Somm. 312, obs. Gozzi ; AJ pénal 2003. 25, obs. J. L.-H. ; JCP 2003. II. 10146, note Roulot ; Dr. pénal 2003, comm. 96, obs. Véron ; RSC 2003. 894, obs. Massé.

⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique : art. 28-I.

⁷ C. Grynfoegel, art. précit. n° 83.

commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie ; atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ; soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ; mesures visant à entraver les naissances ; transfert forcé d'enfants ». La pénalité encourue est la réclusion criminelle à perpétuité¹.

L'article 212-1 incrimine et punit à l'identique, la « déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile ». La pénalité est analogue lorsque ces faits visent, en temps de guerre, « ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité »². Enfin, l'article 212-3 prévoit que « la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels » de génocide ou crime contre l'humanité serait punie des mêmes peines.

De la sorte, le législateur a abandonné toute référence à une criminalité d'Etat : peu importe l'auteur où l'institution qui commet ou fait commettre les crimes contre l'humanité, sont seulement prises en considération « les circonstances particulières dans lesquelles les actes incriminés ont été commis »³. En outre, toutes les infractions se réfèrent à l'existence d'un plan concerté⁴.

Plus précisément, il convient de remarquer, au-delà des différences concernant les éléments matériels des différentes infractions, que le texte définissant le génocide vise les groupes et eux seuls, sans mentionner l'individu autrement que comme membre de ceux-ci. Le crime contre l'humanité est quant à lui dirigé vers un groupe de population civile discriminé à raison de motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux, ce qui tend à « obscurcir la distinction avec le génocide »⁵.

451. Spécificité du dol spécial : la négation de l'humanité. Classiquement, l'élément moral du crime contre l'humanité explique le caractère particulier de l'infraction et le régime de l'imprescriptibilité. Le dol général des infractions incriminées n'est pas suffisant pour que la

¹ Art. 211-1 al. 2 C. pén.

² Article 212-2 C. pén.

³ M. Sapin, Sénat, 2 oct. 1991 : JO Sénat CR, p. 2545 et AN, 2e séance, 2 déc. 1991 : JOAN CR, p. 6996

⁴ Pour une critique à l'égard de l'incrimination de génocide : v. A. Decoq, « Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives », *D.* 1994, jur. p. 101. L'auteur affirme que « cette exigence ne figure pas dans la Convention du 9 décembre 1948 et en conséquence doit être tenue pour non écrite ».

⁵ C. Grynfoegel, art. précit. n° 95.

répression puisse s'exercer au titre d'un crime contre l'humanité : l'« intention délictueuse, dirigée vers l'obtention d'un résultat déterminé, se superpose à la simple volonté de commettre un crime, en l'occurrence de déporter, d'asservir, de persécuter, d'assassiner »¹.

Lorsqu'un individu commet un crime contre l'humanité, il cherche avant tout à « atteindre, par l'un quelconque de ces moyens, la race, la religion, le système politique ou l'idée directement visée à travers l'individu »². C'est dire l'importance accordée à la victime pour que l'élément moral soit qualifié. C'est l'appartenance de cette victime à une race, une religion ou une ethnie réputée inférieure voire nuisible qui justifie, dans la tête du criminel, la perpétration de ses méfaits³.

Si Meyrowitz ne voyait pas, en l'humanité, « un bien juridique protégé spécifique »⁴, les auteurs actuels se sont efforcés de définir la spécificité de cette « humanité » valeur à protéger *per se*. Elle est néanmoins « fuyante, en ce qu'elle renvoie aussi bien à la personne humaine qu'au genre humain, en passant par les droits des peuples et les droits de l'homme »⁵. M. Pierre Truche, développe ainsi une conception duale de l'humanité : « le genre humain, les hommes en général », et « la nature humaine, l'essence de l'homme, ce qui fait qu'il est homme ». L'infraction touche alors l'homme à deux niveaux : « d'abord dans son corps, sa vie (il est assassiné, exterminé) ou sa liberté (il est déporté, réduit en esclavage), mais également dans sa dignité d'homme qui le fait semblable des autres hommes »⁶.

452. A la recherche de l'humanité : la découverte de l'altérité. Le professeur Delmas-Marty s'est astreint à distinguer la valeur derrière l'interdit, qui, il est vrai, brille plus par son absence que par son épiphanie, « comme si le droit hésitait à dire cet irréductible humain qui ne se confond ni avec la vie, ni avec la liberté »⁷. En partant des différents textes relatifs à la répression des crimes contre l'humanité et en les rapprochant de ceux prohibant les traitements inhumains et dégradants, elle a pu dégager le contenu *a priori* de cet « irréductible humain » : la dignité inhérente à celle-ci. Des divers droits énoncés, le respect de la dignité humaine est en

¹ Ibidem n°79.

² J. Graven, VIIIe Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, V. *Les Actes de la Conférence* : éd. Pédone 1949.

³ Ce qui, *stricto sensu*, devrait écarter les crimes de guerre des crimes contre l'humanité, choix en faveur duquel n'a pas opté le législateur consacrant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire « Barbie » jugée le 20 décembre 1985.

⁴ H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité*, thèse Paris : LGDJ 1960, p. 271.

⁵ C. Grynfogel, art. précit. n°79.

⁶ P. Truche, « La notion de crime contre l'humanité », *Revue Esprit*, mai 1992, pp. 67-68.

⁷ M. Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 478.

effet le seul droit auquel on ne saurait déroger : « Au sommet, quelques rares droits à protection absolue, c'est-à-dire pour lesquels aucune dérogation, exception ou restriction n'est admise, même à titre temporaire, même en cas de "danger public exceptionnel menaçant la vie de la Nation"¹. Ce sont précisément les droits "indérogeables" qui comprennent, outre l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ceux de l'esclavage et de la servitude², de la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique³ et des expulsions collectives⁴ »⁵.

Néanmoins, Mme Delmas-Marty considère que cette notion de « dignité de la personne » est encore trop imprécise⁶ pour fonder la définition du crime contre l'humanité, dans la mesure où des politiques eugéniques mises en place au début du siècle en Europe et aux Etats-Unis invoquaient ce concept : l'on préconisait la suppression, d'un certain nombre d'êtres humains, dans le but de préserver la dignité humaine. Pour donner à ce concept de dignité sa pleine signification de valeur essentielle à l'homme et à la communauté humaine, l'analyse doit être approfondie et affinée : « il y a urgence à mieux cerner cet irréductible humain qui, au nom des droits indérogeables, protégerait en effet bien plus que la vie ou même la dignité d'un individu, car il s'agit d'une valeur à la fois individuelle (le plus précieux de chaque être) et collective (l'idée même d'humanité) »⁷.

Or, il semble évident que le crime contre l'humanité révèle une dimension collective puisqu'il vise les « populations civiles », les « groupes » à l'intérieur desquels on rabaisse l'individu pour mieux justifier son extermination. L'être humain se trouve alors « réduit à n'être plus qu'un élément interchangeable de ce groupe et, comme tel, rejeté dans son altérité, c'est-à-dire à la fois dans sa singularité d'être unique et dans son égale appartenance à la communauté humaine »⁸. Comme l'observe M. le professeur Alain Sériaux, « à travers le groupe, l'humanité comparaît comme une victime sur la scène juridique » : « le groupe victime l'est en tant que fraction d'une humanité prise comme entité et non plus seulement comme essence »⁹.

Les incriminations établiraient bien des infractions à l'encontre de l'humanité quand une pratique délibérée comporte, soit la violation de ce que Mme Delmas-Marty appelle « principe de

¹ Art. 4 Pacte de 1966 ; comp., dans le même sens, art. 15 CESDH.

² Art. 1 et 2 Pacte, art. 4 CESDH.

³ Art. 16 Pacte.

⁴ Art. 4 du protocole additionnel CESDH n° 4.

⁵ M. Delmas-Marty, loc. cit.

⁶ « Comme la liberté selon Valéry, la dignité est un mot qui a plus de valeur que de sens » : C. Sevely, « Réflexions sur l'inhumain et le droit, Le droit en quête d'humanité », *RSC* 2005 p. 483

⁷ Idem.

⁸ Ibidem p. 489

⁹ A. Sériaux, « L'humanité au tourniquet de la peine », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 320.

singularité » (exclusion d'êtres humains, jusqu'à l'extermination ou à l'inverse, reproduction à l'identique, clonage), soit celle du « principe d'égalité d'appartenance à la communauté humaine (discriminations, création de surhommes par sélection génétique ou de sous-hommes par croisement d'espèces) »¹.

En affirmant ceci, Mme Delmas-Marty ne fait que mettre en perspective dans le domaine juridique ce que l'identité dans la dimension relationnelle suppose : elle est ipséité et mêmeté. Or, ce n'est que dans l'acceptation d'autrui que ces deux versants de l'identité se manifestent. L'irréductible humain, c'est autrui car l'autre nous renvoie à un être que nous ne pourrions jamais réellement connaître, une ipséité, et au fait que cet autre appartient à la même espèce que le sujet, il est alors mêmeté, un « comme soi »². Le crime contre l'humanité est ainsi crime contre l'ipséité ou la mêmeté³, crime contre l'altérité.

En se penchant sur l'horreur relative aux expérimentations médicales ou scientifiques pratiquées par des médecins nazis, qualifiées crimes contre l'humanité, le Tribunal de Nuremberg fut amené à déterminer dix principes d'« éthique médicale », connus sous le nom de code de Nuremberg⁴. C'est dire le rapprochement qui peut être fait entre le crime contre l'humanité *stricto sensu* et les actions sur le génome, qui, jour après jour, révèle ses secrets. A cet égard, la France a signé le 12 janvier 1998, le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur la biologie et la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains⁵ et, dans le cadre de la loi du 6 août 2004, elle a créé un sous-titre 2 dans le livre deuxième du code pénal, prenant alors place après les crimes contre l'humanité. Il s'agit de la répression des crimes contre l'espèce humaine.

2 – Les crimes contre l'espèce humaine

453. Clonage reproductif : principe de prohibition. La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997 mettait en exergue, dès son article 1^{er} que « le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens

¹ M. Delmas-Marty, art. précit. p. 490.

² M.-L. Mathieu-Izorche, « L'altérité », in Mireille Delmas-Marty et les années UMR, *Société de législation comparée*, 2005, n° 44, p. 73.

³ Voir les deux.

⁴ V. C. Ambroselli, *L'Éthique médicale* : PUF 1988, Que sais-je ?, 3e partie intitulée « Les crimes contre l'humanité et le Code de Nuremberg 1947 », 1988, p. 81 s. et p. 103 s..

⁵ Communiqué de la Chancellerie : JCP G 1998, n° 4, act. p. 129.

symbolique il est le patrimoine de l'humanité »¹. En introduisant dans le livre deuxième, un nouveau titre premier « Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine », un sous-titre II « Des crimes contre l'espèce humaine » comportant la répression de l’eugénisme² et du clonage reproductif, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 a opéré une construction symboliquement forte³. Ainsi, au niveau des technologies de la reproduction, la notion de crime contre l’espèce humaine apparaît comme « une sorte de double du crime contre l'humanité »⁴. En punissant de trente ans de réclusion et de 7.500.000 € d’amende⁵ ce que l’article 16-4 du code civil interdit, « l'intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée », le législateur tend à protéger « une catégorie naturelle dont la formule législative, « l'espèce humaine », est à la bioéthique ce que l'humanité est à la morale »⁶. Dans la mesure où le clonage remet en cause le caractère sexué de la reproduction et qu’il porte atteinte par sélection à l’intégrité de l’espèce humaine, l’on peut comprendre qu’il soit placé, dans le code pénal, à côté de l’article réprimant l’eugénisme, autre atteinte à l’espèce humaine, s’il en est⁷.

Le législateur a, à cet effet, prévu un régime pénal proche de la criminalité contre l’humanité : la loi prévoit, à titre de circonstance aggravante, la commission de l’infraction en bande organisée, la réclusion criminelle encourue est alors portée à la perpétuité⁸. Les mêmes sanctions sont encourues en cas de participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation des infractions de clonage ou de pratique eugénique⁹. Quant à la prescription de l'action publique, elle est portée à trente ans¹⁰, soit « à mi-chemin entre

¹ V. J.-S. Cayla, « La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997, et la législation française sur le respect du corps humain », *RDSS* 1998 p. 46.

² L’article 214-1 reprend la définition de l'eugénisme que la première loi de bioéthique 94-653 du 29 juillet 1994 avait placée à l'article 511-1 du code pénal parmi les « infractions en matière d'éthique médicale ». La réclusion passe de 20 à 30 ans ; une forte amende de 7 500 000 euros est introduite, les personnes morales devenant punissables. Désormais, « Le fait de mettre en oeuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de 30 ans de réclusion criminelle et de d'amende ». Reste que la « pratique eugénique reste indéfinie, alors que la loi nouvelle élargit le recours au diagnostic préimplantatoire » (Seuic J.-F., *RSC* 2004, p. 912).

³ Sur l’opportunité de la législation pénale en matière de clonage, v. M. Delmas-Marty, « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517. L’auteur rappelle qu’une tentative de pénalisation du clonage reproductif devrait se faire sous l’égide de l’ONU tant les intérêts économiques et l’approche éthique varient d’un Etat à l’autre.

⁴ P. Egéa, « La condition fœtale entre « procréation et embryologie », Du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *RDSS* 2005 p. 232.

⁵ Art. 214-2 C. pén. : « ultime atteinte à la dignité humaine, à l'éthique la plus élémentaire et au droit naturel, c'est-à-dire, quelle qu'en soit le nom, à ce que l'on peut considérer comme étant au fondement du droit légiféré, le clonage reproductif est donc sévèrement puni par la loi française » (J.-R. Binet, « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Dr. fam.*, n° 12, Décembre 2004, Etude 28).

⁶ P. Egéa, art. précit..

⁷ V. infra n° 455.

⁸ C. pén., art. 214-3.

⁹ C. pén., art. 214-4.

¹⁰ C. pén., art. 215-4, al. 1^{er}.

l'imprescriptibilité du crime contre l'humanité et la prescription de dix ans des crimes de droit commun »¹.

454. Clonage thérapeutique. La répression mesurée du clonage thérapeutique témoigne de ce que le consensus sur la prohibition du clonage reproductif, ne se retrouve pas dans sa dynamique médicale². L'interdit ne se retrouve pas dans le code civil mais dans le code de la santé publique³. Quant aux pénalités, elles sont abaissées à sept ans d'emprisonnement et 100.000 € d'amende⁴. Avant le vote du texte, il est acquis que le Gouvernement Jospin était favorable à un tel procédé. D'ailleurs, lors du vote de la loi, la gauche étant passée dans l'opposition, certains députés socialistes maintinrent le souhait de la légalisation. Malgré l'interdit et la répression, le ministre de la santé de l'époque se dit favorable à ce qu'un débat soit ouvert sur la question ; la France se déclara ainsi hostile à ce qu'une convention des Nations Unies contre le clonage humain prohibe le clonage thérapeutique. C'est dire que l'interdit repose sur une incertitude quant à l'utilité d'un tel procédé : « On le voit, le terrain est, en substance, glissant »⁵ ; « on peut donc, même sans vouloir jouer à Cassandra, supposer que cet interdit est au nombre de ceux qui devraient difficilement supporter la révision programmée de cette loi »⁶.

455. Appréciation. Si l'assimilation du clonage reproductif au crime contre l'humanité peut paraître séduisante, force est de constater que les agissements incriminés ne sont pas comparables au regard des résultats redoutés. Si dans un cas, l'on tend à protéger l'intégrité de l'espèce en empêchant la conception d'une personne identique à une autre, dans l'autre, il s'agit de prévenir l'anéantissement même de la personne à travers le groupe auquel elle est rattachée⁷. L'espèce humaine s'apparente davantage à l'identité génétique de l'humanité qu'à l'humanité elle-même : « si l'humanité renvoie à une réalité tangible - l'ensemble des hommes - il n'en va pas

¹ J.-R. Binet, « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Dr. fam.*, n° 12, Décembre 2004, Etude 28. Toutefois, lorsque ce crime a conduit à la naissance d'un enfant, le point de départ du délai de prescription est reporté à sa majorité (C. pén., art. 215-4, al. 2).

² Voir à ce sujet S. Hennette-Vaucher, « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l'exception bioéthique ? », *RDSS* 2005, p. 185.

³ C. santé publ., art. L. 2151-4. - L. n° 2004-800, art. 25, II : « Est [...] interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques. ».

⁴ C. pén., art. 511-18-1. - L. n° 2004-800, art. 28, II, 6°.

⁵ V. S. Hennette-Vaucher, art. précit.

⁶ J.-R. Binet, art. arécit.

⁷ A cet effet, M. le professeur Sériaux parle d'humanité intensive en matière de crime contre l'humanité (la spiritualité) et d'humanité extensive au regard des crimes contre l'espèce humaine (sens biologique) : « L'humanité au tourniquet de la peine », art. précit. p. 321.

de même de l'espèce humaine qui n'est qu'une catégorie des sciences naturelles que le législateur a utilisée comme pis-aller pour désigner le "patrimoine" génétique humain »¹.

Pareillement, l'idée que le clonage entraîne nécessairement la création d'une personne génétiquement identique est fautive au regard de la méthode actuellement mise en œuvre. Comme l'a rappelé M. le professeur Descamps, « dans le cadre de la technique du transfert nucléaire, les différences génétiques entre le clone et l'individu qui a fourni son matériel génétique nucléaire pour l'engendrer sont plus grandes que celles qui existent entre deux jumeaux homozygotes (en raison de l'influence du matériel cytoplasmique apporté par l'ovocyte) »².

Demeure toutefois l'idée qu'à travers la protection de l'espèce humaine, le législateur a voulu protéger le groupe génétiquement identifié, l'humanité. Une fois de plus, si l'on appréhende l'humanité au regard de l'ipséité et de la mêmeté qu'autrui dévoile dans la relation, il semble évident que le clonage tend à vouloir réduire l'ipséité à la mêmeté. En créant un *alter ego*, l'on nie que l'autre n'a pas à être une copie d'un moi, mais bien un autre soi. Une manipulation du génome aux fins de clonage emporte dès lors un risque évident pour l'humanité car une telle possibilité modifierait la notion même d'existence : il deviendrait impossible de se représenter autrui si ce n'est à travers une perversion de la relation puisque l'autre serait assimilable au sujet. Si, sur le plan du droit, il semble évident que l'individu créé par clonage aurait tous les attributs de l'humain, donc de la personne s'il vient à naître³, se présenterait un problème essentiel en terme relationnel : l'improbable filiation. L'enfant, en dehors d'une création sexuée⁴ n'aurait aucune filiation biologique, sauf à considérer que l'enfant est issu des parents de l'individu cloné, il serait alors un « frère en humanité et en droit »⁵. Ceci tendrait à revoir toute la conception que l'humanité se fait de la reproduction. Si l'assistance médicale à la procréation a, en trente ans, révolutionné la manière dont sont procréés certains enfants, ces derniers restent le fruit d'une rencontre entre les gamètes d'un homme et d'une femme. En

¹ P. Egéa, art. précit.

² Ph. Descamps, « Enfants clonés, enfants damnés », *D.* 2004, p. 1819. En effet, l'ADN mitochondrial reste celui de la cellule réceptrice, l'ovocyte énucléé. V. J.-P. Renard, « Le clonage : une fin ou un moyen », *Pour la Science*, Novembre 2007, p. 34-40 et P. L. Roubertoux, « *Mitochondrial DNA modifies cognition in interaction with the nuclear genome and age in mice* », *Nature Genetics*, 35, 65-69, 1er sept. 2003. Seule la technique relative à la division artificielle de l'embryon emporte identité de matériel génétique.

³ Ce que confirmait Mme Péresse, rapporteur du projet de loi : « Un enfant cloné serait évidemment une personne à part entière. Il pourrait d'ailleurs se porter partie civile contre ses parents, contre les médecins qui l'ont conçu pour demander réparation de son préjudice moral » (in *Sciences et Avenir*, n° 687, mai 2004, p. 45).

⁴ Le Comité consultatif national d'éthique s'était essentiellement fondé sur ce postulat pour préconiser et conserver l'interdiction du clonage reproductif : CCNE, avis n° 54, du 22 avril 1997 « Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif », voir Gaumont-Prat H., « Interdiction du clonage humain », *D.* 1998, p. 167.

⁵ C. Byk, « Le clone, l'humain et le droit », in *Les progrès de la peur*, N. Farouki (dir.), Le Pommier, 2001, p. 201.

attendant que les humains acceptent l'idée d'une reproduction non sexuée¹, il y a tout lieu d'en prévenir les effets par une législation pénale.

Dans la mesure où l'eugénisme, réprimé à l'article 214-1 du code pénal², constitue une variante des crimes contre l'humanité en ce qu'il tend à vouloir sélectionner les membres de l'espèce, donc à affaiblir l'ipséité, la prohibition du clonage reproductif est sans doute à sa place au devant du livre sur la personne humaine : « le clonage confondu avec l'eugénisme n'est en fait qu'une reproduction asexuée qui délaisse l'altérité et le hasard et met en avant la fragilité de l'image de l'homme, du fait de manipulations techniques. La prudence est de rigueur face à la technique du clonage qui pourrait se révéler comme une source d'altérations génétiques du fait de combinaisons subtiles non maîtrisées qui s'opèrent lors de la conception »³. Si l'eugénisme consiste en une pratique tendant à la sélection des personnes, elle est sur le plan de l'altérité, une volonté d'affaiblissement de l'ipséité au profit d'une même jugée supérieure. Quant au clonage, il s'agit davantage de la négation de l'ipséité d'autrui au bénéfice d'un moi total désirant s'affranchir de la finitude. C'est dire que ces deux interdits reflètent la crainte des sociétés à l'endroit d'une tendance humaine à souhaiter rompre avec les affres de l'altérité. Inquiétude qui peut, dans une certaine mesure, recouper une réelle volonté politique de préserver un patrimoine commun au genre humain.

B – Protection du patrimoine du genre humain

456. Validation : l'humanité comme sujet de droit. En tant que zone d'imputation juridique dont on protège les intérêts, l'humanité peut légitimement être qualifiée de sujet de droit : il s'agit d'un groupe rassemblant l'intégralité des humains qui fait l'objet d'une protection juridique tendant à défendre l'altérité de tout un chacun. En l'état du droit positif, chacun est à même, de déterminer les anticipations légitimes de cette entité : prohibition des crimes contre l'humanité, interdiction de l'eugénisme et du clonage reproductif. La fiction *nemo censetur ignorare legem*⁴ est en effet apte à exiger de chacun qu'interdits et obligations à l'égard d'autrui soient intégrés. Il s'agit, une fois de plus, d'une fiction puisque nul ne peut évidemment prétendre à une connaissance intégrale et précise de l'ordonnement juridique. Néanmoins, au

¹ Donc une production ?

² Art. 214-1 C. pén. : « Le fait de mettre en oeuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ».

³ F. Abikhzer, *La notion juridique d'humanité*, PUAM 2005, n° 547.

⁴ V. J. Carbonnier, « La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi en droit français" » : *Journées de la société de législation comparée*, 1984, pp. 321 et s. ; R. Guillien, « Nul n'est censé ignorer la loi » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier* : Dalloz, 1961, t. I, pp. 253 et s. ; F. Terré, « Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi » in *Travaux de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris* : éd. Cujas, 1966, t. XXX, pp. 91 et s.

vu du caractère fondamental des maximes juridiques présumées connues, il apparaît possible de soutenir que la fiction s’apparente plus à une présomption d’évidence qu’à une « situation manifestement contraire à la réalité »¹. Si personne n’est susceptible de connaître tout le droit, beaucoup n’ignorent pas la prohibition du crime contre l’humanité, de l’eugénisme et du clonage reproductif².

L’humanité exige, en retour et en droit, que la singularité et l’égale appartenance à la famille humaine ne soient niées par autrui. Cette personnification du groupement humain dans son intégralité est, en outre, validée par le développement de l’idée selon laquelle existerait un patrimoine commun de l’humanité. En adaptant la conceptualisation du patrimoine telle que nous l’ont léguée Aubry et Rau à la suite de Zachariae, il semble possible de lier le patrimoine, non à une personne, mais à un titulaire qui, selon le professeur Sériaux, devrait être, de manière ultime, la famille³. L’existence d’un patrimoine de l’humanité tendrait ainsi à renforcer l’idée que la famille humaine est un réel sujet de droit : aussi n’est-il pas étonnant qu’un auteur ait présenté ce patrimoine commun comme la « clef de l’humanité »⁴.

457. Idéation. Dans les années 1970, les Nations Unies furent le lieu où l’on prit conscience que les capacités technologiques développées par l’homme risquaient de mettre en péril les ressources terrestres : ainsi l’épuisement des ressources minérales et biologiques et les inégalités entre pays riches et pauvres dans l’accès aux ressources constituèrent un réel sujet de préoccupation. Le droit international prit alors le relais afin de réglementer le statut de ces ressources et espaces. A l’alternative classique entre liberté et souveraineté étatique, fut choisie une troisième voie, celle du patrimoine commun de l’humanité. A dire vrai, l’idée n’était pas si nouvelle. Si l’on pouvait lire au XIX^{ème} siècle, sous la plume d’Andréas Bello, l’expression « patrimoine indivisible »⁵ afin de justifier le principe de non-appropriation des ressources des océans, c’est, semble-t-il Albert Geouffre de Lapradelle qui en a réellement saisi le titulaire : « la mer est susceptible de former la propriété d’une personne morale qui serait la société

¹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, coll. Méthodes du droit, n° 282.

² Si la réalité venait à contredire un tel optimisme, le caractère fictif de la présomption de connaissance du droit l’emporterait sans que cela ne nuise à autrui puisque le droit, en la matière, est intelligible et accessible.

³ A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994 p. 801.

⁴ M. Remond-Gouilloud, « L’autre humanité (remarques sur une homonymie) », in *Etudes en hommage à A. Kiss, Les hommes et l’environnement, quels droits pour le vingt-et-unième siècle ?*, Editions Frison-Roche, Paris, 1998, page 58.

⁵ Cité in B. Zuleta, « Le Tiers monde et la Convention », in Colloque S.F.D.I. de Rouen, 2-4 juin 1983, *Perspectives du droit de la mer à l’issue de la 3^{ème} Conférence des Nations Unies*, Pédone, Paris, 1984, page 65.

internationale des Etats »¹. La mer territoriale, comme la haute mer, est le « patrimoine de l'humanité »².

Cette conceptualisation des mers et océans fut reprise le 29 avril 1958 par le Président de la Première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui, dans son discours d'ouverture, assimila les ressources des grands fonds marins à la notion de « patrimoine commun de l'humanité », et par Lindford Johnson en 1966³.

Dans le cadre du travail réalisé par les Nations Unies, la consécration d'un patrimoine commun ne s'est pas limitée aux mers et océans, puisque fut très tôt inclus l'espace.

458. Zones maritimes et patrimoine commun de l'humanité. C'est l'Ambassadeur maltais Arvid Pardo qui, le premier, saisit l'Assemblée générale des Nations Unies afin qu'elle se prononce sur l'utilisation des fonds marins. Désirant qu'une déclaration soit formulée, et à terme, qu'un traité soit conclu, dans le but d'exploiter les ressources dans l'intérêt de tous, il soutint dans son discours du 1^{er} novembre 1967 : « le lit des mers et des océans constitue le patrimoine commun de l'humanité et devrait être utilisé à des fins pacifiques et dans l'intérêt de l'humanité tout entière. Les besoins des plus pauvres, représentant la partie de l'humanité qu'il est le plus nécessaire d'aider, devraient être étudiés par priorité dans le cas où des avantages financiers seront tirés de l'exploitation du lit des mers et des océans à des fins commerciales »⁴.

La Résolution 2749 (XXV) du 17 décembre 1970 consacra une telle vision puisque l'on y trouve la « Déclaration des principes régissant le fonds des mers et des océans ainsi que leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale ». Il fut d'ailleurs décidé de convoquer en 1973 une conférence sur le droit de la mer dont l'un des objectifs essentiels serait de donner corps à ce patrimoine commun. Après onze sessions, la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer adopta le texte final de la Convention le 30 avril 1982. Le texte fut signé par 119 délégations le 10 décembre 1982 à Montego Bay, en Jamaïque, et entra en vigueur le 16 novembre 1994. L'article 136 stipule ainsi que « la Zone⁵ et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité ».

¹ A. Geouffre de la Pradelle, « Le droit de l'Etat sur la mer territoriale », *RGDIP*, 1898, p. 283.

² Ibidem p. 321.

³ Voir A. de Mestral, « Le régime juridique des fonds des mers : inventaire et solutions possibles », *RGDIP*, 1970, page 649.

⁴ Note verbale de la Mission permanente de Malte auprès de l'ONU adressée au Secrétaire générale, doc. A/6695 1967.

⁵ Maritime.

459. Espace et patrimoine commun de l’humanité. Le Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d’exploration et d’utilisation de l’espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes de 1967¹, met en place les grands principes du droit de l’Espace en faisant des activités spatiales « l’apanage de l’humanité ». Dans la mesure où ce texte ne prenait pas en compte la question de l’utilisation des ressources naturelles des corps célestes, des propositions virent le jour aux Nations Unies dès 1970. Ainsi un projet argentin, présenté en juin 1970 au Sous-comité juridique du Comité des Nations Unies pour les utilisations pacifiques de l’espace extra-atmosphérique, proposa que les ressources naturelles de la Lune et des autres corps célestes soient régies par le principe de patrimoine commun de l’humanité : les avantages tirés de cette utilisation reviendraient à tous les peuples sans discrimination et les bénéfices économiques éventuels devraient servir à améliorer les conditions de vie des pays en voie de développement .

Une fois de plus, après de longues négociations, la Résolution 34/68 du 5 décembre 1979 arrêta un projet d’accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes. Ouvert à la signature à New York le 18 décembre 1979, l’Accord sur la Lune, qui forme l’annexe de cette résolution, est entré en vigueur le 11 juillet 1984. Cet accord, qui souligne en son article 4 qu’il « est tenu compte des intérêts de la génération actuelle et des générations futures », proclame, à l’article 11, § 1 que « la Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l’humanité ».

Partant, le choix de ne retenir que la Zone des fonds marins, la Lune et les autres corps célestes comme domaine du patrimoine commun de l’humanité² manifeste le souci d’évoluer dans des domaines où sa consécration relève d’un consensus et où ses principaux critères d’identification se rencontrent.

460. Le régime juridique du patrimoine commun de l’humanité. Deux principes essentiels semblent se dégager du concept de patrimoine commun de l’humanité : la non-appropriation et la conservation pour une meilleure gestion. L’article 2 du Traité sur l’utilisation

¹ Ouvert à la signature à Moscou, Londres et Washington le 27 janvier 1967 et entré en vigueur le 10 octobre de la même année.

² Au demeurant, la Convention de l’Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 énonce dès son préambule que « les atteintes portées aux biens culturels, à quelque peuple qu’ils appartiennent, constituent des atteintes au patrimoine culturel de l’humanité entière, étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale ». Quant à la Convention pour la protection du patrimoine culturel immatériel signée à Paris le 17 octobre 2003, il lie ce patrimoine à la notion de développement durable (art. 2). Patrimoine qui demeure toutefois, le plus souvent, approprié : v. M. Flory, « Le patrimoine commun de l’humanité dans le droit international de l’environnement », in *Droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 39, spéc. p. 42.

de l'espace atmosphérique du 27 janvier 1967 stipule que cette zone ne peut faire l'objet d'une appropriation que ce soit par proclamation de souveraineté, par utilisation ou occupation ou par un autre moyen quelconque. Le Traité sur la Lune du 18 décembre 1979, en ses paragraphes 2 et 3, reprend la même formulation en précisant que sa surface et son sous-sol ne peuvent être la propriété d'Etats, d'organisations internationales, ni d'aucune autre personne. Le Traité sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 prévoit quant à lui, en son article 137 § 2, que « l'humanité tout entière est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone. Ces ressources sont inaliénables ». Le fait que la Convention de Camberra du 20 mai 1980, qui complète le Traité de l'Antarctique du 1^{er} décembre 1989 énonce en son article 4 que cette zone ou les espaces en relevant sont *inappropriables* tend, pareillement, à faire de l'Antarctique un élément du patrimoine commun de l'humanité. Comme l'observe M. Bernard Edelman, « il ne fait aucun doute que ces différents patrimoines sont, en quelque sorte, arrachés à la sphère d'une quelconque propriété ou souveraineté, pour être transférés à l'humanité qui en sera leur seul et unique titulaire »¹.

S'ensuit l'idée que le partage de ces ressources doit se faire de manière équitable. L'article 2 de la Convention de Camberra définit comme objectifs « la conservation des ressources marines vivantes ». Plus précis est le traité sur la Lune. Les buts de cet accord sont, en vertu de l'article 11 §7, d'assurer la mise en valeur méthodique et sans danger des ressources naturelles, d'en assurer la gestion rationnelle, de développer les possibilités d'utilisation et de ménager une répartition équitable entre tous les Etats-parties, une attention particulière étant réservée aux pays en voie de développement. Concernant le Traité sur le droit de la mer, une Autorité internationale des fonds marins a été créée² pour assurer la gestion rationnelle des ressources et prendre les mesures nécessaires pour assurer la croissance, l'efficacité et la stabilité des marchés concernés par les produits tirés de cette zone³.

La gestion s'oriente autour de deux notions : « exploitation maximale d'une part, conservation de l'autre. Comme les deux peuvent être antagonistes, et le sont trop souvent, il convient de trouver un moyen de les concilier. C'est le concept de rendement continu maximal qui peut fournir une clé à cet égard »⁴.

¹ B. Edelman, « Le concept juridique d'humanité », in *Le droit, la médecine et l'être humain – Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, PUAM, Collection du Laboratoire de théorie juridique, vol. 9, 1996, p. 300.

² Art. 150.

³ Art. 151 § 11.

⁴ A. Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueil des cours*, Académie de droit international, t. 175, 1982, p. 241.

Si l’on peut reprocher à ces accords de donner une vision consumériste à l’utilisation inappropriée du patrimoine commun de l’humanité, l’on ne peut nier que « la notion a cependant des vertus d’inflexion sur l’ordre juridique. Elle incite à promouvoir de nouveaux principes de gestion qui assurent un traitement plus avantageux aux Etats les moins nantis avec une répartition équitable transcendant les intérêts étatiques et un usage pacifique au nom de l’humanité »¹. Se dégage ainsi, au niveau des Etats, une vision familiale de l’humanité dans la promotion d’un partenariat orienté vers des biens à valeur universelle. En ce sens, la notion de patrimoine commun de l’humanité renvoie à l’idée d’héritage.

461. La valeur d’un héritage. La préservation des ressources naturelles qualifiées de patrimoine commun de l’humanité doit inscrire son action dans la durée pour qu’elle ait un sens : « la sauvegarde des ressources naturelles inhérentes aux générations à venir conditionne leur pérennité »². A ce titre, il convient de rappeler que le Traité sur la Lune affirme, en son article 4, qu’il « est tenu compte des intérêts de la génération actuelle et des générations futures ». Il est alors difficile de ne pas se rappeler l’avertissement de Demogue : « Il faut poser ce postulat moral que l’humanité actuelle doit travailler pour l’humanité future : ce qui conduit à dire que, techniquement, les sujets de droit doivent comprendre autant et plus de personnes à naître que de vivants... Rien n’empêche, et bien des raisons recommandent, que des générations futures soient, par rapport aux hommes actuels, et à ceux de demain, titulaires de certains droits »³. La continuité même de l’humanité, que révèle son altérité⁴ en permettant son identification, permet de soutenir que « l’humanité est diachronique. La norme éthique interdit que l’on nuise à l’environnement naturel et social de l’être humain d’une manière telle que les êtres qui naîtront ultérieurement ne pourront pas mener une vie décente »⁵. C’est dire la nécessité d’une gestion durable et rationnelle de ces ressources : le long terme doit ici être la temporalité choisie.

La Convention de Montego Bay n’a d’ailleurs pas manqué de prévoir la responsabilité des Etats et des organisations internationales en raison des préjudices issus aux manquements à l’article 139 du traité.

462. La réception en droit interne. Le droit français n’est pas resté insensible à l’idée de patrimoine commun. Ainsi a-t-il commencé par affirmer que certaines choses relevaient d’une

¹ F. Abikhzer, *La notion juridique d’humanité*, op. cit., n°780.

² Ibidem n° 786.

³ R. Demogue, « La notion de sujet de droit... », art. précit. p. 632.

⁴ V. J. de Malfosse, « Le droit des autres à la nature », in *Mélanges J. Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 511 et s.

⁵ C. Apostolidis, in *L’humanité face à la mondialisation. Droit des peuples et environnement*, (en co-direction avec Gérard Fritz et Jean-Claude Fritz), Paris, L’Harmattan, 1997, p. 177.

telle communauté d'intérêts : la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature assimile la nature à un patrimoine. L'eau, depuis la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992, fait pareillement partie du patrimoine commun de la nation¹. Le territoire, lui aussi, a bénéficié de cette qualification valorisante : aux termes de l'article L. 110 du code de l'urbanisme, « le territoire français est le patrimoine commun de la nation »². Plus largement, le code de l'environnement en son article L. 110-1 dispose que les « espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». Le code du patrimoine est, dans le même sens, destiné à désigner tous les biens culturels devant faire l'objet d'une protection spécifique. Dernièrement, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008³ a créé un nouvel article 75-1 aux termes duquel « les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ».

L'intérêt de la reconnaissance de cette qualité patrimoniale réside dans l'idée d'un « meilleur degré de protection qui confère sa valeur à cette qualification »⁴. Une telle qualification dépasse celle de *res communis*⁵ puisqu'en désignant un titulaire, on le responsabilise. Cela permet en outre de prévoir des règles de gestion particulières, adaptées à la spécificité de la chose. L'article L. 1 du code du patrimoine affirme ainsi, dans une dynamique culturelle cette fois-ci, que « le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ». Et l'article L. 510-1 de ce code dispose, par exemple, que « constituent des éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges et autres traces de l'existence de l'humanité, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel ». L'idée que l'ensemble de ces biens culturels fasse partie d'un patrimoine commun peut se justifier : « Il y a, d'abord, dans cet emprunt au terme patrimoine, la référence à l'héritage, qu'il faut transmettre aux générations futures (formule qui, invariablement, accompagne la mention du patrimoine), l'idée

¹ Ce que le code de l'environnement reprend à l'article L. 210-1. V. récemment, loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques JORF 31 décembre 2006, AJDA 2007 p. 1162, com. Y. Jézougo.

² Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 - art. 17 (V) JORF 1er janvier 1997.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008 page 11890, art. 40.

⁴ M.-J. Del Rey, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006 p. 388.

⁵ V. A. Sériaux, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995 p. 23.

d'une universalité formée d'un ensemble de richesses, plus intimement encore, cette relation particulière que l'homme entretient avec les choses »¹.

C'est là la troisième vertu de la qualification de patrimoine : elle impose « une gestion dans une perspective futuriste »². Le patrimoine commun, en droit interne, emprunte également à une perspective diachronique : si en droit privé, cette permanence est attachée à la personne, ici elle est liée à la nation³. Le patrimoine culturel, émanation du patrimoine commun participe de la même logique : « A un patrimoine culturel, non pas un individu, mais un groupe d'individus, une collectivité, il en est l'émanation. En ce sens, le patrimoine culturel doit être vu comme un patrimoine social, pour reprendre l'expression de Saleilles »⁴ ; et l'auteur d'ajouter qu'au « lendemain de la Révolution, c'est dans la nation qu'on identifie le titulaire du patrimoine artistique. A une nation, un patrimoine »⁵.

Au-delà d'une perspective nationale, la Charte de l'environnement⁶, qui fait désormais partie du bloc de constitutionalité⁷, lie le problème environnemental à une responsabilité envers l'humanité⁸. Par le truchement de ce texte, le peuple français considère que « les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité », « que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel », « que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains », « que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles » et « qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres

¹ M. Cornu, « A propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », D. 2005, p. 145

² M.-J. Del Rey, art. précit.

³ Idem.

⁴ M. Cornu, « A propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », D. 2005, p. 1452.2.

⁵ M. Cornu, art. précit.

⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO 2 mars 2005, p. 3697.

⁷ V. décision n° 2008-564 DC du Conseil constitutionnel et CE 3 oct. 2008, Rec. n° 297931.

⁸ Me Chahid-Nouraï reste sceptique quant à la possibilité de s'engager pour l'humanité : « La notion [de patrimoine commun de l'humanité en droit international] n'implique pas un régime de *res nullius* mais de *res communis* avec application, en conséquence, des principes d'égalité et de non-discrimination, d'affectation au seul intérêt général, de non-appropriation. Il s'agit bien là d'un contenu constitué par de véritables droits. Pour autant, dans la Charte, il n'est pas certain qu'il y ait la même connotation juridique substantielle car l'environnement n'est pas un élément précis identifiable comme le sont la mer ou l'espace ; c'est un ensemble et une qualité. Et notre Constituant n'a pas naturellement vocation à légiférer pour l'ensemble du genre humain » (« La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA* 2005, p. 1175.

besoins ». Le législateur en a d'ailleurs déduit un régime spécial de responsabilité fondé sur le principe « pollueur/payeur »¹.

Or, une telle reconnaissance² invite à s'interroger sur le titulaire de ce patrimoine puisque la conception classique le relie à la personne³. M. le professeur Rochfeld semble indiquer la voie en affirmant : « Il faudrait suivre une nouvelle piste conduisant de la sphère des biens à celle des personnes et mettant à nu une nouvelle relation, personnaliste et osmotique, de l'homme à son environnement »⁴.

§ 2 – La qualification de l'humanité

463. Le patrimoine comme héritage. L'idée que le patrimoine commun de l'humanité véhicule un devoir à l'égard des générations à venir ne doit étonner dans la mesure où l'enjeu réel du concept « n'est pas la nature, fin en soi, mais l'intérêt bien compris de l'espèce humaine »⁵. L'humanité se révèle ainsi dans cette volonté de s'imposer des devoirs dans une dynamique trans-générationnelle. Pour Hans Jonas, il s'agit d'une « responsabilité ontologique à l'égard de l'idée de l'homme »⁶ : une démarche liée à l'identité de l'humanité.

Pareillement, la mise en exergue de l'altérité dans la définition des crimes contre l'humanité au moyen de l'ipséité renvoie à une vision identitaire de l'humanité. Les crimes contre l'espèce humaine, à l'heure où la clarté du génome humain se révèle, semblent participer de la même volonté. Le droit objectif, interne comme international, est amené à voir en l'humanité un véritable titulaire de son ordonnancement. Dès lors, si à la lumière de la théorie du sujet de droit, l'humanité peut logiquement accéder à cette qualification, il est alors évident que

¹ Loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JORF n°0179 du 2 août 2008 p. 12361. V. C. Hermon, « La réparation du dommage écologique », *AJDA* 2004. 1792 ; J.-M. Pastor, « Le projet de loi sur la responsabilité environnementale adopté par le Sénat », *AJDA*, 2008, p. 1069.

² L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 définit le préjudice comme « la lésion (...) d'un intérêt individuel et collectif » (Projet d'article 1343 du code civil, in P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Doc. fr., 2006, p. 173). L'objectif poursuivi est « de permettre aux tribunaux d'admettre notamment l'indemnisation du préjudice écologique » (G. Viney, *Avant-projet préc.*, p. 173.). Cela résulte de « l'idée que le patrimoine naturel fait partie intégrante du « patrimoine commun de l'humanité ». En effet, la Charte de l'environnement déclare dans son troisième considérant que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains » (Neyret L., « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.* 2008 p. 170).

³ F. Terré, « L'humanité, un patrimoine sans personne », *Mélanges Ardant*, 1999, p. 33 ; et J. Charpentier, « L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique », in *Les hommes et l'environnement, quels droits pour le XXI^e siècle ?*, *Mélanges A.-C. Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 17).

⁴ J. Rochfeld, « Droit à un environnement équilibré », *RTD civ.* 2005 p. 470.

⁵ M. Rémond-Gouillon, cité par C. Goulier, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA* 2005, p. 1034.

⁶ H. Jonas, *Le principe responsabilité : éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 1998, p. 61-70

l’information relative à son espèce, le génome doit également dépasser le statut de chose, fût-elle commune ; il s’agit alors d’une émanation du patrimoine commun à l’humanité, un véritable centre d’intérêts juridique.

464. L’humanité comme sujet de droit. Pierre-Marie Dupuy développe la thèse selon laquelle il convient d’induire du droit la qualité de sujet de droit de l’humanité, et ce, pour deux raisons : « La précision technique du premier régime d’exploitation des ressources attribuées au patrimoine commun de l’humanité, celles du fond des mers, à la gestion desquelles fut consacrée la part la plus novatrice de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer [et] la place importante que la référence aux droits de l’humanité semble inciter à jouer dans plusieurs autres secteurs de la réglementation internationale »¹. En prenant appui sur Demogue, on peut avancer que l’humanité se présente tel un sujet de jouissance dont les sujets de disposition restent à déterminer. On sait qu’en droit maritime, a été instituée l’Autorité des fonds marins, que l’on peut légitimement appréhender tel « le mandataire de l’humanité »². Or, il s’agit d’un mandataire se présentant comme une organisation intergouvernementale. De fait, elle représente davantage les Etats. Dans la mesure où l’article 157 § 3 du Traité sur le droit de la mer prévoit en outre que « l’Autorité est fondée sur le principe de l’égalité souveraine de ses membres », l’on voit le défaut de cette structure : la représentation est plus étatique qu’humaine.

En revenant à ce qui fait l’humanité, le droit international semble en mesure de retrouver la clef de voûte de ce concept : « la fiction d’humanité serait une terre d’asile pour traduire la promotion de l’homme sur la scène internationale »³. La pensée juridique a en effet pris conscience que le concept d’humanité ressortait du mythe⁴, d’une projection sur la scène du droit d’un langage et d’un système de croyances commun⁵. Comme l’a observé René-Jean Dupuy, « cette mythologie débouche sur deux maximes : les générations présentes ne sont que des gestionnaires du patrimoine commun ; elles sont comptables de leur gestion vis-à-vis des générations futures »⁶. Au-delà de la mêmeté et de l’ipséité qui permet à un être de reconnaître en autrui un membre de l’humanité, dans le domaine du droit, la communauté d’intérêts relève, à n’en pas douter, du mythe. Il s’agit d’une prise de position sur ce qui est commun et sur ce qui différencie les êtres humains. Or, dans le domaine purement philosophique, il est clair que le

¹ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, précis Dalloz, 2006, 8^{ème} édition, p. 498.

² F. Abikhzer, *La notion juridique d’humanité*, op. cit., n°818.

³ F. Abikhzer, *La notion juridique d’humanité*, op. cit., n°824.

⁴ G. Giudicelli-Delage, « Mythe(s) et justice », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PU Limoges, 2004, p. 85.

⁵ V. A.-J. Arnaud, (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, article « Imaginaire juridique », LGDJ, 2^{ème} éd., 1993

⁶ R.-J. Dupuy, *L’Humanité dans l’imaginaire des nations*, Julliard, 1991, p. 224.

choix en faveur de la réception de l'autre relève d'un acte de foi, une confiance quasi absolue en ce qu'autrui est nécessaire à l'identité du sujet. Le mouvement est asymétrique et témoigne de la confiance placée en l'autre. Sur la scène du droit, ce choix ne pouvait s'opérer que par la fiction : il a fallu déterminer une communauté d'intérêts propres à l'humanité. Si ces intérêts légitimes sont protégés par le droit, c'est car une volonté normative l'a permis : sur le plan international, cela revient à octroyer aux seules personnes morales que sont les Etats et les organisations internationales une telle aptitude. La reconnaissance d'intérêts légitimes propres à l'humanité procède ainsi d'une prise de position. Néanmoins, certains de ces choix semblent forcés par une réalité sous-jacente, l'humain. La répression des crimes contre l'humanité, la protection du génome humain et la conceptualisation d'un patrimoine commun de l'humanité sont en effet les bras armés de l'humanité pour « faire barrage à toutes les formes de la barbarie moderne »¹.

Chacun est ainsi à même de déterminer ce que la communauté d'êtres à laquelle il appartient peut légitimement attendre. L'identité de l'humanité est restaurée avant tout par l'humain, comme elle peut être niée par lui. Voilà pourquoi, il convient de faire attention au terme inhumain². Si on définit ce concept comme ce « qui n'appartient pas ou qui semble étranger à la nature, aux dimensions de l'être humain », alors il ne convient pas à la pire barbarie. L'homme est le vecteur de toute l'humanité même de celle qu'il nie et la justice, comme tiers, le regardera pour apprécier ses actes et ainsi rétablir l'humanité qui a pu être désavouée. Le crime contre l'humanité n'est donc pas un crime inhumain, en dehors de l'humanité : il s'agit d'un crime de l'homme contre l'humanité de l'homme, à l'encontre du fait que l'humanité entière regarde à travers autrui. Ainsi, le terme inhumain convient si on l'appréhende dans son second sens : « qui manque d'humanité »³. C'est alors au droit de rétablir la justice en établissant un lien juridique dans la relation où autrui est annihilé, réapparaît de la sorte son identité.

465. Les manifestations de l'humanité comme centres d'intérêts. Porteur du cryptage de l'humain, le génome s'apparente à l'identité biologique de l'humanité, le déterminant biologique de l'espèce. L'on ne s'étonnera pas que la Déclaration universelle sur le génome du 11 novembre 1997, proclamée par l'UNESCO, ait préféré déclarer le génome « patrimoine de l'humanité ». S'il peut être élégant de présenter l'espèce humaine à travers son génome comme une chose commune au sens de l'article 714 du code civil⁴, comme l'a, à très juste titre, observé

¹ B. Edelman, « Le concept juridique d'humanité », art. précit., p. 301.

² Dictionnaire Trésor du CNRS.

³ Dictionnaire Trésor, CNRS.

⁴ X. Labbée, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999 p. 437.

Mme Del Rey¹, l’on prend davantage soin de ce qui est dans son patrimoine que de ce qui n’appartient à personne ; en outre sont institués des organes de gestion, en l’espèce les Etats, pour prendre soin et représenter les intérêts du patrimoine². Enfin, de manière significative, on intègre l’intérêt dans une perspective orientée vers l’avenir, les prochaines générations³. Le prochain devient le centre de toutes les attentions car l’on devine derrière cet autrui que l’on est responsable de ce que l’on laisse en héritage. A dire vrai, si l’intérêt légitime protégé par le droit objectif devient un droit du sujet, l’article 714 du code civil convient davantage à la qualification du droit de l’humanité à l’intégrité de son espèce, de son génome, qu’à une qualification de l’espèce humaine.

Si le reflet d’altérité de l’humanité lui permet de s’identifier dans la relation avec tout autre, le patrimoine commun s’apparente alors au centre d’intérêts tel que l’entendait M. le professeur Farjat⁴. Si le génome est de nature humaine, il n’est pas l’homme. Il n’existe pas d’identité continue à travers autrui du génome lui permettant, éventuellement, d’accéder à la personnalité. Ce patrimoine n’est que l’image biologique de l’humain, une transcription d’une suite génétique. Si le génome fait l’humain, il ne fait pas l’homme en relation avec autrui. Il n’est que représentation. Or, si cette image doit être protégée en raison des dangers relatifs à sa modification ou à sa multiplication, c’est car, indirectement, elle est une menace contre l’humanité. Car modifier l’image de l’humain modifiera l’homme en ce que cela altère la relation à l’autre. Si aujourd’hui, cette relation est basée sur l’altérité, même et ipséité, le clonage reproductif est une atteinte à ce lien. C’est dire que le génome, à travers la notion d’espèce humaine, est enclin à brouiller la ligne de partage entre humanité et patrimoine commun de l’humanité⁵. Si l’humanité est le sujet de droit⁶, l’espèce humaine en est la perspective « biologisante »⁷.

¹ M.-J. Del Rey, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006 p. 388.

² Il semble, en outre, difficile de soutenir que le génome n’appartient à personne ; il appartient à tous les hommes : v. M.-P. Peis-Hitier, « Recherche d’une qualification juridique de l’espèce humaine », *D.* 2005, chron. 865 ; et A. Sériaux, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995 p. 23.

³ M. le professeur Sériaux considère que ne sont pleinement patrimoniaux que les biens appelés à demeurer, de génération en génération, dans une famille : « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801, n° 5.

⁴ Voir supra n° 381 et s.

⁵ Il y a du « pour et du contre » à retenir une telle qualification (A. Sériaux, art. précit.). V. B. Edelman, art. précit., et F. Bellivier, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse Paris I, 1997, où l’auteur propose une autre qualification : l’universalité de fait (n° 5).

⁶ V. M.-P. Peis-Hitier, « Recherche d’une qualification juridique de l’espèce humaine », *D.* 2005, chron. 865.

⁷ P. Egéa, « La « condition fœtale » entre « procréation et embryologie », *RDSS* 2005, p. 232.

Protection du génome, de l'environnement, répression des crimes contre l'humanité révèlent alors les intérêts de l'humanité à travers son altérité. Néanmoins, nous ne croyons pas qu'une telle protection relève d'un quelconque absolu, d'une forme d'universalité¹. Le droit, surtout le droit international, repose sur un consensus, la norme n'étant qu'un équilibre entre plusieurs intérêts plus ou moins divergents. La justice ne s'occupe que de déterminer le rapport entre les différentes entités. Chaque sujet est alors relatif à son autre dans la détermination du partage. Il n'y a pas d'être absolu², d'humanité absolue, il n'y a que des êtres en rapport avec d'autres êtres : le droit ne servant qu'à régir ces relations. Si l'on peut donner à certaines valeurs une connotation absolue en les considérant comme élémentaires³, leur transcription juridique sera relative car inscrite dans un lien intersubjectif.

Le fait que le droit soit une fiction doit également inciter à poser la relativité, cette fois-ci physique, de la construction. Inscire le patrimoine commun de l'humanité dans la durée ne signifie pas le rendre éternel. Dans l'espace, l'humanité et son patrimoine peuvent également diverger : ce sur quoi la communauté internationale s'entend aujourd'hui sera peut être l'objet d'un désaccord demain.

L'on peut certes vouloir réunir l'humanité autour de valeurs communes, mais les consacrer juridiquement n'en fera jamais des droits absolus. Aucune normativité n'échappe au temps et à l'espace : telle est, en droit, l'épreuve de la finitude qu'autrui nous offre. Il s'agit bien d'une épiphanie car, dans un monde régi par le relatif, toute mesure⁴ doit se faire au regard d'un référentiel : nul autre qu'autrui.

¹ Sauf à vouloir déterminer une position fixe de l'univers, déterminer un espace absolu ; et l'on sait que Newton, lui-même, échoua.

V. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2005, et *Les forces imaginantes du droit : Tome I, Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

² Car qui dit absolu, dit total.

³ Considération adoptée au sujet de l'altérité.

⁴ Tel le juste.

Conclusion Partie II : Essai de définition du régime juridique des sujets de droit

466. Notion de sujet de droit : l'épreuve d'autrui. Le sujet de droit apparaît ainsi tel le masque permettant aux entités humaines non-dotées de la personnalité juridique de pénétrer sur la scène du droit afin de revendiquer le bénéfice du droit objectif. Cela n'est possible que si l'ordonnancement juridique fait à leur endroit preuve d'activité normative en préservant leurs intérêts ; intérêts légitimes en ce que cette protection peut être raisonnablement anticipée par autrui. La particularité de cette reconnaissance réside dans le fait qu'elle doit pouvoir se faire dans les deux sens sauf à inclure sous le vocable sujet de droit, tous les centres d'intérêts reconnus par le législateur : chaque membre de la relation est capable d'anticiper et d'évaluer la position juridique de son autre, de prendre conscience de l'existence d'autrui dans le lien de droit. Or, en suivant la théorie de l'identité personnelle du sujet de droit développée par Leibniz, il s'est avéré que l'identité véhiculée par le droit objectif est le fruit d'une continuité qu'autrui est à même de garantir si le sujet vient à perdre sa faculté de conscience¹. C'est donc en autrui que se trouve la clef de l'identité des entités ne disposant pas de la personnalité juridique. Par le jeu du reflet d'altérité, autrui est à même de restaurer le sujet sur la scène du droit en raison du fait que, par empathie supposée, il peut légitimement déterminer les intérêts et attentes du sujet. Autrui est donc bien plus que le garant d'un intérêt légitime, il assure la continuité de l'identité du sujet en le rétablissant dans sa continuité d'humain.

Fort de ce soutien, fœtus, morts et humanité ont été appréhendés à l'aune du sujet de droit. Il en est résulté que le fœtus peut légitimement être perçu comme un destinataire du droit objectif en ce que son respect est garanti par l'article 16 du code civil, que la loi sur l'interruption de grossesse fait des atteintes à son endroit des exceptions légalement encadrées, que l'article 79-

¹ Perte que le sujet est à même d'anticiper : le mandat de protection future, créé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs dont les facultés personnelles, mentales ou physiques sont altérées, est ainsi « un mandat par lequel une personne en choisit une autre pour la représenter dans le cas où, en raison d'une altération de ses facultés, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts » (J. Massip, « Le mandat de protection future », *Gaz. Pal.*, 13 juin 2008, n° 165, p. 5-17. V. notamment, Klein, « Le mandat de protection future », *AJ Famille* 2007, chron. n° 21 ; F. Perreau-Billard, « Le majeur à protéger et le mandat de protection future », *AJ Famille* 2007, p. 213 ; J.-D. Pellier, « Le mandat de protection future », *LPA* 2007, n° 83, p. 4 ; T. Fossier, « Le mandat de protection future sous seing privé », *Dr. Famille* 2008, chron. n° 1 ; J. Combret et J. Casey, « Le mandat de protection future », *RJPF* 2007/7-8, p. 8 et s. et 2007/9, p. 8 et s. ; M.-C. Forgeard et N. Levillain, « Mandat de protection future et pratique notariale », *Def.* 2008, articles 38730 et 38737 ; A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « Le mandat de protection future », *D.* 2007 p. 2224 ; S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008, p. 307 ; Ph. Potentier, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N*, 42 p. 22-27 ; et A.-C. Chiariny-Daudet, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA*, 28 nov. 2007, n° 238, p. 6.

1 du code civil permet aux parents de laisser une trace de cette existence, et que la maxime *infans conceptus...* est un principe de droit privé. Par conséquent, toute atteinte à son intégrité physique, dès lors qu'elle n'est pas réalisée au cours d'un avortement réalisé de manière licite, doit être sanctionné au moyen du droit objectif, droit pénal en tête.

Concernant les morts, si le droit leur assure une protection hétéroclite en faisant parfois primer les intérêts des vivants sur ceux des défunts, il n'en demeure pas moins que la paix des morts et le droit à une justice terrestre ne s'évanouissent pas une fois la dernière rive atteinte. Les dispositions relatives aux funérailles, à la protection de la sépulture, au droit d'auteur, à la réhabilitation et à la révision en matière pénale achèvent de s'en convaincre. Le droit impose à autrui le respect de ces normes, faisant ostensiblement du mort le destinataire de ces protections, et prévoit même que, par autrui, l'on tente de restaurer la volonté du défunt.

Quant à l'humanité, sa longue évanescence n'a permis qu'un réveil brutal au sortir de la dernière guerre. Elle essaie, depuis, de rattraper le temps perdu en exigeant que son patrimoine soit préservé, fût-il génétique, et en permettant une répression toujours plus opiniâtre des crimes contre l'humanité. En véhiculant le respect du même et du semblable pour chaque membre de l'espèce humaine, l'humanité rappelle à chacun qu'elle ne saurait être niée sous peine de voir l'irréductible humain disparaître dans les affres de la barbarie.

Si la reconnaissance de ces sujets sur la scène du droit est réjouissante tant une société où seuls les vivants individualisés et nés seraient des existants témoignerait de sa superfluité, reste à déterminer le régime général que le droit est susceptible de leur réserver.

467. Régime juridique. Le sujet de droit se manifeste essentiellement au regard du fait que la protection du droit objectif n'est pas à même de lui conférer un droit subjectif au sens de droit personnel : une créance ou une obligation envers autrui. Les violations du droit objectif envers un sujet de droit n'ont pas les mêmes incidences qu'à l'égard d'une personne au sens juridique du terme. Il revient alors au seul droit objectif d'assurer la protection des intérêts des sujets de droit sauf à ce qu'un texte exprès prévienne la mise en jeu de droits personnels comme c'est le cas en matière de droits d'auteur. C'est notamment le rôle du droit pénal. Existeraient des victimes incapables de disposer du droit violé mais en jouissant à travers ceux mettant en œuvre l'action publique. Ainsi toute protection juridique octroyée par le droit positif à une entité non dotée de la personnalité juridique créerait des droits reflets : ces droits reflets de l'existence sur la scène du droit sont différents des droits de créance en ce que le commerce juridique n'aurait, ici, pas lieu d'être. Il ne s'agit pas d'engager la responsabilité civile du contrevenant car, en réalité, le litige ne ressort plus réellement d'un commerce inter-individuel. Il s'agit, pour le droit, d'assurer

la protection minimale d'entités juridiquement imparfaites : puisqu'il ne s'agit ni de personnes ni de choses, leur régime est sans doute flou, et, dans une certaine mesure, laissé dans une forme d'insécurité. On sait que l'action est laissée à l'appréciation de son opportunité par le ministère public. Sans vouloir faire des atteintes à ces entités des infractions d'intérêt général¹, l'action civile serait ici limitée² : au regard du bien fondé, seules subsisteraient des victimes par ricochet puisque nul ne saurait hériter d'un droit reflet. Dans la mesure où ce dernier n'est pas source de droit personnel, il ne devrait pouvoir être transmis sauf à ce qu'un texte en prévoie expressément la possibilité. Le droit reflet est, par principe, indisponible. Puisque les titulaires sont incapables de disposer, ils ne peuvent céder. Ainsi le régime juridique d'un droit est-il « moulé » sur son titulaire et n'est pas défini abstraitement.

Restent les droits de la personnalité. Si pour les personnes, il s'agit de droits subjectifs, chez les simples sujets de droit, il s'agit encore de droits reflets. Puisqu'il s'agit de sujet de droit, il faut donc tout d'abord vérifier que le droit de la personnalité leur est octroyé. Si la réponse est affirmative, il convient alors d'en attribuer l'exercice au ministère public, par principe, puis aux héritiers à déterminer. Il s'agit soit de réels héritiers, soit d'héritiers par destination car parfois certains n'ont pu avoir la qualité en raison de l'absence de personnalité juridique du sujet de droit (embryon et humanité).

Dans la mesure où le sujet dépend de la protection de ses intérêts assurée par le droit, l'on comprendra que praticiens et théoriciens seront, en réalité, amenés à élaborer une réelle casuistique juridique pour déterminer les destinataires réels. L'insécurité redoutée s'éludera en ce que leur reconnaissance est le fruit d'une relation qu'autrui anticipe légitimement, raisonnablement en l'état du droit objectif : *nemo censetur ignorare legem*³.

¹ Catégorie au demeurant en net recul : v. par ex. en matière de recel de malfaiteur, Crim. 16 sept. 2003 (Bull. crim. n° 165 ; Dr. pénal 2004. 5, obs. Véron ; RSC 2004. 86, obs. Mayaud, et 645, obs. Delmas Saint-Hilaire).

² Outre le filtre, de droit commun, des constitutions de partie civile effectué par le parquet au titre de l'article 85 CPP : v. supra n° 428.

³ V. supra n° 428.

CONCLUSION : L'ALTERITE, DU RATIONNEL AU RAISONNABLE

*« Le penseur sans paradoxe est
comme l'amant sans passion,
une belle médiocrité »¹*

Péroraison

468. Une perspective essentiellement relationnelle. Il ressort de la transposition de l'altérité en droit privé le besoin de faire de l'anticipation légitime d'autrui un principe de la relation juridique, à tout le moins dans sa dynamique obligationnelle. En expliquant le fondement obligatoire des conventions et en irriguant le droit contractuel, l'expectative légitime est à même de justifier un dépassement de la dialectique autonomie de la volonté / solidarisme contractuel au profit d'une synthèse portée par la théorie de l'hétéronomie de la volition. La force obligatoire du contrat s'éclairerait, en effet, à l'aune de l'attente légitime qu'autrui édifie au regard des manifestations extérieures et objectives de la volonté de son cocontractant. La bonne foi, la cohérence contractuelle, mais encore l'équité se présenteraient comme des manifestations de cette théorie exigeant que le curseur contractuel ne soit plus placé sur le débiteur mais sur son autre, le créancier. Cette perspective, en ce qu'elle ordonne le droit des contrats autour de la notion de prévisibilité raisonnable serait garante de la sécurité inhérente à cette discipline. Bien qu'elle justifie une remise à plat de l'équilibre contractuel en cas de modification insurmontable de l'économie des conventions, la légitimité de l'attente justifie que soit préférée une sécurité dynamique à une sécurité statique des conventions. Si cette conceptualisation permet d'orienter le droit des contrats à l'aune d'une altérité choisie, elle est, en outre, validée par l'outil moral et économique. Si la philosophie de l'existence a mis en exergue le fait que l'autre est une condition d'une vie sociale réelle, Ricœur a pareillement observé que se percevoir comme un autre amène le sujet, le soi, à s'inscrire dans une dimension morale de l'identité en tant que mêmeté et ipséité. Surtout, l'outil informatique et statistique a démontré, en théorie des jeux, que la prise en considération des intérêts d'autrui participait de la recherche d'un optimum économique. Au-delà d'un droit contractuel conforme à une perspective dirigée vers la prévisibilité d'autrui, apparaît la confirmation économique qu'une telle orientation rendrait la discipline efficace², rentable :

¹ S. Kierkegaard, *Miettes philosophiques*, ch. III « Le paradoxe absolu », trad. P.-H. Tisseau, éd. Orante, 1979.

² Pour Mme Calais-Auloy, « le souci d'efficacité est la plus importante justification du contrat » : « L'importance de la volonté en droit », *LPA*, 7 déc. 1999, n° 243, p. 14.

argument imparable s'il en est dans la mesure où le droit des contrats a pour cause première d'encadrer des rapports économiques.

Au-delà, lorsque l'altérité ne procède pas d'un choix mais qu'elle est issue d'une spontanéité inhérente à la sphère extracontractuelle, le respect d'une anticipation légitime demeure un référent incontournable à la lumière duquel s'analysent les concepts juridiques. En fondant la responsabilité civile, cette théorie est à même de guider le droit dans sa légitime quête de sécurité. L'idée que tout individu peut raisonnablement attendre d'un système juridique qu'il vienne sanctionner les atteintes à des intérêts légitimes trouve ainsi une consécration formelle aux articles 1382 et 1383 du code civil. Comme la responsabilité aquilienne constitue une mise en œuvre de ce principe, l'apparence, les troubles anormaux, la responsabilité du fait des produits défectueux et, en droit conventionnel, l'espérance légitime, témoignent qu'à l'origine de leur mécanisme se trouve une responsabilité au sens large fondée sur autrui. Afin, cette fois-ci, de garantir la sécurité la sécurité du droit, l'anticipation légitime d'autrui explique encore que l'application du droit dans le temps, dans le domaine contractuel comme extracontractuel, se fait au regard de l'analyse offerte par l'altérité. Si le droit protège les relations humaines en leur garantissant une sécurité fondée sur les attentes raisonnables d'autrui, il se doit, parallèlement, lorsqu'il se meut, de respecter ces mêmes attentes. Si espérance et confiance légitimes en sont des applications concrètes, il a été permis de constater que le recours à l'équité, lors de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, en constituait une mise en œuvre indirecte en ce qu'elle se présente comme une clémence envers l'autre, une prise en considération de ses intérêts légitimes. Ainsi, le respect de l'anticipation légitime d'autrui constitue le principe d'une relation juridique métacontractuelle en ce qu'il dépasse la simple synthèse contractuelle pour mieux éclairer le lien de droit : l'altérité se veut principe général en ce sens où elle oriente, inspire la règle juridique.

Néanmoins, cette approche relationnelle ne peut occulter que le terme de l'altérité réside dans une identification des existants qui, sur la scène du droit, sont susceptibles d'être les destinataires de l'ordonnement juridique.

469. Une dynamique identitaire. L'exigence d'une approche relationnelle imposée par l'altérité conduit, effectivement, à appréhender les acteurs juridiques à l'aune du lien que le droit noue entre eux. L'altérité se présente, dès lors, comme une évidente remise en cause de la personnalité juridique dans la mesure où celle-ci présuppose une identification abstraite, prédéterminée, en dehors de la nécessaire relation. L'exemple de la prise en considération, par le droit, de l'enfant à naître démontra cette carence. Lorsque la chambre criminelle de la Cour de

cassation refuse de retenir dans les liens de la prévention l'auteur fautif d'un homicide involontaire sur la personne d'un enfant à naître, alors que le texte d'incrimination vise autrui comme victime, apparaît la défaillance de la personnalité. Sur les bases de l'altérité et des conceptions de Demogue et de Leibniz, il fut proposé de relever le défi de l'existence juridique en soutenant que le sujet de droit, à l'aune de l'autrui, s'entend d'un intérêt légitime que le droit protège en permettant à chacun, dans un reflet d'altérité, par empathie supposée, d'anticiper la protection. Ce reflet permet ainsi à chaque justiciable d'appréhender le droit au regard de son destinataire raisonnable. Si les atteintes à la vie d'un enfant à naître peuvent être sanctionnées à partir du droit commun, c'est car l'auteur de l'infraction peut, particulièrement à l'aide de l'article 16 du code civil, légitimement s'attendre à ce que toutes les atteintes à un être humain en vie soient sanctionnées juridiquement. Le lien de droit obligeant tout un chacun à se conformer à cette prescription postule la reconnaissance d'un destinataire que l'embryon et le fœtus sont.

Cette méthode de détermination relationnelle des acteurs juridiques peut pareillement être utilisée à l'égard de deux autres entités ne disposant pas de la personnalité juridique. Les morts, en ce qu'ils existent à la fois pour les textes juridiques et les vivants, sont ainsi destinataires de normes protégeant, notamment, leur dépouille, leur honneur voire leur droit d'auteur. Par le truchement d'autrui, ces intérêts sont protégés par le droit : l'autre se voit ainsi commander de restaurer l'attente légitime de celui qui fut. Le mort existe encore en ce que le droit définit parfois ses intérêts comme prioritaires au détriment des vivants.

Une démarche identique fut menée concernant l'humanité. Si sa reconnaissance juridique fut plus tardive, la répression des crimes contre l'humanité lui permit de faire une entrée remarquée sur la scène du droit au terme de la seconde guerre mondiale. A travers la protection de l'espèce humaine et la reconnaissance d'un patrimoine commun, l'humanité s'inscrit, ostensiblement, dans un rapport juridique avec les Etats, les organisations internationales et l'ensemble des humains. La volonté juridique de déployer un ensemble normatif à l'endroit même où chacun peut imaginer ce qui serait conforme à un intérêt supérieur, tend à faire de l'humanité un sujet de droit par lequel une justice à envergure transnationale se donne : l'altérité se veut ici reconnaissance d'une irréductible humanité au sein des différences humaines.

Parachèvement

470. Le relatif. Au terme de cette étude apparaît une gêne certaine à l'encontre du droit subjectif envisagé comme l'intérêt individuel érigé en force juridique. Manifestation concrète de l'individualisme, le prisme du droit subjectif occulte ostensiblement la nécessaire dimension relative de l'homme. Le droit ne peut appréhender l'homme que dans une relation. Que l'on adopte une vision conflictuelle ou pacifique du droit, cette discipline n'a pas de raison d'être sans pluralité. Ceci explique d'ailleurs les difficultés du droit à régir l'action de l'être sur lui-même. Même lorsque le droit pénal sanctionnait le suicide¹, ne pouvaient être condamnés que les héritiers : c'est dire la nécessité de se rapporter à autrui. Le rapport exige ainsi de nier tout absolu en l'homme sur la scène du droit et de ne reconnaître que des droits intersubjectifs. Comme nous l'avons soutenu l'homme n'est pas la fin du droit : le juste ne se soucie que du rapport entre les hommes. Thèse relativiste s'il en est, l'on est enclin à considérer comme idéale, donc irréaliste, toute conception du droit mettant l'homme délié de l'autre au centre du système juridique.

Les droits de l'homme, devenus les droits et libertés fondamentaux, courent le même danger s'ils sont perçus comme simplement inhérents à l'essence humaine, leur découverte s'opérant, au choix par immanence ou transcendance. En suivant le principe aristotélicien commandant d'observer la nature pour guider la création du droit, il convient de consacrer, sur la scène du droit, ce que la science a découvert au XX^{ème} siècle² : tout est relatif³. Ainsi, en droit, tout un chacun, est relatif à son autre. Il en résulte qu'aucun droit n'est absolu. Même un dispositif aussi avancé que l'intégration des droits et libertés fondamentaux au niveau du Conseil de l'Europe force à appréhender ces normes comme relatives à l'espace⁴ et au temps⁵.

Néanmoins, si l'étude a permis de démontrer que l'altérité permet de déterminer un champ normatif convoité par les entités dénuées de personnalité juridique, l'étude n'aurait été que partielle, si elle s'était arrêtée à une orientation du rapport et à une détermination de l'autre dans la relation. Ce serait en effet oublier que lorsque l'existentialisme aborde l'altérité comme

¹ Répression abandonnée par le code pénal des 25 septembre - 6 octobre 1791 : v. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2006, n° 223 p. 417, et A. Bayet, *Le suicide et la morale*, F. Alcan, 1975, p. 722. Pour la répression antérieure, v. J.-M. Carbasse, op. cit., n° 175, pp. 334 et 335.

² Chez les historiens, semble se dégager un consensus sur le fait que la relativité aurait pu être intégralement, ou presque, découverte par Newton. Mais ce dernier ne pouvait se départir de sa croyance en un espace absolu...

³ Pour M. Michel Vivant, « en face d'une situation nouvelle et de surcroît mouvante, le doute (osera-t-on le qualifier de scientifique ?) s'impose. Le droit raisonnable - et le droit doit être raison - doit intervenir de manière inquiète. Au droit sans complexe répond le droit sans certitude » (« Sciences et praxis juridique », D. 1993 p. 109).

⁴ Le droit à la vie, sacré s'il en est, relève, quant à son début, de la marge d'appréciation des Etats.

⁵ La Cour reconnaît elle-même que la Convention européenne est un instrument vivant qui doit s'adapter aux réalités de la société dans laquelle nous vivons. Françoise Tulkens, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, en fait « une des règles d'or qui inspire et nourrit le travail d'interprétation de la Cour », « ce qui oblige la Cour à s'engager dans la voie d'une interprétation ouverte, évolutive, dynamique, finaliste et téléologique qui peut surprendre mais qui est essentielle. Comme le dit Ricœur, "le sens d'un texte n'est pas derrière le texte mais devant lui" », Table ronde 1 : « Les grandes étapes de la justice internationale pour les enfants », in *La Convention européenne des droits de l'homme et les droits des enfants*, sur le site du Conseil de l'Europe, www.coe.int.

identité dans la relation, l'identité de l'autre n'est pas la seule visée. Au final, cette théorie relationnelle doit permettre à l'individu de s'identifier lui-même dans cette relation : la reconnaissance de l'autre permet à l'individu de s'identifier réellement. Si l'on consent avec Paul Ricœur¹ que cet individu est le soi, le moi façonné par autrui, alors se dessine l'identité du soi en droit : le juste est celui qui est légitime dans le rapport à l'autre².

471. Le masque et la vérité. Il semble toutefois impossible de dissimuler le paradoxe inhérent à une approche existentialiste du monde juridique. En tant que création humaine, le droit s'apparente à une fiction. Le masque de la personne en est une illustration frappante. Pareillement à l'Antiquité, l'utilisation du masque de la personnalité semble témoigner du fait que les spectateurs, comme la justice, se refusent à affronter la nudité des visages. Semble alors se diluer dans le droit la quête d'une « non-vérité de l'art » : la scène est l'endroit où nul ne peut se présenter à visage découvert. L'esthétique juridique poursuivrait un tel objectif en masquant chaque protagoniste derrière les droits et obligations auxquels il peut prétendre.

L'altérité tend à poursuivre un objectif inverse en rendant à l'art juridique le réalisme inhérent à la dimension relationnelle des êtres humains. Que cette dynamique s'appuie sur le réalisme de la nature ou sur des vérités scientifiques, force est de constater que des énergies contraires bousculent le droit. L'exemple de l'embryon est, à cet égard, frappant. Ballotté de bord en bord sans que le législateur ou la jurisprudence ne souhaitent tirer les conséquences de leurs propres constatations, la volonté d'en faire un hors-la-loi ne peut que se heurter au principe qu'un non-sujet de droit est un sujet de droit car nier, c'est avant tout concéder : l'existence réelle précède toujours la consécration juridique³.

L'idée d'une justice aux yeux bandés témoigne de cet état de fait. Qu'on le veuille ou non, la justice est une affaire d'humains, d'entités réelles, concrètes. Peu important que les qualifications achoppent sur le flan de la théorie générale du droit puisqu'il y aura toujours des êtres pour en témoigner la virtualité. L'on peut ergoter à l'infini sur la non-personnalité d'un enfant non-né, d'un mort ou de l'humanité, néanmoins leur existence est indéniable. Mieux, leur

¹ Voir supra n° 169.

² Le mérite d'une telle perspective réside surtout dans la possibilité pour le soi d'appréhender l'altérité des uns par rapport aux autres : « par le biais de cette possible « mise à distance », [le sujet] prend conscience de ce qu'ils sont aussi en relation d'altérité les uns par rapport aux autres. Les « autres entretiennent aussi entre eux des relations d'altérité : on parvient alors à un degré de conscience plus élevé, l'altérité « entre les autres » n'étant plus définie par rapport au Soi égocentrique, mais par rapport aux autres, indépendamment du Soi. Le regard se décentre, et l'on perçoit la diversité » (M.-L. Mathieu-Izorche, « L'altérité », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 69, n° 30 et 31).

³ Puisque, comme l'a démontré le doyen Carbonnier, le non-sujet de droit n'en demeure pas moins un lieu d'imputation du droit : J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Le sujet de droit, Archives de philosophie du droit*, tome 34, Sirey 1989, p. 197.

appréhension juridique est incontestable. De nombreuses déclarations d'intention ou de droits ont d'ailleurs voulu dépasser le simple masque en désignant comme destinataire la simple personne humaine : celle qui ne porte qu'un seul masque, celui de l'humanité.

Or, la construction présentée afin de dépasser la dichotomie monde des masques/monde des choses repose sur un autre artifice : le monde des sujets de droit, centres d'intérêts humains dont le masque est prédéterminé, déjà grimé pour déterminer les droits auxquels l'acteur peut aspirer. Le paradoxe est ici tout entier : comment faire accéder au monde du droit l'irréductible altérité. L'existence impose au sujet d'ajuster sa position au regard d'autrui, la réalité de ce dernier le forçant à accepter sa finitude. L'humanité semble à même de réaliser cette prouesse. Si le XXème siècle a été marqué par la prise de conscience que l'être humain peut avoir la volonté de détruire à grande échelle l'humain, la réponse juridique fut d'édifier un droit de l'humanité. Le fait que le début du XXIème siècle soit à son tour marqué par la volonté de défendre l'humanité à travers la protection cette fois-ci de son génome devrait, dès lors, ne pas étonner.

Les droits modernes ont été construits sans doute plus sur ces constats que sur les philosophies antérieures.

Si l'on présente traditionnellement l'œuvre de qualification comme une étape essentielle du processus de juridicisation, il est alors imposé de réaliser que la maxime *ex facto jus oritur* est, concrètement, le seul principe du droit. Il est un fait que l'homme n'est pas seul. Il est un autre fait que la relation inhérente à la pluralité est le fait du droit. L'autre est partout où le droit regarde : le droit se doit de relever de cette finitude.

Quelle place dès lors pour la réalité dans le monde du droit ? Seule l'altérité et la volonté des législateurs de la prendre en considération sont susceptibles d'y répondre. Au demeurant, lorsque le droit nie ou ignore cette relation à l'autre, l'altérité s'impose¹ dans un retour de force que le droit tente de s'approprier sans y réellement parvenir. La manière dont fut justifiée la répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo est éclairante. La négation de l'altérité par les nazis et les Japonais se heurtait de plein fouet à l'absence juridique de réelle incrimination au niveau international. Pour parvenir à sanctionner à hauteur des faits commis, fut élaborée une construction intellectuelle permettant de poursuivre et condamner sur le fondement d'infractions jusque-là ignorées du droit, en suspension peut être, mais nulle part consacrées. Le réel s'est invité à la table du droit pour mieux imposer sa prise en considération. Autrui ne pouvait être plus longtemps ignoré au niveaux international et pénal.

¹ « Il s'agit de percevoir la profonde similitude entre les hommes, intangible, qu'aucun individu ne saurait atteindre par sa volonté. Cette similitude qui transcende le temps, l'espace, et qui permet de donner toute sa mesure à la notion d'altérité. Là où la volonté est impuissante à établir une quelconque altérité se trouvent les traits essentiels, communs à tous, qui constituent l'Humanité », M.-L. Mathieu-Izorche, art. précit. n° 49, p. 74.

Quand bien même la sécurité juridique serait violée (la rétroactivité étant évidente), la réalité ne pouvait être occultée.

Ce rapport du fait de l'altérité au droit est, malgré ce, sans doute relatif. Au-delà de la réalité, le droit peut n'avancer que par acquisition de simples vérités¹ comme la science a la modestie de l'avouer².

Le droit se présente souvent tel un absolu idéal sous-tendu par des consensus l'édifiant. La sécurité que le droit est censé véhiculer explique sans aucun doute l'absoluité du droit. Si l'on accepte que le droit ne soit qu'une manière parmi beaucoup d'appréhender le monde tel qu'il est au regard d'une vision du monde tel qu'il devrait être, l'on doit admettre qu'il ne s'agit que d'une vision circonstanciée dans le temps et l'espace. Reste l'idée que certaines permanences sont essentielles, voire consubstantielles. Or, il ne s'agit que d'un idéal. La vie n'a pas été respectée partout et toujours de manière absolue³ ; il en est de même pour la propriété, la liberté, l'égalité. Le fait que ces intérêts doivent être transformés en droits afin d'en assurer une protection fiable et juste n'est qu'une idée que le système juridique vient consacrer. Il ne s'agit que d'un choix guidé par la qualité des résultats auxquels l'on parvient par le truchement du droit⁴.

Si l'altérité est une véritable explosion dans la philosophie de Lévinas, il est aisé de trouver d'autres philosophies la rabaissant au profit du moi ou de l'Etat. L'altérité est alors un choix, sans nul doute politique, civique. Tout en sachant que sa non-invitation l'amène parfois à s'inviter de force. Une fois de plus, aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'altérité se présente le plus souvent quand l'humain fait face à l'inhumain, à tout le moins, à ce qu'il croit être inhumain. L'altérité se dresse alors comme un rempart : si un phénomène humain peut avoir pour conséquence d'être contre l'humain, autrui s'élève pour demander à ce qu'un minimum commun soit respecté. Il ne s'agit pas tant d'un impératif catégorique ou moral dictant que l'humain soit la fin de toute action humaine, que d'exiger, de manière certes minimaliste, que l'inhumain n'en soit pas la fin. Il faut peut-être ici se garder d'une finalité qui se voulant idéale, serait, au final idéale. L'on sait trop combien la notion d'idéal se conjugue mal avec l'humanité. Telle est sans doute la leçon concrète de l'altérité dans la sphère juridique : l'abandon des absolus au profit d'une vérité relative : agis de telle sorte que l'altérité ne soit jamais niée ou ignorée. La vertu moralisante est certes faible, la directive juridique est plus solide : respecter l'anticipation

¹ Sur cette question, v. dernièrement, P. Amsselek, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *RRJ droit prospectif*, 2008-3, p. 625.

² Les découvertes scientifiques ne sont des vérités que jusqu'au jour où une autre vérité est capable de mieux expliquer la réalité. La contingence de la réalité réside ainsi dans les vérités élaborées pour l'expliquer. Ceci tend peut-être à démontrer que la réalité est elle-même relative.

³ Elle ne l'est toujours pas en France et ne le sera sans doute jamais ! Si la vie est sacrée, elle ne l'est pas absolument.

⁴ Malgré la réalité de certains phénomènes, l'esprit humain a tendance à vouloir traduire tout constat en idée.

légitime d'autrui sans pour autant exiger de sacrifice. Cela correspond à une perception minimale du rôle du droit. Peut-être est-elle celle qui convient le mieux à une nature aussi rétive et relative que l'humain.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

- Atias (Ch.),**
Les personnes, les incapacités, PUF, coll. Droit fondamental, 1985.
- Aubry et Rau,**
Cours de droit civil, t. 1, 6^{ème} éd., par E. Bartin, Marchal et Billard, 1936.
- Bergel (J.-L.),**
Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^{ème} édition, 2003,
- Calais-Auloy (J.), et Steinmetz (F.),**
Droit de la consommation, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., août 2006, n° 250.
- Carbasse (J.-M.),**
Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, 2^{ème} éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2006
- Carbonnier (J.),**
Droit civil, Tome 1, Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple, PUF, Quadrige, 2004.
Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, PUF, Quadrige, 2004.
- Conte (Ph.),**
Droit pénal spécial, Litec, 3^{ème} éd., 2007.
- Cornu (G.),**
Droit civil, Introduction au droit, Montchrestien, précis Domat, 13^{ème} éd., 2007.
Droit civil, Les personnes, Montchrestien, précis Domat, 13^{ème} éd., 2007.
- Demogue (R.),**
Traité des obligations en général, volume 1, tome 1 : Source des obligations, Paris, Arthur Rousseau, 1923.
Traité des obligations en général, volume 5, Paris Arthur Rousseau, 1925.
Traité des obligations en général, volume 6, Paris Arthur Rousseau, 1932.
Les notions fondamentales du droit privé, Paris, Rousseau, 1911.
- Desportes (F.), Le Gunehec (F.),**
Droit pénal général, Economica, Corpus droit privé, 15^{ème} éd., 2008.
- Domat (J.),**
Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus, revue corrigée et augmentée, Paris, Delalain libraire, 1777.
Œuvres complètes, t. I, par J. Rémy, 1828.
- Dupuy (P.-M.),**
Droit international public, précis Dalloz, 2006, 8^{ème} édition.
- Fabre-Magnan (M.),**
Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral, PUF, Thémis, 2008.
- Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.),**
Droit civil, tome I, L'acte juridique, Armand Colin, 12^{ème} édition, 2006.
- Ghestin (J.),**
La formation du contrat, LGDJ, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1999.
- Halpérin (J.-L.),**
Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, coll. Quadriges, 2001.
- Jacqué (J.-P.),**
Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, 4^{ème} éd, 2006.
- Larroumet (Ch.),**
Droit civil – Introduction à l'étude du droit, Tome 1, 5^{ème} éd., Economica, 2004.
- Le Tourneau (Ph.), Bloch (C.), Giudicelli (A.), Guettier (Ch.),**
Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2008.

Marty (G.) et Raynaud (P.), Jestaz (Ph.)

Droit civil, Les obligations, 2^{ème} éd., Sirey, 1989.

Malaurie (Ph.) et Aynès (L.),

Les personnes – Les incapables, Defrénois, 3^{ème} éd., janvier 2007.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gauthier (P.-Y.),

Contrats spéciaux, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.),

Les obligations, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007.

Mayaud (Y.),

Droit pénal général, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2007.

Mazeaud (H.), (L.) et (J.), Chabas (Fr.), Laroche-Gisserot (F.),

Leçons de droit civil – Les personnes, La personne, Les incapacités, 8^{ème} éd., 1997, tome 1, vol. 2.

Mazeaud (H. et L.), Tunc (A.),

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1er, 6^{ème} éd. 1965.

Planiol (M.),

Traité élémentaire de droit civil, LGDJ, t. 2, 6^{ème} éd., 1912.

Pothier (R.-J.),

Œuvres, Traité des obligations, Tome 1er, éd. par M. Sufrein, 1821.

Pradel (J.),

Manuel de droit pénal général, Cujas, 16^{ème} éd., 2006.

Pradel (J.), Danti-Juan (M.),

Manuel de droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires, Cujas, 4^{ème} éd., 2007.

Rassat (M.-L.),

Droit pénal spécial : Infractions des et contre les particuliers, Précis Dalloz, 2006.

Sériaux (A.),

Le Droit : une introduction, Ellipses, 1997.

Manuel de droit des obligations, 3^{ème} édition, Paris, PUF, 2006.

Sudre (F.),

Droit européen et international des droits de l'homme, PUF coll. Thémis, 8^{ème} éd. refondue, 2006.

Sudre (F.), Marguénaud J.-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A. et Levinet M.,

Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF Thémis, 4^{ème} éd., 2007.

Terré (F.),

Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2007.

Terré (F.) et Fenouillet (D.),

Droit civil – Les personnes – La famille – Les incapacités, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005.

Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.),

Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005 (10^{ème} éd. à paraître le 22 octobre 2008).

Teyssié (B.),

Droit civil - Les personnes, 10^{ème} éd. Lexis Nexis, 2007

Villey (M.),

Philosophie du droit, I, Définitions et fins du droit, Dalloz, 3^{ème} éd. 1982.

Viney (G.), Jourdain (P.),

Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 3^{ème} éd, 2006.

Zachariae (K.-S.),

Droit civil français, traduit de la 5^{ème} éd. Par G. Massé et Ch. Vergé, t. 1, Durand 1854.

Zenati-Castaing (F.) et Revet (Th.),

Manuel de droit des personnes, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2006.

II – Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours

Abikhzer (F.),

La notion juridique d'humanité, préf. X. Philippe, thèse Aix-Marseille III, PUAM 2005.

Ambroselli (C.),

L'Ethique médicale, PUF, Que sais-je ?, 1988

Bibliographie

- Andorno (R.),**
La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, Thèse Paris XII, préf. F. Chabas, LGDJ, 1996.
- Arnaud (A.-J.),**
Les origines doctrinales du code civil français, préf. M. Villey, LGDJ, Paris, Bibliothèque de philosophie du droit, 1969.
- Atiyah (P. S.),**
Essays on Contract, Clarendon Press, Oxford.
- Baudouin (J.-L.), Labrusse-Riou (C.),**
Produire l'homme, de quel droit ?, PUF, 1987.
- Batiffol (H.),**
Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ 1979.
- Batteur (A.),**
Le mandat apparent en droit privé, th. Caen, 1989.
- Bayet (A.),**
Le suicide et la morale, F. Alcan, 1975.
- Beccaria (C.),**
Des délits et des peines, Flammarion, Paris 1991.
- Behar-Touchais (M.),**
Le décès du contractant, préf. G. Champenois, Economica, thèse Paris II, 1988.
- Beignier (B.),**
L'honneur et le droit, préf. J. Foyer, LGDJ, 1995.
- Beignier (B.), Bléry (C.)**
Manuel d'introduction au droit, PUF, coll. Droit fondamental, 2004.
Cours d'introduction au droit, Montchrestien, 2006
- Beilleil (I.),**
L'esprit du Code civil à travers le Livre III du livre Titre III, mémoire DEA, Faculté de droit de Nantes, 2003.
- Bellivier (F.),**
Le patrimoine génétique humain : étude juridique, thèse Paris I, 1997.
- Bertrand-Mirkovic (A.),**
La notion de personne, préf. F. Terré, PUAM, 2004.
- Billemont (J.),**
Le contrat dans la pensée d'Emmanuel Lévy, Mémoire DEA, Université Lille 2, Centre René Demogue.
- Bloch (C.),**
L'obligation contractuelle de sécurité, préf. R. Bout, PUAM 2002.
La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, av. propos Ph. Le Tourneau, préf. R. Bout, Dalloz-Sirey, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.
- Boltanski (L.),**
La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement, Gallimard, coll. Essais, 2004.
- Bonfils (Ph.),**
L'action civile : essai sur la nature juridique d'une institution, préf. S. Cimamonti, PUAM 2000.
- Calmes (S.),**
Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.
- Claudé (E.),**
Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse 1994, Paris X-Nanterre.
- Dasen V. (dir.),**
L'embryon humain à travers l'histoire, Préf. F. Ansermet. Ed. Infolio,
- Dejean de la Batie (N.),**
Application in abstracto et in concreto en droit civil français, LGDJ, 1965.

- Delmas-Marty (M.),**
Vers un droit commun de l'humanité, Textuel, 2005.
Les forces imaginantes du droit : Tome I, Le relatif et l'universel, Seuil, 2004.
- Dhonte-Isnard (E.),**
L'embryon humain in vitro et le droit, préf. Moreteau O. et Rubellin-Devichi, L'Harmattan, Coll. Ethique médicale, 2004.
L'embryon in utero et le droit, L'Harmattan, Coll. Ethique médicale, 2004.
- Dupuy (R.-J.),**
L'Humanité dans l'imaginaire des nations, Julliard, 1991, p. 224.
- Dutoit (B.),**
Le droit international privé ou le respect de l'altérité, Bruylant, 2007.
- Fages (B.),**
Le comportement du contractant, thèse Aix-Marseille III, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.
- Fenet (P.-A.),**
Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Videcop édition 1827 ; réimpression de l'édition de 1827, Osnabrück : Otto Zeller, 1968.
- Frossard (A.),**
Le crime contre l'humanité, Laffont, 1987.
- Gendrel (M.),**
Les mariages in extremis, thèse Paris, LGDJ, 1958.
- Gény (F.),**
Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Sirey, t. IV, 1924.
- Giudicelli (A.),**
Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme, thèse Poitiers, 1993
- Gounod (E.),**
Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme, Thèse dactylographiée, Dijon 1912.
- Gorla (G.),**
Il Contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo, comparative e casistico, Milano, Giuffrè, 2 vol. 1954.
- Gorphe (F.),**
Le principe de la bonne foi, Thèse Paris, Dalloz, 1928.
- Haid (F.),**
Les notions indéterminées dans la loi, préface de Jean-Louis Bergel, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 2008.
- Houtcieff (D.),**
Le principe de cohérence en matière contractuelle, préf. H. Muir Watt (2 vol.) PUAM 2001.
- (Von) Ihering (R.),**
Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, t. IV, Paris, Marescq, 1886-1903.
- Jobard-Bachelier (M.-N.),**
L'apparence en droit international privé, thèse, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1984.
- Labbée (X.),**
La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, préf. J.-J. Taisne, Presses universitaires de Lille, 1990.
- Lévy (E.),**
Les notions fondamentales du droit privé, Paris, Rousseau, 1911.
Les fondements du droit, Paris, Giard, 1939.
La vision socialiste du droit, Ed. M. Giard, 1926.
L'affirmation du droit collectif, Paris, Société Nouvelle de librairie et d'édition, 1903.
Preuve par titre du droit de propriété immobilière, Thèse Paris, 1896, Pedone.

Bibliographie

- Looir (R.),**
Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire DEA ss. la dir. de Ch. Jamin, 2002, Lille.
- Macaulay (S.),**
Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law, Northwestern University Law review, 1978, vol 72, p. 854 et s.
- Macneil (I.),**
The new social contract. An inquiry into modern contractual relations, Yale Univ. Press, New Haven, 1980.
- Martin (R.),**
Le phénomène juridique (essai d'approche expérimentale), Editions juridiques et techniques, 1987.
- Massager (N.),**
Les droits de l'enfant à naître, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- Mathieu-Izorche (M.-L.),**
L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, thèse, PUAM, 1995.
- Meyrowitz (H.),**
La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité, thèse Paris : LGDJ 1960.
- Morvan (P.),**
Le principe de droit privé, Thèse Paris II, préface J-L. Souriaux, ed. Panthéon Assas, 1999.
- Noblot (C.),**
La qualité du contractant comme critère légal de protection, préf. Fr. Labarthe, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002.
- Picod (Y.),**
Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse Dijon, préface de Couturier G., Paris, LGDJ, 1989.
- Portalis (J.-E.-M.),**
Discours préliminaire au premier projet de code civil, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999.
- Ranouil (V.),**
L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.
- Reifegerste (R.),**
Pour une obligation de minimiser le dommage, thèse Paris I, 1999.
- Rieg (A.),**
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1961.
- Ripert (G.),**
La règle morale dans les obligations civiles, 4^e édition, LGDJ, 1949.
- Romain (J.-F.),**
Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier, (Fraus omnia corrumpit), Thèse Bruxelles, préface de Van Ommeslaghe P., Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Rouhette (G.),**
Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.
- Rouland (N.),**
L'anthropologie juridique, Que sais-je ?, PUF 1995.
- Sebag (L.),**
La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, th. Paris, 1938.
- Sériaux (A.),**
L'usage frauduleux de la chose d'autrui, Mémoire DEA, 1978, ISPEC, Aix-en-Provence, n° 10.

Le droit naturel, PUF, coll. Que sais-je ?, 2ème éd., 1999.

Stoffel-Munck (Ph.),

L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Thèse Aix-Marseille, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

Regards sur la théorie de l'imprévision - Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, avant-propos A. Sériaux, préf. R. Bout, Collection du Laboratoire de théorie juridique, PUAM, 1994.

Sureau (Cl.),

Son nom est Personne : Avant de naître, l'enfant est-il une chose, un amas de cellules ou un patient ?, Albin Michel, 2005.

Train (F.),

Le principe de la confiance légitime en contentieux communautaire, Mémoire DEA, Université de Bordeaux I, 1992.

Tzitzis (S.),

La personne, l'humanisme, le droit, Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2002.

Valette (A.),

Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois, Ed. Marescq Ainé, 1859.

Vigneau (D.),

L'enfant à naître, Thèse, Toulouse, 1988.

Villey (M.),

Questions de saint Thomas sur le droit et la politique, P.U.F., coll. « Questions », Paris, 1987.

Le droit et les droits de l'homme, PUF, Paris, 1990.

La formation de la pensée juridique moderne, PUF, Quadriges, 2006.

Volansky (A.),

Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Thèse Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929.

Vouin (R.),

La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, Thèse Bordeaux, LGDJ, 1939.

III – Articles, chroniques, contributions à des ouvrages collectifs

Amselek (P.),

« La teneur indécise du Droit », *RDP* 1991.1200.

« L'interprétation à tort et à travers », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruylant et PUAM, 1995, p. 12.

« La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *RRJ droit prospectif*, 2008-3, p. 625.

Ancel (P.),

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

Andorno (R.),

« Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne », *RIDC* 1994, p. 150.

Antoine (S.),

« Le droit de l'animal : évolution et perspectives », *D.* 1996, Chron.126

Atias (Ch.),

« La situation juridique de l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Téqui, 1986, p. 117.

« Restaurer le droit du contrat, au professeur Christian Mouly, Avocat au barreau », *D.* 1998 p. 137.

« Les biens en propre et au figuré, destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », *D.* 2004 p. 1459.

« L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle - Inexécution du contrat ou respect de la loi ? », *D.* 2008, p. 1013.

Aubert (J.-L.),

« Indemnisation d'une vie handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas du être », *D.* 2001 chron. 489.

« La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? » *RJDA*, avril 2004, p. 355.

Bibliographie

« Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Liber amicorum : Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008.

Aubry (H.),

« Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005-3, p. 627.

Aynès (L.),

« Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001. chron.492.

Baillon-Wirtz (N.),

« La famille et la mort », *Def.*, 2006, n°217, p. 159

« La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. Famille* 2007, chron. n° 13.

Balestriero (V.),

« La situation de l'enfant mort-né », *D.* 1999, p. 81

Baud (J-P.),

« La bonne foi depuis le Moyen Age », *Conférence à l'Ecole doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X-Nanterre*, disponible sur internet : http://www.balde.net/articles/Baud-Bonne_foi.html

Bauzon (S.),

« Dire le droit », in *Michel Villey, le juste partage*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, ss. la dir. de C. Delsol et S. Bauzon, 2007, p. 17.

Béchillon (de) (D.),

« La valeur anthropologique du Droit, Eléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD civ.* 1995 p. 835.

Behar-Touchais (M.),

« Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 88.

Beignier (B.) et Puyo (Y.),

J.-Cl. Civil Code, art. 16 à 16-13, « Respect et protection du corps humain - Le mort », fasc. 72, oct. 2007.

Binet (J.-R.),

« La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Droit de la famille* n° 12, décembre 2004, Etude 28.

Bonneau (T.),

« Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chron., p. 24.

Boujeka (A.),

« Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 8 juin 2000, n° 114, p. 26 ;

Boulouis (J.) et Courrèges (A.),

« Passé et avenir des annulations contentieuses », *La lettre de la justice administrative*, n° 4, juillet 2004.

Bourg (D.),

« Sujet, personne, individu », *Droits*, 1991, n° 13, *Biologie, personne et droit*, PUF, 1991, p. 87.

Bourgoignie (Th.),

« A la recherche d'un fait générateur unique et autonome dans les rapports de consommation : l'attente légitime du consommateur », *Liber Amicorum N. Reich*, Nomos, Baden-baden 1997, p. 221.

Bouthinon-Dumas (H.),

« Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Université, t. XV, 3 2001/3, p. 339.

Brücker (G.),

« Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé », *D.* 2007, p. 1546.

- Buisson (J.),**
« Réforme de la procédure pénale », *Procédures*, juillet 2007, p. 19 ;
- Burge (A.),**
« Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 à 24.
- Byk (C.),**
« L'embryon jurisprudentiel », *Gaz. Pal.* 1997, doctrine, p. 1391 ;
« Le clone, l'humain et le droit », in *Les progrès de la peur*, Farouki N. (dir.), Le Pommier, 2001, p. 201.
- Cabrillac (R.),**
« Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale » *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.
- Calais-Auloy (M.-T.),**
« L'importance de la volonté en droit », *LPA* 7 déc. 1999, n° 243, p. 14.
- Callu (M.-F.),**
« Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte », *RTD Civ.* 1999 p. 313.
- Cans (C.),**
« La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement ? », *Droit de l'environnement*, 2005, n° 131, p. 194 ;
- Capitant (H.),**
« Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage aux voisins », *Rev. Crit. Lég. et jur.*, 1900, p. 236 et s.
- Carbonnier (J.),**
« La maxime "Nul n'est censé ignorer la loi en droit français" » : *Journées de la société de législation comparée*, 1984, pp. 321 et s.
« Observations » in *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Actes Sud 1985, p. 154
« Introduction », extrait des travaux sur *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, des Journées R. Savatier à Poitiers, P.U.F., 1986, p. 29 à 39
« Sur les traces du non-sujet de droit », in *Le sujet de droit, Archives de philosophie du droit, tome 34*, Sirey 1989, p. 197.
« Note sur l'arrêt de la cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57, p. 519.
- Cassia (P.),**
« La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, chron. p. 1193.
- Cayla (J.-S.),**
« La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997, et la législation française sur le respect du corps humain », *RDSS* 1998 p. 46.
« L'état des oeufs humains fécondés in vitro et ses conséquences sur leur destination et sur celle des cellules souches obtenues par leur culture en laboratoire », *RDSS*, 2001, p. 43..
- Cédras (J.),**
« Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport 2003 de la Cour de cassation*, Deuxième partie : Études et documents, Études diverses.
- Chahid-Nourai (N.),**
« La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA* 2005.
- Chaumette P.,**
« Le navire, ni territoire, ni personne », *Droit maritime français*, février 2007, n°678, p. 99.
- Chazal (J.-P.),**
« Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, I, 152.
« De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.
- Chiariny-Daudet (A.-C.),**
« Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA*, 28 nov. 2007, n°238, p. 6.
- Coleman (J.),**
« Guillaume d'Occam et la notion de sujet », in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit, tome 34*, Sirey 1989, p. 25.

- Combret (J.) et Casey (J.),**
« Le mandat de protection future », *RJPF* 2007/7-8, p. 8 et s. et 2007/9, p. 8.
- Cornu (G.),**
« Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz 1981, p. 88.
- Cornu (M.),**
« A propos de l'adoption du code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *D.* 2005, p. 145
- Corpart (I.),**
« Décès prénatal et qualification juridique du cadavre », *JCP G* 2005, I, 1743.
- Coste (F.-L.),**
« Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.* 1997 p. 179.
- Coulon (C.),**
« L'application de la disposition anti-Perruche à l'épreuve du concept d'espérance légitime », *Revue Lamy Droit civil*, n° 28, juin 2006, actualités, pp. 15-19.
- Cristau (A.),**
« L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, chron. p. 2815.
- Dabin (J.),**
« Examen de jurisprudence – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », in *RCJB*, 1949, p. 57 n°15.
- D'Aguesseau,**
« L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi », IXème mercuriale (prononcée en 1709), in *Œuvres complètes de M. le Chancelier D'Aguesseau*, 1759, t. I, p. 127.
- Decocq (A.),**
« La main d'Isabelle », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Def. 2005, p. 199.
- Delfosse (A.) Baillon-Wirtz (N.),**
« Le mandat de protection future », *D.* 2007 p. 2224.
- Delmas-Marty (M.),**
« Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 478.
« Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, p. 2517.
- Del Rey (M.-J.),**
« La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006 p. 388.
- Demogue (R.),**
« Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD. civ.*, 1907, p. 245.
« La notion de sujet de droit (caractères et conséquences) », *RTD civ.* 1909.
- Descamps (Ph.),**
« Enfants clonés, enfants damnés », *D.* 2004, p. 1819.
- Didry (C.),**
« Emmanuel Lévy et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations », Documents de travail, Série Règles, Institutions, Conventions, n° 03-02, janvier 2003, en ligne sur le site du laboratoire Institutions et dynamiques historiques de l'économie Cachan, www.idhe.ens-cachan.fr, p. 4.
- Dijon (X.),**
« Le normal et l'absolu en génétique humaine », *Jus medicum*, IX, 49.
- Djoudi (J.) et Boucard (F.),**
« La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, p. 500.
- Dreifuss-Neiter (F.),**
« Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la faille », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 111 et s.
- Dreyer (E.),**
« Les frais d'obsèques », *JCP N* 1999, p. 1771.
« La mémoire des morts, le juge et la loi », *D.* 2007, p. 541.
- Dubois (J.-P.),**
« Le droit de l'autre, l'autre du droit », in *Frontières du droit, critique des droits - Billets en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Droit et société Recherches et travaux 14, 2007, p. 329

- Dutrieux (D.),**
« Le contentieux de l'exhumation », *JCP A* 2007, p. 2122
- Edelman (B.),**
« Le Conseil constitutionnel et l'embryon » *D.* 1995 p. 207.
« La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, Chron. p. 185.
« Le concept juridique d'humanité », in *Le droit, la médecine et l'être humain – Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, Collection du laboratoire de théorie juridique, vol. 9, 1996, 273 p. 300.
- Egée (P.),**
« La condition fœtale entre procréation et embryologie, Du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *RDSS* 2005 p. 232.
- El Gharbi (M.),**
« Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique » : *RRJ Droit prospectif*, 2005-1, p. 165.
- Ewald (F.),**
« La construction du régime juridique du principe de précaution », *D.* 2007, p. 1548
- Farjat (G.),**
« Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt (Prolégomènes pour une recherche) », *RTD civ.*, 2002, p. 221.
- Fauvarque-Cosson (B.),**
« L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 3.
- Feldman (J.-P.),**
« Un Parlement en cendres », *D.* 2006, p. 92.
- Fenouillet (D.),**
« Les données acquises de la science et l'expérience générale des mères » au soutien de « la vie distincte de l'enfant in utero matris dès avant la naissance », Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l'enfant à naître », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57 p. 473.
- Fonbaustier (L.),**
« Incertains lueurs concernant l'article 5 de la Charte », *Environnement*, 2006, n° 12, p. 9.
- Fontanaud (D.),**
« La question du "tag" en droit pénal », *Dr. pén.* 1992, p. 1 s.
- Forgeard (M.-C.) et Levillain (N.),**
« Mandat de protection future et pratique notariale », *Def.* 2008, articles 38730 et 38737.
- Fossier (T.),**
« Le mandat de protection future sous seing privé », *Dr. Famille* 2008, chron. n°1.
- Fossier (Th.) et Maréchaux (M.),**
« La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'aide médicale », *RDSS* 1991 p. 1
- Fournol (I.),**
« L'émergence du principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire », *RRJ* 2001-1, p. 296.
- François (J.) ,**
« Contribution à l'étude de la personnalité », *Rev. gén. de légis. et jurispr.* 1931.286.
- Frison-Roche (M.-A.),**
« Volonté et obligation », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, tome 44, 2000, p. 129.
- Fromont (M.),**
« Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, n° spécial 20 juin 1986 p. 180.
- Gaudrat (Ph.),**
« Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 2001, Fasc. 1210.
- Gaumont-Prat (H.),**
« Interdiction du clonage humain », *D.* 1998, p. 167.
- Gautier (P.-Y.),**
« Note autour de l'affaire Perruche », *Droits* 2002 p.147.

- Geouffre de la Pradelle (A.),**
« Le droit de l'Etat sur la mer territoriale », *RGDIP*, 1898, p. 283.
- Germain (M.),**
« L'apport du droit de l'entreprise au droit des personnes », *JCP E*, 1997 n° 2.
- Ghestin (J.),**
« L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p.1 à 10.
« La notion de contrat », *D.* 1990, Chron., p. 148.
« La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 155 ;
« Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007, I, 157 ;
« La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers » in *Liber amicorum - Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 455.
- Giudicelli-Delage (G.),**
« Mythe(s) et justice », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, PU Limoges, 2004, p. 85.
- Granet (F.),**
« Etat civil et décès périnatal dans les états de la CIEC », *JCP G*, 31 mars 1999, I.124.
- Gridel (J.-P.),**
« L'individu juridiquement mort », *D.* 2000, p. 266-6.
- Grynfogel (C.),**
« Crimes contre l'humanité », *JCl. Pénal Code*, art. 211-1 à 213-5, fasc. 20, I., n° 3 et 4.
- Grynbaum (L.),**
« La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, ss. la dir. de M. Nicod et L. Grynbaum, Economica 2004, p.35-36.
- Gueguen (J.-M.),**
« Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle » *D.* 1999, Chr. 352.
- Guéry (Ch.),**
« La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire », *AJ pénal*, 2007-3, p. 105.
- Guillien (R.),**
« Nul n'est censé ignorer la loi » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier* : Dalloz, 1961, t. I, pp. 253 et s.
- Goulier (C.),**
« Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA* 2005, p. 1034.
- Hassler (T.) et Lapp (V.),**
« Droit à la dignité : le retour ! », *LPA*, 31 janv. 1997.
- Hauser (J.),**
« La protection de la personne de l'incapable », *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 233.
- Hauser (J.),**
« L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD civ.* 2001 p. 560.
- Hébert (S.),**
« Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *D.* 2008, p. 307.
- Hébraud (P.),**
« Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à J. Maury*, Dalloz, tome II, 1960, p. 419 à 476.
- Hennette-Vauchez (S.),**
« La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l'exception bioéthique ? », *RDSS* 2005, p. 185.
- Hennion-Jacquet (P.),**
« Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007 p. 1038.
- Hermitte (M.-A.),**
« Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois éditeur, 1988.
- Hermon (C.),**
« La réparation du dommage écologique », *AJDA* 2004. 1792 ;
- Herzog-Evans (M.),**
« Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ.* 2000 p. 65.

- Hubert (B.),**
« Le statut de l'embryon humain : une relecture d'Aristote », *Nova et vetera*, Genève, 2001, vol. 76, n°4, p. 53-81.
- Huglo (Ch.),**
« Où en est-on un an après la Charte de l'Environnement ? », *Environnement*, 2006, n° 4, p. 1 ;
- Hutin (N.), Cohendet M.-A.,**
« La charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal », *Revue juridique de l'environnement*, 2007, n° 3, p. 277.
- Imbert (J.)**
« De la sociologie au droit : la 'Fides' romaine », in *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris : Sirey, 1959, p. 413.
- Jacquinot (C.),**
« L'éthique du vivant », *Gaz. Pal.* 1997, II, doctrine, p. 1389.
- Jamin (Ch.),**
« Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », extrait du Colloque de Chambéry intitulé : « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46.
« Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 129.
« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à J. Ghestin*, Dalloz, 2001, p. 441 à 472, spéc. p. 445.
« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chronique p. 904.
- Jeuland (E.),**
« L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455.
- Jorion (B.),**
« La dignité de la personne humaine ou la difficulté d'insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RD publ.* p. 197.
- Kdhir (M.),**
« Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.* 1993, p. 538.
- Kelsen (H.),**
« La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p.v33.
- Kennedy (D.) Belleau (M.-C.),**
« La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, publ. des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2006, volume 56, p. 176.
- Kiss (A.),**
« La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueil des cours, Académie de droit international*, t. 175, 1982, p. 241.
- Klein (J.),**
« Le mandat de protection future », *AJ Famille* 2007, chron. n°21 ;
- Konicheckis (V.),**
« Autoconservation, sexualité, transformation ; triple fonction parentale chez le tout jeune enfant », in *Mémoires cliniques*, vol. 46, 2003/1, p. 137.
- Labbée (X.),**
« L'urne au fond du jardin – Quel statut pour les cendres ? », *JCP G* 2008, n° 15, I 239.
- Labbée (X.) et Mory (B.),**
« Le statut juridique de l'urne funéraire et des cendres qu'elle contient » : *LPA*, 27 janv. 1999, p. 1.
« Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999 p. 437.
- Lagarde (X.),**
« Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », in *Archives de philosophie du droit n° 50 : La création du droit par le juge*, Dalloz- Sirey, 2007 ;
« Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.
« Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 2001, n° 15/16, p. 745.

- Laithier (Y.-M.),**
« A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.
- Lardeux (G.),**
« Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D.* 2006, chron., p. 1406
- Lassalle (B.),**
« L'abus du droit moral de l'auteur défunt », *RRJ* 1998, p. 207 s.
- Latina (M.),**
« La suppression des seuils de viabilité des enfants mort-nés », *LPA*, 1er avril 2008 n° 66, p. 8.
- Léauté (J.),**
« Le mandat apparent », *RTD civ.* 1947 p. 288 ;
- Lebreton (G.),**
« Le droit, la médecine et la mort », *D.* 1994, Chron. p. 352
- Lecuyer (H.),**
« Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », extrait du 94ème Congrès des Notaires de France à Lyon intitulé : « Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique », *LPA*, 6 mai 1998, p. 44.
- Lefèbvre-Teillard (A.),**
« "Infans conceptus", existence physique et existence juridique », *Rev. hist. droit* 1994, p. 499 et s.
- Lepage (A.) et Maistre du Chambon (P.),**
« Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Mélanges Bouloc, Les droits & le droit*, Dalloz 2006, p. 613.
- Lepage (C.),**
« Pourquoi le principe de précaution est-il remis en cause ? », *Gaz. Pal.*, 21 déc. 2007, n° 355, p. 3 ;
- Le Tourneau (Ph.) et Julien (J.),**
« La responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil », in *Liber amicorum - Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 579.
- Leveneur (L.),**
« Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004 p. 173 et s.
« Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 69).
- Levinet (M.),**
« La dénégation par le juge européen du droit au respect de la vie de l'enfant à naître » : *JCP G* 2004, II, 10158
- Lévy (E.),**
« Responsabilité et contrat », *Rev. crit.*, 1899, p. 361.
« Le contrat collectif à la Bourse et à l'Usine », *Rev. socialiste*, 1906, p. 37.
« Le droit repose sur des croyances », *Quest. prat.*, 1909, p. 256.
« Le lien juridique », *Rev. de métaph. et de morale*, 1910, p. 823.
« La confiance légitime », *RTD civ.*, 1910, p. 717.
« Une théorie psychologique du droit dans la doctrine française », *RTD civ.*, 1911, p. 743.
« La transition du droit à la valeur », *Rev. de métaph. et de morale*, 1911, p. 412.
« La personne et le patrimoine », *Rev. socialiste*, 1911, p. 545.
« La grève et le contrat », *Rev. socialiste*, 1911, p. 125.
« Définition du contrat », *RTD civ.*, 1930, p. 274.
« Le droit au service de l'action », *Archives de philosophie du droit*, 1935, p. 74.
- Livet (P.),**
« Obligation et théorie des jeux », in *Archives de philosophie du droit, tome 44, L'obligation*, Dalloz-Sirey, 2000, p. 163.
- Lokiec (P.),**
« Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321
- Lombois (C.),**
« Un crime international en droit français, l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Mélanges A. Vitu* : Cujas 1989, p. 374.
« De l'autre côté de la vie », *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 298 s., note 300.

- Loussouarn (Y.),**
« Rapport de synthèse », in *Travaux de l'association Henri Capitant, La bonne foi*, Paris, Litec, 1994, p. 11.
- Lyon-Caen (A.),**
« Préface » à l'ouvrage de Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, 1991.
- Macneil (I.),**
« Values in contract : internal and external », *Northwestern Univ. Law review*, 1983, p. 340.
« Relational contract theory as sociology », *Journal of institutional and theoretical economics*, 143, 1987, p. 272.
- Malaurie (Ph.),**
« L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) », *D.* 1994, p. 97.
« Le respect de la vie en droit civil », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996, p. 436-437.
- Marguénaud (J.-P.),**
« La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998.205.
- Massip (J.),**
« Le mandat de protection future », *Gaz. Pal.*, 13 juin 2008, n° 165, p. 5-17.
- Martin (R.),**
« Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785.
- Martin (X.),**
« L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droits français et étranger*, 1982 p. 589.
- Matet (P.),**
« Minimisation du dommage et temporalité », in *Séminaire de la Cour de cassation Risques, assurances, responsabilités, "Les limites de la réparation"*, Groupe de travail "Le temps dans la réparation du préjudice".
- Mathias (E.),**
« Action pénale privée : cent ans de sollicitude - A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Procédures*, mai 2007, p. 6.
- Mathieu (B.),**
« L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) », *D.* 1994 p. 97.
« La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA* 2005, p. 1170.
- Mathieu-Izorche (M.-L.),**
« Une troisième personne bien singulière ou "2 + 1 = tout autre chose" », *RTD civ.* 2003 p. 51.
« L'égalité juridique », in *Egalité et inégalités*, sous la dir. d'Yves Michaud, UTLS, Odile Jacob, 2003, p. 53.
« L'altérité » in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, éditions de la Société de législation comparée, Paris 2005, p. 59-74.
« La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, p. 25.
- Matsopoulou (H.),**
« Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs », *Droit pénal*, mai 2007, Etude n°5.
- Mayaud (Y.),**
« La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron. p. 282.
« Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC* 1999, p. 813.
« Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001, jur. p. 2917.
- Mazeaud (D.),**
« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, P.U.F. et Edition du Juris-classeur, 1999, p. 608.
« Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 83 et s.
« Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001 p. 332

Bibliographie

- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 59.
- « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, chron. p. 1176.
- Mazeaud (H.),**
- « L'absorption des règles juridiques par le principe général de responsabilité civile » *DH*, 1935 Chron. p.5.
- Mazet (P.),**
- « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Marc Nicod et Luc Grynbaum, Economica, 2004, p. 1.
- Memeteau (G.),**
- « Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé », *RDSS* 1983.525.
- « Le Comité consultatif national d'éthique et l'enfant conçu », in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, 6^{ème} Colloque national des juristes catholiques, éd. Téqui, 1985, p. 67 et s.
- « L'embryon législatif », *D.* 1994, chron. 355.
- « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD Civ.* 1990 p. 611.
- Mengozi (P.),**
- « Evolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1997, p. 13.
- Mercoli (S.),**
- « Droits fondamentaux : à quand le principe d'une rétroactivité pour l'avenir ? », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, p. 51.
- (De) Mestral (A.),**
- « Le régime juridique des fonds des mers : inventaire et solutions possibles », *RGDIP*, 1970, page 649.
- Mettetal (A.),**
- « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », in *RRJ droit prospectif*, 2005, n°4 p. 1889.
- Mignon (J.),**
- « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la loi ? », *Conc. méd.* 25 sept. 1982, p. 5063.
- Morvan (P.),**
- « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007, p. 835.
- « Paralysie de la loi anti-Perruche, indemnisation du handicap et recours des tiers payeurs », *JCP S*, n° 25, 20 juin 2006, 1502.
- Mouly (Ch.),**
- « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 ;
- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33 ;
- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53 ;
- « Le revirement pour l'avenir », *JCP*, 1994, I, 3776.
- Mouly (J.),**
- « Le prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation » : *RSC* 2005, p. 47.
- Moutouh (H.),**
- « La dignité de l'homme en droit », *RD publ.* 1999, p. 159.
- Muir Watt (H.),**
- « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 116.
- « La modération des dommages en droit anglo-américain », *Colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *LPA* 2002, n° 232.
- Murat (P.),**
- « Réflexion sur la personne humaine/personne juridique », *Dr. famille* 1997, chron. n° 9.
- « Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression », *Dr. famille* 1999, comm. 112.
- « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *JCP G* 2002, I, 101.

« Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme » : *Dr. famille* 2004, comm. 194.

Muzny (P.),

« La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, p. 31.

Neyret (L.),

« La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.* 2008 p. 170.

Niboyet (J.-P.),

« L'autonomie de la volonté », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1927-1, p.8 et s.

Niort (J.-F.),

« L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *RRJ droit prospectif*, 1998-2, p. 459.

Noiville (C.),

« La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *D.* 2007, p. 1515.

Ondoua (A.),

« Abolition de la peine de mort et Constitution », *D.* 2006, p. 634.

Pastor (J.-M.),

« Le projet de loi sur la responsabilité environnementale adopté par le Sénat », *AJDA*, 2008, p. 1069.

Peis-Hitier (M.-P.),

« Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, chron. 865

Pellier (J.-D.),

« Le mandat de protection future », *LPA* 2007, n°83, p. 4.

Philippe (C.),

« La viabilité... encore », *RDSS* 2003, p. 316 s.

« La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, Chron. p. 29 :

Pierre (M.),

« L'épreuve affective », in C. Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, 2008, p. 57 s.

Plateau (P.),

« La paix des morts », note *D.* 1993.370.

Perreau-Billard (F.),

« Le majeur à protéger et le mandat de protection future », *AJ Famille* 2007, p. 213 ;

Ponsard (A.),

« Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 780.

Portalis,

« Discours préliminaire », in *A. Locré*, Bruxelles, 1836, t. 1, p. 179, n°87.

Potentier (Ph.),

« Le domaine du mandat de protection future », *JCP N*, 42 p. 22-27

Pradel (J.),

« La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Cass. ass. plén., 29 juin 2001) », *D.* 2001. chron. 2907.

« La chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.* 2002, p. 3099.

Prothais (A.),

« Les paradoxes de la pénalisation, enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G*, 1997.I.4055.

Puissochet (J.-P.) et Legal (H.),

« Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Cahiers du Constitutionnel*, n°11, introduction.

Pin (X.),

« La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, n° 2, avril-juin, p. 245-261.

« Le centenaire de l'arrêt Laurent-Athalin » : *D.* 2007, p. 1025 ; et

Puigelier (C.),

« L'homicide involontaire sur un fœtus », *Droit pénal* 1997, chronique n° 22.

« Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2003, chron. p. 2781.

« Depuis Louis XIV. A propos du statut juridique de l'embryon et du fœtus », *Mélanges Bouloc, Les droits & le droit*, Dalloz 2006, p. 923 s.

- Ravanas (J.),**
« Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *D.* 2000, Chron. p. 459.
- Raynaud (P.),**
« L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988 p. 109.
- Remond-Gouilloud (M.),**
« L'autre humanité (remarques sur une homonymie) », in *Etudes en hommage à A. Kiss, Les hommes et l'environnement, quels droits pour le vingt-et-unième siècle ?*, Editions Frison-Roche, Paris, 1998, page 58.
- Rochfeld (J.),**
« Droit à un environnement équilibré », *RTD civ.* 2005 p. 470.
- Roujou de Boubée (G.),**
« La mort du fœtus provoquée par l'imprudence d'autrui », *D.* 2004 p. 2754.
« Grandeur et décadence de l'interprétation stricte, très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus », in *Mélanges M. Gobert*, Economica 2004, p. 195 s.
- Roujou de Boubée (G.) et De Lamy (B.),**
« Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.* 2000, Chr., p. 181.
- Roujou de Boubée (G.), Vigneau (D.),**
« Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *D.* 2008, p. 862
- Rousset (G.),**
« De l'état civil des enfants nés sans vie – à propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008 », *JCP G*, 2008, n° 38, Aperçu rapide, 553, p. 6
- Rouyère (A.),**
« Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *D.* 2007, p. 1537.
- Rémy (Ph.),**
« Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, L.G.D.J., 1985, p. 91 à 105.
« La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 8.
- Revet (T.),**
« Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz 1997, p. 37.
« Débats sur l'obligation de motivation en droit des contrats », *RDC* 2004 p.579.
- Ripert (G.),**
« Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Rev. crit.*, 1928, p. 26.
- Rivero (J.),**
« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.
- Roets (D.),**
« La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in *malam partem* consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2007, p.124 ;
- Rouhette (G.),**
« La révision conventionnelle du contrat », *R.I.D. comp.*, 1986, p. 369
« La force obligatoire du contrat », extrait du rapport français intitulé : *Le contrat aujourd'hui*, LGDJ., 1987, p. 27 à 55,
- Ringel (F.), Putman (E.),**
« Après la mort ... », *D.* 1991 p. 241.
- Rolland (L.),**
« Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ...en trois petits bonds, à reculons », *McGill Law Journal*, volume 51-4 , 2007, p. 765-782.
- Rome (F.),**
« Lorsque l'enfant paraît », *D.* 2008, éditorial p. 681.
- Sacco (R.),**
« Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, 2007-4, p. 751
- Saint James (V.),**
« Réflexion sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, Chron. p. 61.

Sainte-Rose (J.),

« L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G* 2004, I, 194, p. 2360.

Salvage (P.),

« La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTD civ.* 1976, p. 725,

Savaux (E.),

« Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica 2004, p. 44.

Savatier (R.),

« Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939.Chron.49.

Schneider (A.),

« Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2008, n° 137, p. 4.

Sériaux (A.),

« Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, chron. p. 53 s.

« Libéralisme et morale », *RRJ droit prospectif*, 1990-3, p. 529.

« Les enjeux éthiques de l'activité de *jurisdictio* », *RRJ Droit prospectif*, 1992-2, p. 445.

« La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994 p. 801.

« La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995 p. 23.

« L'engagement unilatéral en droit français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1999, p. 7 et s.

« Droit et économie, sur l'unité de deux disciplines », *RRJ droit prospectif*, 2000-2, 887.

« "Infans conceptus..." - Remarques sur un univers juridique en mutation », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 53

« Loi naturelle, droit naturel, droit positif », in *Raisons politiques*, presses de SciencesPo., 2001/4, p. 147.

« Jurisprudence Perruche : une proposition de loi ambiguë », *D.* 2002, point de vue p. 579.

« "Perruche" et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *D.* 2002, p. 1996.

« Morale sur Perruche », *Droits*, 2002, p. 134.

« Le frêle pouvoir de durer : la permanence du Code civil des Français de 1804 à nos jours », *RRJ Droit prospectif*, 2006-1, p. 19.

« L'humanité au tourniquet de la peine », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 320.

Serverin (E.),

« Homicide. Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme » : *D.* 2004, p. 2801.

Seuic (J.-F.),

« Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 370.

Sevely (C.),

« Réflexions sur l'inhumain et le droit, Le droit en quête d'humanité », *RSC* 2005 p. 483

Simon (D.),

« Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique ? », *Europe* n° 5, mai 2006, comm. 142.

Sourioux (J.-L.),

« La croyance légitime », *JCP*, 1982.I.3058.

« L'idée d'un droit civil codifié chez Bonaparte », in *Mélanges A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 509.

Storme (M.-E.),

« La bonne foi dans la formation des contrats » – *Rapport néerlandais aux Journées louisianaises de l'Association Capitant*, 1992 t. XLIII p. 163.

Sudre (F.),

« La déclaration universelle des droits de l'homme » *JCP G*, 1998, actualité p. 2249.

Bibliographie

- « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377.
- Supiot (A.),**
« Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985.621
- Terrasson de Fougères,**
« La résurrection de la mort civile », *RTD civ.* 1997 p. 893.
- Terré (F.),**
« Le rôle actuel de la maxime nul n'est censé ignorer la loi » in *Travaux de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris* : éd. Cujas, 1966, t. XXX, pp. 91 et s.
« L'humanité, un patrimoine sans personne », *Mélanges Ardant*, 1999, p. 33
- Théry (R.),**
« La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231.
- Tinland (F.),**
« La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau », *Archives de philosophie du droit, tome 34, Le sujet de droit*, Sirey 1989, p. 51.
- Trigeaud (J.-M.),**
« Rapport introductif », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, PUF 1994, p. 3.
- Truche (P.), Bouretz (P.),**
« Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Encycl. Pén., Dalloz*, n°1.
- Truche (P.),**
« La notion de crime contre l'humanité », *Revue Esprit*, mai 1992, pp. 67-68.
- Tulkens (F.), Donnay (L.),**
« L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, p. 3.
- Tzizis (S.),**
« Néantiser la vie. A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 juin 2002 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, t. IV, p. 705.
- Vallançon (F.),**
« Loi naturelle et droit naturel », in *Michel Villey, le juste partage*, ss. la dir. de C. Delzol et S. Bauzon, Dalloz, L'esprit du droit, 2007, p. 73.
- Van Ryn (J.) et Dieux (X.),**
« La bonne foi dans le droit des obligations », *Journal des tribunaux (J.T.)*, 1991, p. 289,.
- Vatinet (R.),**
« Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit de l'entreprise », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. de M. Behar-Touchais, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, p. 99.
- Vigneau (D.),**
« Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Dr. de la famille* 2000, n° 11, chr., p. 7.
- Villey (M.),**
« La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », in *Arch. Phil. Droit, tome IX*, p. 109.
« Esquisse historique sur le mot responsable » *Arch. Phil. Droit* 1977, p. 45.
- Viney (G.),**
« Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1165-1185.
- Villien (P.),**
« Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière », *Rapport Cour de cassation 1999*, p. 269 et *RD imm.* juill./sept. 2000 p. 275-278.
- Vivant (M.),**
« Sciences et praxis juridique », *D.* 1993 p. 109.
- Walentowitz (S.),**
« La vie sociale du fœtus. Regards anthropologiques », *Revue Spirale*, n° 36, 2005/4, p. 125 à 141, éd. Erès.

Zollinger (A.),
« La France doublement condamnée au titre de la loi anti-Perruche », *JCP G*, n° 16, 19 avril 2006, II.10061.

IV – Rapports, congrès et ouvrages collectifs

- Alland (D.), Rials (S.),**
Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, PUF, 2003.
- Arnaud (A.-J.),**
Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique, LGDJ, 2ème éd., 1993.
- Association Congrès des notaires de France (ACNF),**
Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique, 94ème Congrès des Notaires de France à Lyon - 17/20 mai 1998, LPA, 6 mai 1998.
- Les personnes vulnérables* : 102e Congrès Notaires de France Strasbourg - 21/24 mai 2006, Litec, 2006.
- Catala (P.),**
Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation Française, 2006.
- Claeys (A.),**
Rapport d'information déposé par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994, document Assemblée nationale n° 3208, 27 juin 2001.
- Conseil d'Etat,**
Rapport public 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », La documentation française, Coll. Etudes et documents, 2006.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Section du rapport et des études, remis à Lionel Jospin en novembre 1999, La documentation française, Coll. « Etudes du Conseil d'Etat », 2000.
- Jacob (A.),**
Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques, 2 vol., PUF., 1990.
- Lordon A.,**
Penser l'altérité, PUAM 2004.
- Mattéi (J.-F.),**
La vie en question, pour une éthique biomédicale, Rapport remis à monsieur le Premier ministre, 15 nov. 1993, La Documentation française, Coll. Rapports officiels, 1994..
- Palacios (M.),**
Rapport sur la recherche scientifique relative à l'embryon et au fœtus humain, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 5943, 13 sept. 1988.
- Molfessis (N.),**
Rapport sur les revirements de jurisprudence, remis au premier président Guy Canivet par le groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, Litec, 2005.
- Schulte-Tenckhoff (I.),**
Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture, Bruylant, 2002
- Sueur (J.-P.), Lecerf (J.-R.),**
Rapport d'information - Sérénité des vivants et respect des défunts, Sénat n° 372, 2005-2006, 31 mai 2006.

V – Ouvrages et articles non-juridiques

- Aristote,**
Ethique à Nicomaque, Vrin 1994, trad. J. Tricot.
- Axelrod (R.),**
Comment réussir dans un monde d'égoïstes : Théorie du comportement coopératif, Ed. Odile Jacob, 2006.
- The evolution of cooperation*, Perseus Books group, 2006.

Bibliographie

- Bourgeois (L.),**
Solidarité, Armand Colin, 1896, réédition en 1998 aux éditions Universitaires du Septentrion de la 5e édition de l'ouvrage parue en 1906.
La politique de la prévoyance sociale, Paris Bibliothèque Charpentier.
- Bourgeois (L.) et Croiset (A.),**
Essai d'une philosophie de la solidarité, Ecole des Hautes études sociales, 1901-1902, Paris, *Alcan*, 1902.
- Brisson (L.), Congourdeau (M.-H.), Solère (J.-L.) (dir.),**
L'embryon, formation et animation, Vrin, "Histoire des doctrines de l'Antiquité classique", 2008.
- Cicéron,**
De officiis, Livre II, Paris, Garnier, 1933.
- Cizek (E.),**
Mentalités et institutions politiques romaines, Paris, Fayard, 1990
- Congourdeau (M.-H.),**
L'embryon et son âme dans les sources grecques (VIème siècle av. J.-C.- Vème siècle apr. J.-C.), Association des amis du Centre d'histoire et civilisation de Byzance, Collège de France- CNRS.
- Cotterrell (R.),**
Emile Durkheim : law in a moral domain, Edinburgh University Press, 1999.
- Durkheim (E.),**
De la division du travail social, Thèse Lettres 1893, Paris, PUF 1930, 5ème éd. « Quadrige » 1998.
- Grotius (H.),**
Le droit de la guerre et de la paix (De jure belli ac pacis), Caen, bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1984.
- Güth (W.), Schmittberger (R.) et Schwarze (B.),**
« An experimental analysis of ultimatum bargaining », *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1982-3, p. 367.
- Heidegger (M.),**
Etre et temps, Paris, Gallimard, 1964, trad. Boehms et De Waelhens.
La fin de la philosophie et la tâche de la pensée, Gallimard, Paris, 1976.
« Dépassement de la métaphysique », in *Essais et conférences*, Gallimard, 1958, trad. A. Préau.
- Hobbes (T.),**
Léviathan, Paris, Sirey, 1970.
- Hours (B.),**
L'idéologie humanitaire, ou le spectacle de l'altérité perdue, L'Harmattan, 2000.
- Juranville (A.),**
La philosophie comme savoir de l'existence, Tome 1 : L'altérité, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 2000.
- Kierkegaard (S.),**
Miettes philosophiques, trad. P.-H. Tisseau, éd. Orante, 1979.
Traité du désespoir, Gallimard, coll. Idées, 1963.
Post-Scriptum, Paris, Gallimard, 1949, trad. Prior et Guignot.
Ou bien...ou bien, Paris, Gallimard, 1943.
La répétition, Paris, Ed. de l'Orante, 1972.
Le concept de l'angoisse, Paris, Gallimard, 1969, trad. Gerlov et Gateau.
- Lacan (J.-M.),**
« Subversion du sujet et dialectique du désir », *Ecrits*, éd. du Seuil, Paris, 1966, p.826.
« Conférences et entretiens dans les universités nord-américaines », in *Scilicet 6/7*, Paris, Seuil, 1976, p. 56.
- Le Crom (J.-P.),**
« Juger l'histoire », *Dr. et Société* 1998, p. 33.
- (Von) Leibniz (G. W.),**
« Avertissements sur les principes de Pufendorf », in *Devoirs de l'Homme et du Citoyen*, Pufendorf, 1741, t.1.
Discours de métaphysique, Gallimard, Coll. Folio essais 2004.
Codex juris gentium diplomaticus, éd. Dutens, 1768.

- Méditation sur la notion commune de la justice*, éd. Mollat, Leipzig, 1985.
Nouveaux essais sur l'entendement humain, Garnier Flammarion, 1993.
L'estime des apparences, 21 manuscrits de Leibniz sur les probabilités, la théorie des jeux, l'espérance de vie, Paris, Vrin, 1995.
Textes inédits, vol. 2, publié par G. Grua, Paris, PUF, 1948.
- Lévinas (E.),**
Autrement qu'être ou au-delà de l'essence, La Haye, M. Nijhoff, 1974.
Difficile liberté, Albin Michel, 3ème éd. 1976.
Humanisme de l'autre homme, Montpellier, Fata Morgana, 1972.
Totalité et infini, La Haye, Nijhoff, 4ème éd., 1971.
- Locke (J.),**
Essai concernant l'entendement humain, Paris, Vrin, 1972.
Deuxième traité du gouvernement civil, Vrin, 1977.
- Nash (J. F.),**
Essays on game theory, Edward Elgar Publishing, 1997.
- Nietzsche (F.),**
Généalogie de la morale, trad. Fr. I. Hildenbrand et J. Gratien, Paris Gallimard, 1971.
Ainsi parlait Zarathoustra, I, « Le chemin du créateur », Paris Gallimard, Livre de poche, 1963.
- Rawls (J.),**
A theory of justice, Belknap Press, 1999.
- Roubertoux (P. L.),**
« Mitochondrial DNA modifies cognition in interaction with the nuclear genome and age in mice », *Nature Genetics*, 35, 65-69, 1er sept. 2003.
- Russel (B. A. W.),**
Principia mathematica, Seuil, 1974.
- Ricœur (P.),**
Soi-même comme un autre, Le seuil, 1990.
« Avant la loi morale : l'éthique », in *Encyclopédie Universalis*, 1985, p. 42.
- Schotter (A.),**
Microeconomics, A modern approach, South-Western College Pub., fév. 2008.
- Saint-Thomas d'Aquin,**
Somme théologique, éd. Cerf, 1984.
- Sartre (J.-P.),**
L'existentialisme est un humanisme, Paris, Nagel, 1965, p.17)
- Schopenhauer (A.),**
Aphorismes sur la sagesse dans la vie, Quadrige n° 45, trad. J.-A. Cantacuzène.
- Sénèque,**
Œuvres complètes, tome I, Hachette, Paris, 1914, trad. J. Baillard..
Traité, Sand, Paris, 1997, trad. E. Regnault.
- Voelke (A.-J.),**
Les rapports avec autrui dans la philosophie grecque d'Aristote à Panétius, Ed. Vrin, Bibl. d'Histoire de la Philosophie, 2001.
- Von Neumann (J.) et Morgenstern (O.),**
The theory of games and economic behavior, Princeton University press, 2004 (réédition).
- Wittgenstein (L.),**
« Cours sur l'éthique », in *Wittgenstein, Vienne et la modernité*, Janik et Toulmin, Paris PUF 1978.
De la certitude, Gallimard, 1976.
- Zarka (Y. C.),**
L'autre voie de la subjectivité, Beauchesne, coll. Le grenier à sel, 2000.

INDEX THEMATIQUE

(chiffres et nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus, 80 et s., 88 et s., 101 et s., 116, 129, 133, 149 et s., 209 et s., 259, 442.
Accouchement, 294, 321, 323, 325, 330 et s., 412 et s.
Adoption posthume, 430, 433.
Amendement Garraud, 358 et s.
Appréciation objective, *in abstracto*, 129 et s., 158, 186 et s., 212, 223
Article 16 du code civil, 297, 302, 306, 309, 312, 387, 411 et s., 422 et s., 426 et s., 441, 466, 469.
Atteinte à la vie de l'enfant à naître, 306, 334, 351, 360 et s., 422 et s.
Autonomie de la volonté, 23, et s., 26 et s., 62, 70, 92 et s., 168, 285, 604.
Avortement, 248 et s., 387, 299, 303, 315.
Autorité parentale, 402.

B

Bonne foi, 25, 72 et s., 81, 87, 91, 236, 263, 285, 468.
Bonnes mœurs, 30, 47 et s., 52, 53, 54 et s., 70, 373.
Bien commun, 33, 54, 379, 420.
Bien public, 44, 51.

C

Cadavre, 319, 408, 411, 429, 435, 441.
Capacité juridique, 290, 378, 325, 399, 404, 421, 430, 465.
Cendres, 440.
Centre d'intérêts, 370, 380 et s., 401 et s., 424.
Cercueil, 410, 434.
Clauses abusives, 68.
Clauses limitatives de responsabilité, 77 et s., 131, 163.
Chose jugée, 161, 258, 259, 266.
Chose commune, 465.
Clonage, 445, 452, 453 et s., 456, 465.
Comité consultatif national d'éthique, 298, 310, 414.
Complémentarité, 446.
Conception, 293 et s., 296 et s., 311, 312, 334, 357, 410, 424.
Confiance, 25, 186, 192, 256, 268, 464.
 - contrats, 71, 94, 98, 102 et s., 108 et s., 121 et s., 137, 148 et s., 162, 182.
 - dr. eur., 225, 227 et s., 254, 257, 263, 271, 273, 278, 284.
Cohérence (principe de), *voir estoppel*.
Conscience, 6, 104 et s., 110 et s., 290, 312, 392 et s., 396 et s., 401, 403 et s., 419, 471.

Contrat,

- chaînes de, 184, 188 et s.
 - économie, 65, 78, 128, 131 et s., 472,
 - effets, 25, 30, 38, 46, 68, 96, 140,
 - force obligatoire, 24 et s., 27 et s., 37, 54, 64 et s., 94 et s., 102 et s., 111 et s., 120 et s., 133 et s., 152 et s., 285, 468.
 - volition, 25, 92, 94, 103, 134, 168, 468.
 - volonté, 39 et s.
Convention européenne des droits de l'homme, 219 et s., 227, 250, 251 et s., 262 et s., 271 et s., 316, 317 et s., 338 et s., 420 et s.
Crime contre l'humanité, *v. humanité*.
Crime de guerre, 453.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 3, 31, 51, 98, 367, 398,
Déclaration universelle sur le génome humain, 453, 465.
Défunt, 43, 414, 429 et s.
Degré d'altérité, 129, 148, 168 et 322
Déni de justice, 312.
Diagnostic préimplantatoire, 288, 309, 310 et s.
Dignité, 39, 49, 296, 300 et s., 309, 324, 352, 355, 434 et s., 451 et s.
Discrimination, 5, 217, 339, 452, 459,
Dol civil, 27, 68, 72 et s., 104, 124, 138, 148 et s.
Droit à la vie, 290, 292, 296 et s., 312 et s., 318, 324, 333 et s., 349, 350, 422.
Droit moral, 442 et s.
Droit naturel, 28, 29, 33, 40, 50, 145, 366, 389 et s., 453.
Droit objectif, 24, 54, 119, 182, 196, 238, 256, 286, 318, 379, 420 et s., 466 et s.
Droit subjectif, 24, 43, 318, 366 et s., 379, 397 et s., 420 et s., 470.

E

Economie, 26, 31 et s., 39, 54 et s., 142, 168, 173 et s.
Effet relatif, 28, 30, 46, 50, 108.
Embryon,
 - accueil, 296, 308, 310, 427, 432.
 - destruction, 307 et s., 312, 425, 432.
 - être humain, 306 et s., 323 et s., 347 et s., 352, 361 et s., 411 et s., 423 et s., 441.
 - personne, 291 et s., 300 et s.
 - projet parental, 308, 310, 316, 345, 425, 427.
 - recherche, 308, 311, 383, 411, 427..
Enfant sans vie,
 - acte, 408 et s.,
 - état civil, 363, 383, 406, 407 et s.

- Cour européenne, **416, 417.**
- filiation, **414, 415, 416.**
- reconnaissance, **410, 415.**
- Entreprise, 380, 382, 402.**
- Environnement, 197, 219, 347, 387 et s., 461 et s., 465.**
- Equité,**
 - contrat, **24 et s., 50, 54, 126, 153 et s., 160, 174 et s., 468.**
 - droit naturel, **395 et s.**
 - sécurité juridique (procès équitable), **225, 252 et s., 257 et s., 263, 269 et s., 281 et s., 285.**
- Erreur, 28 et s., 74, 88, 104, 124, 207.**
- Esclavage, 291, 303, 370, 450 et s.**
- Espérance légitime, 182 et s., 197, 215 et s., 225 et s., 247 et s., 257, 268, 468.**
- Estoppel, 24, 25, 135, 153, 285.**
 - droit américain, **161,**
 - droit anglais, **160,**
 - droit australien, **162,**
 - droit français, **163 et s.**
- Etat des personnes, 208, 418.**
- Etre humain, 286 et s., 290 et s., 299 et s., 306 et s., 323 et s., 347 et s., 352, 361 et s., 411 et s., 423 et s., 469.**
- Eugénisme, 446, 453, 455, 456.**

F

- Famille, 2 et s., 11, 204 et s., 299 et s., 381 et s., 410 et s., 434 et s., 437, 439 et s.**
- Fécondation, 293, 298, 432.**
- Fécondation *in vitro*, 310.**
- Fiction, 266, 293, 368, 388, 392, 428, 456, 464, 465, 471.**
- Filiation, 2, 208, 286, 293, 414 et s., 431, 455.**
- Fœtus (v. *embryon*).**
- Foi, 12, 16, 20.**
- Funérailles, 415 et s., 437 et s., 4666.**

G

- Génome, 288, 405, 452, 453, 463 et s., 471.**
- Groupe de sociétés, 381, 382, 385, 388, 402.**

H

- Hétéronomie, 23, 25, 35, 40, 47, 57, 58, 1007.**
- Hétéronomie de la volition, 94, 168, 468.**
- Honneur, 4, 5, 32, 38, 311, 372, 383, 430, 433, 435, 439, 443, 469.**
- Humanité,**
 - crimes contre, **446 et s., 4553, 455 et s., 464.,**
 - espèce humaine, **286, 290 et s., 380 et s., 4552 et s., 463 et s.**
 - patrimoine commun, **384, 405, 444, 456 et s., 463 et s., 469.**
 - qualification, **463 et s.**

I

- Identité, I**
 - existentielle, **7 et s., 21, 22, 23, 286, 470.**
 - juridique, **401, 404.**

- juridique du soi, **470.**
- jusnaturaliste, **389 et s., 403.**
- morale, **170 et s.**
- Imprévision, 46, 94, 132, 152 et s., 2225.**
- Infans conceptus..., 293 et s., 299, 303, 466**
- Instruction générale relative à l'état civil, 410 et s., 414, 415,**
- Interruption de grossesse, 248, 293, 306 et s., 309 et s., 334 et s., 343, 387, 412 et s., 417, 420, 466.**
 - CEDH, **314 et s.**
 - entrave, **348 et s.**
 - infractions, **342, 345, 423,**
 - involontaire, **353 et s., v. Amendement Garraud.**
- Injustice, 4 et s., 83, 167, 155, 156, 219, 260, 396, 443.**
- Interdiction de se contredire, v. *estoppel***
- Intérêt,**
 - contrat, **2, 23, 43 et s., 63 et s., 66, 68, 69, 71 et s., 98, 114 et s., 137 et s., 176 et s.**
 - responsabilité civile, **182 et s., 185 et s., 192, 195, 277, 283.**
 - sujet de droit, **287, 366 et s., 419 et s., 425 et s., 429 et s., 466 et s., 468 et s., v. centres d'intérêts.**
- Intérêt général, 28, 49 et s., 98, 197, 205, 219 et s., 253 et s., 263, 267 et s., 282, 467.**

J

- Jeu (théorie des), 169, 173 et s., 286, 468.**
- Jurisprudence « Perruche », 248 et s., 295, 350 et s.**
- Justice,**
 - commutative, **4, 391, 395, 397.**
 - contractuelle, **31, 34 et s., 39 et s., 51, 79, 92, 93, 146.**
 - corrective, **5.**
 - distributive, **4, 5, 391, 397 et s.**
 - légale, **4, 5, 155.**

L

- Laïcité, 28, 398.**
- Langues, 462.**
- Légalité, 105, 232, 243, 259, 268, 283, 356 et s., 417.**
- Légitime défense, 296, 313, 422.**
- Liberté, 31 et s., v. *autonomie de la volonté*.**
- Libéralisme, 28, 39, 50, 60, 88, 93, 144.**
- Lien, 286 et s., 336, 363-1 et s., 366 et s., 401 et s., 425 et s., 444, 464 et s., 469,**
 - causalité, **193, 195, 248 et s., 325, 336, 350, 435,**
 - contractuel, **2 et s., 21, 22, 23, 31, 42, 557, 94 et s., 150 et s.,**
 - extracontractuel, **186, 215, 218, 221,**
 - filiation, **208, 414 et s.,**
- Loi,**
 - déclarative, **447,**
 - interprétative, **266 et s.**
 - rétroactive, **219, (238), (244), 253 et s., 263, 270 et s.**
 - validation, **219, 262 et s., 267 et s.,**

Loyauté, v. *bonne foi*.
Lune, 459 et s., 465.

M

Mandat, 32, 88, 108, 204 et s., 243.
Marché, 39, 66, 80, 108, 142, 243, 231 et s., 236 et s., 460.
Mariage, 2, 207 et s., 439.
 - *post mortem*, 430 et s.
Mauvaise foi, 86, 138, 149 et s., 162 et s., 202, 263, 417,
Mémoire, 372, 435, 441, 442 et s.
Mensonge, 73.
Mer, 220, 457 et s., 460, 464.
Meurtre, 345.
Monnaie, 110 et s.
Morale, 38 et s., 49 et s., 63 et s., 137 et s., 144 et s., 170 et s., 264, 363, 391 et s., 468.
Mort civile, 290, 426.
Mythe, 92, 364, 464, 471.

N

Naissance, 287, 293 et s., 310 et s., 318 et s., 327 et s., 360 et s., 408 et s., 413 et s., 453.
Nation, 214, 447, 450, 458, 462.
Nature, 2, 31 et s., 43 et s., 63 et s., 138 et s., 155 et s., 293 et s., 384 et s., 389 et s., 412, 426, 459 et s., 470 et s.
Nécessité (état de), 197, 306, 348 et s., 422,
Négociation (et pourparlers), 26, 45, 68, 71, 72, 74, 81, 89, 117, 148, 163.
Nemo censetur ignorare legem, 428, 456, 467
Nemo plus juris..., 98, 204,
Neutralité, 66, 241, 312, 3116.
Nominalisme, 38, 426
Non assistance à personne en péril, 325, 345.

O

Opportunité des poursuites, 420, 428.
Ordre public, 39, 44 et s., 47 et s., 51, 70, 280 et s., 309, 429.

P

Paix, 60, 156, 396 et s., 417, 438, 440 et s., 447, 466.
Parenté, 209.
Patrimoine, 63, 111, 259, 373, 455.
Patrimoine commun, 259, 462,
Patrimoine commun de l'humanité, 384, 405, 444 et s., 453, 455 et s., 463 et s.
Personnalité (juridique), 23, 39, 1111
 - *embryon*, 317 et s., 324, 337 et s., 353, 360 et s.,
 - *humanité*, 444, 452, 4665.
 - *mort*, 429 et s., 434, 436, 438 et s., 442 et s.,
 - *sujet de droit*, 367 et s., 377 et s., 411 et s., 466 et s.
 - *théorie*, 286 et s.
Personne humaine, 70, 293 et s., 300 et s., 316 et s., 424, 434 et s., 439, 451, , 471.

Personne morale, 2, 382, 386, 388, 457.

Pourparlers, v. *négociations*.

Précaution (principe de), 197, 384.

Prêt, 91, 150.

Prescription, 43, 163, 258, 260, 280 et s., 336,

- de l'action publique, 453.

Prévisibilité, 468

- de l'attente, 24, 65 et s., 93, 95, 123, 165

- du droit, 182 et s., 186, 224, 260 et s., 272 et s., 400.

Principe, 6, 24, 168, 182, 284, 285, 468 et s..

Prix, 70, 83, 149, 219.

- abus dans la fixation, 80 et s., 88,

- rôle théorique, 108, 111, 173, 176,

Procès équitable, v. *équité*.

Q

Qualification, 23, 74 et s., 220 et s., 289 et s., 302 et s., 328 et s., 363, 381, 400 et s., 415, 443, 462 et s.

R

Raisonnable, 369, 400, 411, 426, 466 et s., (468 et s.).

- *domaine contractuel*, 24, 64 et s., 89 et s., 123 et s., 127, 131 et s., 161 et s.

- *responsabilité*, 186 et s., 192 et s., 196 et s., 209 et s., 212 et s., 215 et s., 284 et s.

- *sécurité*, 226 et s., 230 et s., , 253 et s., 258 et s., 263 et s., 282 et s.

Rationnel, 26., 173 et s., 389, 391 et s., 426, 460 et s., (468 et s.).

Réciprocité, 30, 60, 94, 132, 170, 179 et s., 200, 3997.

Reconnaissance prénatale, 415.

Relativité, 227, 465,

Renégociation (obligation de), 82, 83, 152, 172.

Responsabilité,

- *aquillienne*, 115 et s., 117 et s., 185 et s., 187, 193, 468,

- *du fait d'autrui*, 197.

- *du fait des choses*, 211.

- *du fait des produits défectueux*, 24, 197, 211 et s., 284, 468.

Rétroactivité, 235 et s., 253 et s., 261, 264, 266 et s., 269 et s., 274 et s., 282 et s., 471.

Revirement, 264 et s., 272 et s., 360 et s., 434, 468.

Révolution, 27 et s., 31 et s., 61, 98, 273, 462.

S

Sécurité par le droit, 236 et s.

Sécurité dans le droit, 257 et s.

Sépulture, 411, 437 et s., 443, 466.

Signes, 24, 127, 146, 168, 172.

Simulation, 204, 210.

Standard, 49, 116, 125, 212, 238, 335, 382, 400.

Stipulation pour autrui, 108, 189.

Sujet de droit, 23, 286, 365, 466 et s..

- *désignation*, 405 et s.

- *jusnaturaliste*, 389 et s., 403

- *par reflet d'altérité*, 401, 404.

- régime, 420, 467.

- technique, 367 et s., 400.

Summa divisio personnes/choses, 286, 344, 365, 380 et s., 400, 415.

Suppression d'enfant, 319, 408.

T

Tiers, 24, 46, 98 et s., 182, 187, 189 et s., 192, 201, 205 et s., 335 et s., 375, 404, 419 et s., 464.

Trouble anormal,

- de voisinage, 198 et s.

- « image des biens », 201 et s.

Tombe, v. *sépulture*.

U

Universalité, 170, 462, 465.

Utilité, 33 et s., 51, 58.

V

Vérité, 8, 11, 15 et s., 19, 29, 103, 125, 160, 297, 352, 374, 471.

Viabilité, 286 et s., 293 et s., 321 et s., 327 et s., 334 et s., 362, 370, 408 et s., 414 et s.

Vices du contentement, 28, 30, 148.

Vie privée, 202, 222 et s., 259, 314 et s., 412, 416 et s., 430, 434 et s.

Viol, 261.

Violences (blessures) involontaires, 322 et s., 329, 333, 336, 354.

Visage, 16, 290, 443, 471.

Volonté, v. *autonomie de la volonté et hétéronomie de la volition*.

Volontés (dernières), 437 et s.

INDEX JURISPRUDENTIEL

(chiffres et nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

I – INSTANCES INTERNES

A - CONSEIL CONSTITUTIONNEL

15 janvier 1975, n° 75-54 DC (307)	18 déc. 1998, n° 98-404 DC (263 ; 267)
30 déc. 1982, n° 82-155 DC (267)	21 déc. 1999, n° 99-422 DC (263 ; 267)
3 sept. 1986, n° 86-215 DC (267)	29 déc. 1999, n° 99-425 DC (263 ; 267)
13 août 1993, n° 93-325 DC (267)	18 déc. 2001, n° 2001-453 (263 ; 267)
13 janvier 1994, n° 93-332 DC (263)	7 févr. 2002, n° 2002-458 DC (263 ; 267)
27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC (301 ; 307 ; 309 ; 352)	13 janv. 2005, n° 2004-509 DC (263 ; 267)
19 nov. 1997, n° 97-390 DC (263)	29 déc. 2005, n° 2005-531 DC (263 ; 267)
18 déc. 1997, n° 97-393 DC (263)	28 déc. 2006, n° 2006-545 DC (263 ; 267)
	19 juin 2008, n° 2008-564 DC (462)

B - COUR DE CASSATION

2 juill. 1860 (46)	6 oct. 2006 (192)	14 mai 1992 (439)
- Chambres réunies ,	21 déc. 2006 (225)	23 juin 1992 (191)
8 mars 1939, (293)	2 mars 2007 (148)	7 juill. 1992 (191)
- Chambre civile :	29 juin 2007 (197)	27 janv. 1993 (190 ; 191)
22 juin 1864 (98)	- Chambre mixte :	6 janv. 1994 (207)
6 mars 1876 (46)	27 févr. 1970 (186)	17 janv. 1995 (211)
7 août 1883 (208)	22 avr. 2005 (77)	31 janv. 1995 (86 ; 120)
27 nov 1844 (198)	6 sept. 2002 (134 ; 163)	16 mai 1995 (74)
21 novembre 1911 (157)	29 juin 2007 (148)	9 janvier 1996 (307 ; 432)
- Chambre des requêtes	- 1^{ère} chambre civile :	23 janv. 1996 (90 ; 149)
3 janv. 1887 (199)	17 décembre 1958 (57)	26 mars 1996 (248)
10 juin 1902, (199)	16 janv. 1962 (383)	3 juill. 1996 (78 ; 131 ; 433)
3 août 1915 (199)	30 mars 1965 (209 ; 207)	11 févr. 1997 (206)
- Avis :	28 nov. 1967 (191)	18 févr. 1997 (72)
29 juin 2001 (149)	14 oct. 1970 (438)	4 mars 1997 (191)
- Assemblée plénière :	26 avr. 1977 (206)	11 mars 1997 (437)
13 déc. 1962 (205 ; 206 ; 209)	9 oct. 1979 (190 ; 191)	25 nov. 1997 (280)
9 mai 1984 (187 ; 196)	21 juill. 1980 (210)	9 déc. 1997 (443)
7 févr. 1986 (190)	24 mars 1981 (207)	3 mars 1998 (212)
29 mars 1991 (197)	23 mars 1982 (199)	3 juin 1998 (207)
12 juill. 1991 (191)	9 nov. 1982 (440)	7 oct. 1998, (70)
11 déc. 1992 (208)	11 janv. 1984 (207)	3 févr. 1999 (49 ; 70)
1er déc. 1995 (80)	19 juin 1984 (210)	16 fév. 1999 (150)
30 juin 1998, (149)	20 mars 1985 (147)	10 mars 1999 (201)
12 juill. 2000 (435)	10 déc. 1985 (293)	11 mai 1999 (78)
17 nov. 2000 (248 ; 350)	11 mars 1986 (207)	26 mai 1999 (191)
29 juin 2001 (329 ; 341 et s. ; 356 ; 411)	8 juill. 1986 (440)	14 déc. 1999 (434 ; 443)
13 juill. 2001 (249)	21 juillet 1987 (159)	25 janv. 2000 (201 ; 202)
28 nov. 2001 (249 ; 350)	8 mars 1988 (191)	15 févr. 2000 (70)
24 janv. 2003 (267)	4 oct. 1988 (433)	21 mars 2000 (255 ; 275)
23 janv. 2004 (269)	11 janv. 1989 (442)	28 mars 2000 (45)
7 mai 2004 (201)	22 mai 1991 (207)	3 mai 2000 (72)
11 juin 2004, (449)	28 oct. 1991 (163)	14 juin 2000 (74 ; 148)
	19 novembre 1991 (159)	20 juin 2000 (255)

24 oct. 2000 (442)	28 juin 1995 (199)	27 févr. 2002 (269)
13 févr. 2001 (192)	29 nov. 1995 (200)	3 avr. 2002 (191)
2 mai 2001 (201)	28 févr. 1996 (187)	5 juin 2002 (269)
29 mai 2001 (441)	4 déc. 1996 (280)	23 juin 2004 (148)
12 juin 2001 (163)	19 févr. 1997 (187 ; 196)	20 octobre 2004 (152)
9 octobre 2001 (273 ; 280)	19 mars 1997 (193)	15 déc. 2004 (207)
27 nov. 2001 (45)	11 févr. 1998 (163)	19 janv. 2005 (150)
26 févr. 2002 (80)	31 mai 2000 (199)	2 mars 2005 (197)
5 mars 2002 (208)	8 mars 2001 (187)	14 sept. 2005 (75 ; 151)
10 juill. 2002 (70)	29 mars 2001 (187)	1er mars 2006 (90)
21 janv. 2003 (191)	29 nov. 2001 (187)	13 décembre 2006 (86)
18 mars 2003 (134 ; 163)	14 mars 2002 (187)	17 janvier 2007 (73 ; 148)
17 sept. 2003 (210)	10 oct. 2002 (435)	4 juillet 2007 (157 ; 192)
3 févr. 2004 (150)	24 avril 2003 (186)	7 mai 2008 (57)
16 mars 2004 (83)	19 juin 2003 (90 ; 193)	- Chambre commerciale,
8 juin 2004 (439)	23 sept. 2003 (197 ; 213)	financière et économique :
26 juin 2004 (250)	13 nov. 2003 (435)	15 juin 1959 (149)
30 juin 2004 (66 ; 81)	20 nov. 2003 (434)	20 mars 1972 (148)
3 nov. 2004 (442)	8 juill. 2004 (187 ; 273 ; 280 ; 434)	8 nov. 1972 (131)
25 janv. 2005 (49)	17 mars 2005 (200)	7 janv. 1981 (125)
15 févr. 2005 (464 ; 442)	8 sept. 2005 (157)	9. février 1981 (163)
15 mars 2005 (75)	20 oct. 2005 (157)	14 mai 1985 (210)
10 mai 2005 (150)	18 janvier 2006 (157)	10 mai 1989 (145)
25 mai 2005 (442)	8 fév. 2006 (157)	6 juin 1989 (205)
15 juin 2005 (438 ; 440)	5 oct. 2006 (157)	6 mars 1990 (163)
28 juin 2005 (205)	13 juillet 2006 (157)	3 nov. 1992 (83 ; 149)
5 juill. 2005 (202)	10 mai 2007 (192)	4 mai 1993 (191)
21 sept. 2005 (439)	6 février 2008 (411 ; 412 et s.)	4 janvier 1994 (78)
24 janv. 2006 (255 ; 256)	- 3^{ème} chambre civile :	5 avr. 1994 (84)
21 fév. 2006 (74 ; 77)	10 mai 1968 (57)	3 mai 1995 (70)
7 mars 2006 (245 ; 283)	15 janv. 1971 (73)	1er juin 1995 (200)
5 juillet 2006 (45)	4 févr. 1971 (199)	17 oct. 1995 (205)
12 juillet 2006 (74)	18 juillet 1972 (200)	27 févr. 1996 (72 ; 148)
12 déc. 2006 (465)	16 octobre 1973 (150)	15 octobre 1996 (163)
30 janv. 2007 (442)	8 mai 1974 (131)	22 oct. 1996 (77 ; 131)
3 avril 2007 (91)	2 oct. 1974 (207)	21 janvier 1997 (80)
15 mai 2007 (148 ; 157)	15 oct. 1975 (206)	17 juin 1997 (63)
22 mai 2007 (431)	3 novembre 1977 (200)	7 octobre 1997 (465)
30 oct. 2007 (255)	23 février 1982 (200)	20 janv. 1998 (450)
31 janv. 2008 (283)	4 mai 1982 (206)	6 janvier 1998, (88)
2 avril 2008 (440)	6 juin 1984 (86 ; 150)	20 janvier 1998 (88 ; 163)
22 mai 2008 (189, 197 ; 213)	8 avril 1987 (163)	27 octobre 1998 (89)
19 juin 2008 (45)	4 janvier 1990 (200)	24 nov. 1998 (83)
8 juillet 2008 (255)	10 mai 1990 (191)	15 févr. 2000 (70)
24 septembre 2008 (160)	24 oct. 1990 (199)	23 mai 2000 (84)
- 2^{ème} chambre civile :	26 mai 1992 (191)	3 avril 2001, (88)
20 février 1963 (266)	17 juill. 1992 (86 ; 150)	25 avr. 2001 (88)
14 juin 1967 (200)	18 nov. 1992 (191)	15 janvier 2002 (63 ; 80)
18 juin 1973 (159)	8 févr. 1995 (191)	6 mai 2002 (84)
4 juillet 1973 (159)	24 janv. 1996 (269)	2 juillet 2002 (89)
28 avril 1975 (200)	17 juill. 1996 (131)	9 juill. 2002 (77)
17 oct. 1979 (205)	21 juill. 1999 (199)	24 sept. 2002 (131)
2 décembre 1982 (200)	16 fév. 1999 (150)	12 mai 2004 (72)
12 déc. 1984 (187 ; 196)	4 oct. 2000 (207)	23 juin 2004 (158)
19 novembre 1986 (199)	15 nov. 2000 (73)	5 oct. 2004 (84)
22 juin 1988 (191)	21 févr. 2001 (73)	8 févr. 2005 (131)
19 février 1992 (200)	28 mars 2001 (191)	8 mars 2005 (166)
17 févr. 1993 (199)	28 nov. 2001 (191)	19 avril 2005 (157)
16 mai 1994 (200)	12 déc. 2001 (191)	28 juin 2005 (74)
18 juin 1995 (200)		21 févr. 2006 (77)

Index jurisprudentiel

10 mai 2006 (85)	22 mars 2006 (85)	27 novembre 1996 (317)
30 mai 2006 (77)	15 novembre 2006 (85)	4 sept. 1996 (382)
13 juin 2006 (77)	18 octobre 2006 (157)	27 nov. 1996 (348)
20 juin 2006 (74)	13 fév. 2007 (157)	23 janv. 1997 (449)
3 octobre 2006 (83)	13 juin 2007, (268 ; 271)	2 avril 1997 (307)
27 mars 2007 (77)	5 juin 2008 (268)	5 mai 1997 (307 ; 317 ; 348)
5 juin 2007 (77)	- Chambre criminelle :	19 août 1997 (325)
10 juillet 2007 (145 ; 152)	20 mars 1862, (319)	4 févr. 1998 (341)
13 nov. 2007 (280)	7 août 1874 (408)	20 oct. 1998 (434)
18 déc. 2007 (77)	20 juin 1896 (441)	7 avril 1999 (348)
4 mars 2008 (77)	8 déc. 1906 (375)	30 juin 1999 (324 ; 327 ; 360)
19 mars 2008 (166)	9 janv. 1948 (435)	23 oct. 2001 (332)
24 juin 2008 (148)	2 juin 1953 (441)	30 janvier 2002 (261 ; 275)
- Chambre sociale :	28 févr. 1956 (435)	25 juin 2002 (330 ; 356)
9 juillet 1954 (200)	14 juin 1957 (321)	19 nov. 2002 (197)
28 mars 1962 (266)	22 mars 1960 (435)	18 févr. 2003 (422)
7 novembre 1963 (266)	6 fév. 1975 (449)	17 juin 2003, (449)
3 juill. 1990 (124)	8 févr. 1977 (441)	2 déc. 2003 (332 ; 344)
15 février 1995 (263)	21 oct. 1980 (434)	4 mai 2004 (330)
4 déc. 1996 (157)	4 févr. 1985 (382)	5 mai 2004 (261)
9 mars 1999 (268)	20 déc. 1985 (449)	13 avr. 2005 (422)
18 mai 1999 (149)	16 janv. 1986 (361)	28 mars 2006 (422)
24 avril 2001, (262)	29 novembre 1988 (449)	4 avril 2006, (332)
10 juill. 2002 (70 ; 85)	31 janv. 1991 (449)	27 juin 2006 (331 ; 341 et s.)
18 sept. 2002 (85)	14 nov. 1991 (449)	7 févr. 2007 (197)
23 janv. 2003 (85)	9 janv. 1992 (322)	2 octobre 2007 (322 ; 333)
17 déc. 2004 (280)	1er avr. 1993 (449)	
11 janvier 2006 (85)	31 janv. 1996 (348)	

C - CONSEIL D'ETAT

Avis, Ass., 6 déc. 2002 (250)	- 5 mars 1999, Ass., « Rouquette et autres », (242)
- 3 novembre 1922, « Dame Cachet », (240)	- 9 mai 2001, « Entreprise personnelle Transports Freymuth », (242)
- 14 janvier 1938, Ass., « SA La Fleurette » (240)	- 5 juillet 2001, Ass., « FNSEA », (242)
- 25 juin 1948, Ass., « Société du Journal l'Aurore », (240)	- 26 octobre 2001, Ass., « Ternon », (241)
- 3 décembre 1954, « Caussidery », (240)	- 6 novembre 2002, Sect., « Mme Soulier » (241)
- 7 mai 1965, Sect., « Blanc et Truchet (242)	- 3 décembre 2003, Sect., « Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahri », (241)
- 12 janvier 1968, Ass., « Ministre de l'économie et des finances c/. Dame Perrot », (240)	- 23 novembre 2001, Sect., « Compagnie nationale Air France, (241)
- 2 juillet 1982, « Melle R... », (248)	- 6 février 2004, Sect., « Mme Halla », (241)
- 21 décembre 1990, (317)	- 11 mai 2004, Ass., « Association AC ! et autres », (241 ; 282)
- 2 juill. 1993 (441)	- 25 février 2005, Sect., « France Télécom », (241)
- 29 juill. 1994 (443)	- 24 févr. 2006 (255)
- 30 décembre 1996, « Mme Brockly », (242)	- 24 mars 2006, Ass., « KPMG et autres » (225 ; 243 et s.)
- 14 févr. 1997, Sect., « Centre hospitalier de Nice c/. Quarez » (248 ; 122)	- 27 oct. 2006, « Sté Techna SA et a ». (241)
- 9 juillet 1997, « Office public communautaire d'habitations à loyer modéré de Saint-Priest, Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM », (242)	- 13 déc. 2006 « Mme Lacroix », (246)
- 17 décembre 1997, « Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris », (241)	- 30 mars 2007, « Sté ENEL (246)
- 12 juin 1998, « Fédération des aveugles et handicapés visuels de France », (242)	- 16 juill. 2007, Ass., « Sté Tropic travaux signalisation », (241 ; 246)
	- 3 oct. 2008, « Commune d'Annecy », (462).

D - JURIDICTIONS DU FOND

CAA Douai, 26 févr. 2002 (441)	CA Paris, 9 juill. 1980 (434)	CA Versailles 28 juin 1996 (323)
CAA Lyon 18 nov. 2003 (296)	CA Paris, 26 avr. 1983 (4334)	CA Versailles 20 janv. 2000 (328)
CA Aix-en-provence 17 mai 1988 (323)	CA Nancy, 2ème ch. 26 sept. 2007 (883)	CA Versailles 30 janvier 2003 (332)
CA Aix-en-Provence, 10 sept. 1990 (438)	CA Orléans, 5 févr. 1999 (249)	CA Versailles 6 fév. 2003 (270)
CA Amiens, 28 avril 1964 (323)	CA Paris, 15 mars 1989 (440)	CA Caen 11 mars 1996, (317)
CA Bordeaux 20 mars 1996 (323 ; 325)	CA Paris, 6 juill. 1994 (200)	
CA Chambéry 20 nov. 1996 (348)	CA Paris, 1er juin 1995 (438)	
CA Douai, 2 déc. 1882, (323)	CA Paris 15 février 1996, (317)	
CA Douai 2 juin 1987 (323)	CA Paris 27 nov. 1996 (200)	
CA Douai, 7 juill. 1998 (440)	CA Paris, 6 mai 1997 (434)	T. com. Paris 2 avril 1999 (150)
CA Lyon 30 novembre 2006 (3332)	CA Paris, 6 nov. 1997 (440)	T. corr. Paris 17e ch., 13 janv. 1997 (434)
CA Metz , 3 sept. 1998 (3221 ; 329)	CA Paris, 24 févr. 1998 (434)	TGI Caen, 30 oct. 1962 (382)
CA Metz, 17 févr. 2005 (331)	CA Paris, 26 mars 1999 (84)	TGI de Lille (3 févr. 1987 (415)
CA Montpellier, 25 juill. 1872 (362)	CA Paris, 10 mars 2000 (71)	TGI Paris, 11 janv. 1977 (434)
CA Lyon, 24 mars 1876 (362)	CA Paris, 7 févr. 2003 (163)	TGI Paris 1er déc. 1982 (442)
CA Lyon 13 mars 1997 (307 ; 309 ; 317 ; 324 ; 362)	CA Paris, 31 mars 2004 (442)	TGI Toulouse, 26 mars 1991 (432)
CA Paris , 15 janv. 1932 (435)	CA Reims 3 fév. 2000 (328)	TGI Paris 14 oct. 1992 (434)
CA Paris 10 juin 1959 (321)	CA Rennes, 16 nov. 1990 (442)	TGI Paris 19 mai 1993 (434)
CA Paris, 12 nov. 1979 (434)	CA Riom 7 septembre 1995. (3117)	TGI Paris, 6 juill. 1994 (442)
	CA Rouen, 22 nov. 1978 (383)	TGI Paris 4 juillet 1995(307)
	CA Toulouse 21 septembre 1987 (307)	TI Montreuil-sur-Mer 25 sept. 2003 (434)
	CA Toulouse, 7 déc. 2004 (440)	TI Maubeuge 26 févr. 1993 (439)
	CA Versailles 15 décembre 1995 (317)	
	CA Versailles, 8 mars 1996, (317)	

E - COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE

Avis n° 1 du 22 mai 1984, sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, (298)

Avis n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques, (298)

Avis n° 54, du 22 avril 1997, Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif, (455).

Avis n° 72 du 4 juillet 2002, Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire (310).

II - Instances européennes

A - COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 29 mai 1961 « X c/. Norvège », (314)

Décision du 19 mai 1976 (314)

Décision du 10 décembre 1976, « X c/. Autriche (314)

Décision du 13 mai 1980, « X c/. Royaume-Uni (314 ; 316)

B - COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- 21 fév. 1975, « Golder c/. R.-U. », (260)
- 23 septembre 1982, « Sporrang et Lönnroth c. Suède », (222)
- 28 novembre 1984, « Rasmussen c/. Danemark » (229)
- 25 mars 1992, « Van Oosterwijck c/ Belgique » (2008)
- 19 mai 1992, « H. c/. Norvège », (314 ; 316)
- 29 octobre 1992, « Open Door et Dublin Well woman c/. Irlande », (315 ; 316 ; 337)
- 13 juin 1979, « Marckx » (217 ; 221 ; 247 ; 258 ; 277)
- 21 fév. 1986, « James c/. Royaume-Uni », (218)
- 26 juin 1986, « Van Merle c/. Pays-Bas » (2117)
- 7 juillet 1989, « Tre Traktörer Aktielobag c/. Suède », (217)
- 27 septembre 1990, « Cossey c/. Royaume-Uni », (2117)
- 18 février 1991, « Fredin c/. Suède » (217)
- 27 août 1991, « Philis c / Grèce [n° 1] », (260)
- 29 nov. 1991, « Pine Valley c/. Irlande » (217)
- 16 déc. 1992, « Geouffre de la Pradelle c/. France », (260)
- 25 mai 1993, « Kokkinakis c/. Grèce » (2661)
- 9 déc. 1994, « Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis » (217 ; 262 ; 267)
- 9 février 1995 « Welch c/ Royaume-Uni » (261)
- 23 fév. 1995, « Gasus Sossier und Fördertechnik GmbH c/. Pays-Bas », (217)
- 8 juin 1995, « Jamil c/ France » (261)
- 27 septembre 1995, « Mc Cann et autres c/. Royaume-Uni », (336)
- 20 nov. 1995, « Pressos Compania Naviera SA et autres c/. Belgique » (217 ; 220 *et s.* ; 247 ; 252 ; 254)
- 22 novembre 1995, « CR c/ Royaume-Uni et SW c/ Royaume-Uni » (261)
- 16 sept. 1996, « Gayguzuz c/. Autriche » (217)
- 22 octobre 1996, « Stubbings et autres c/. R.-U. » (260)
- 19 mars 1997, « Hornsby c/ Grèce », (262)
- 23 octobre 1997, « National et Provincial Building Society c/. R.-U. », (221 ; 262)
- 16 décembre 1997, « Eglise catholique de la Canée c/. Grèce » (260)
- 9 juin 1998, « L.C.B. c/ Royaume-Uni », (336)
- 23 février 1999, « Giuliano Preda et Raniero Dardari c/ Italie », (262)
- 25 mars 1999, « Iatridis c/. Grèce » (2117)
- 28 octobre 1999, « Zielinski et Pradal c/ France », (253 ; 262 *et s.* ; 267)
- 28 octobre 1999, « Brumarescu c/. Roumanie » (259)
- 25 janv. 2000, « Miragall Escolano et autres c/. Espagne » (259)
- 1er fév. 2000, Mazurek c/. France », (217)
- 22 juin 2000, « Coëme et autres c/. Belgique » (259)
- 13 déc. 2000, « Malhous c/. République tchèque », (221)
- 27 février 2001, « Ecer et Zeyrek c/. Turquie » (261)
- 22 mars 2001, « Streletz, Kessler et Krenz c/. Allemagne » (261)
- 22 mars 2001, « K.-H. W. c/. Allemagne » (261)
- 30 oct. 2001, « Panullo et Forte c/. France », (417)
- 17 janv. 2002, « Calvelli et Ciglio c/. Italie » (336)
- 18 juin 2002, « Oneryildiz c/. Turquie » (217 ; 218)
- 25 juillet 2002, « Sovtransavto Holding c/. Ukraine » (217 ; 218)
- 24 octobre 2002 « Mastromatteo c/. Italie » (336)
- 7 novembre 2002 « Giuliano Lazzarini et Maria Paola Ghiacci c/. Italie » (336)
- 26 nov. 2002, « Mosteanu et autres c/. Roumanie », (221)
- 12 février 2004, « Perez c/. France », Gr. Ch., (336)
- 24 juin 2004, « Von Hannover c/ Allemagne », (222)
- 29 juin 2004, « Dogan et al. C/. Turquie » (218)
- 8 juillet 2004, « Vo c/. France » (310 ; 322 ; 316 ; 334 *et s.*)
- 28 sept. 2004, « Kopecky » (217; 221 ; 252)
- 2 juin 2005, « Znamenskaya c/ Russie », (416 ; 417)
- 6 octobre 2005 « Draon » et « Maurice » (252 *et s.*)
- 17 janv. 2006 « Elli Poluhas Dödsbo c/. Suède », (417)
- 7 mars 2006 (310)
- 29 mars 2006, « Achour c/ France » (261)
- 13 juill. 2006, « Jäggi c/. Suisse », (440)
- 10 oct. 2006, « Pessino c/. France » (261 ; 275 ; 283)
- 9 janv. 2007, « Aubert et autres affaires c/. France », , (268 ; 270)
- 16 janvier 2007, « Chiesi SA c/.France » (263)
- 20 mars 2007, « Tysiac c/. Pologne », (315 ; 417)
- 10 avr. 2007, « Evans c/ Royaume-Uni », (307 ; 310 ; 335)
- 24 mai 2007 « Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie » (261)
- 14 févr. 2008, « Hadri-Vionnet c/. Suisse », (417)

C - COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- 12 juillet 1957, « Algera e.a. c/. assemblée commune de la CECA », (229)
- 13 juillet 1965 « Lemmerz-Werke GmbH c/ Haute Autorité CECA », (229)
- 5 juin 1973, « Commission contre Conseil », (229)
- 14 mars 1973, « Westzucker », (229)
- 4 juill. 1973, « Kampfmeyer », (230.)
- 14 mai 1975, « CNTA c/. Commission », (230 ; 244)
- 27 mai 1975, « Mackprang », (230)
- 8 avril 1976, « Melle Defrenne », (235 ; 286)
- 8 nov. 1977, « Balkan Import-Export c/. Hauptzollamt Berlin-Packhof », (237)
- 1er févr. 1978, « Lührs c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas », (236)
- 3 mai 1978, « Töpfer c/. Commission », (235 ; 236)
- 12 oct. 1978, « Belbouab c/. Bundesknappschaft », (235)
- 25 janv. 1979, « Racke c/. Hauptzollamt Mainz », (235)
- 16 mai 1979, « Tomadini c/ Amministrazione delle finanze dello Stato », (236)
- 27 sept. 1979, « Eridania », (237)
- 5 mai 1981, « Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen », (236)
- 9 juillet 1981, « Administration des douanes c/. Gondrand Frères », (235)
- 17 déc. 1981, « Ludwigshafener Walzmühle Erling c/. Conseil et Commission », (237)
- 16 févr. 1982 : « Rumi c/. Commission », (2335)
- 28 oct. 1982, « Faust », (236)
- 19 mai 1983, « Mavridis c/. Parlement », (236)
- 21 sept. 1983, « Deutsche Milchkontor c/. RFA », (235)
- 6 déc. 1984 : « Biovilac », (237)
- 29 janv. 1985, « Gesamthochschule Duisbourg c/. Hauptzollamt München-Mitte », (235)
- 12 déc. 1985, « Sideradria c/. Commission », (236)
- 21 mai 1987, « Rau », (237)
- 15 déc. 1987, « Irlande c/. Commission », (2335)
- 14 févr. 1990, « Delacre », (236)
- 20 sept. 1990, « Commission c/. Allemagne », (236)
- 13 nov. 1990, « La Reine c/. FEDESA », (235)
- 21 févr. 1991, « Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/. Hauptzollamt Itzehoe », (235)
- 21 mars 1991, « Italie c/. Commission », (236)
- 23 avr. 1991, « Höffner et Elser », (386)
- 7 mai 1991, « Nakajima All Precision Co. Ltd c/. Conseil », (237)
- 10 mars 1992, « Canon c/. Commission », (236)
- 5 oct. 1993, « Driessen et a. », (238)
- 22 janv. 1997, « Opel Austria c/. Conseil », (235)
- 17 avril 1997, « Henri de Compte c/. Parlement européen », (232)
- 24 avr. 2002, « Comm. c/ France », (211)
- 26 avr. 2005, « Stichting « Goed Wonen », (235)
- 3 juin 2008, grande chambre, « Intertanko », (235)
- 7 juin 2005, « VEMW », (244)
- 22 juin 2006, « Commission c/. Conseil », (236)

Tribunal de première instance,

- 26 janvier 1995, « Henri de Compte c/. Parlement européen », (232)
- 21 juill. 1998, « Mellet », (236 ; 238)
- 18 janv. 2000, « Mehibas Dordtselaan », (236)
- 6 déc. 2001, « Emesa Sugar », (236)
- 19 mars 2003, « Innova Privat-Akademie », (236)
- 16 nov. 2006, « Masdar (UK) Ltd c/. Commission », (236)
- 17 janv. 2007, « Grèce c/. Commission », (236)
- 18 avr. 2007, « Deloitte Business Advisory NV c/. Commission », (236)

III – Juridictions étrangères**A - COUR SUPREME DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE**

22 janvier 1973 Roe c/ Wade (316)

B - COUR DE CASSATION BELGE

13 janvier 1956 (130)
6 avril 1960 (200)
16 juin 1960 (125)
28 mai 1965 (129)

18 mai 1971 (130)
14 mars 1991 (130)
10 septembre 1971 (116)
29 mai 1980 (124)

16 décembre 1982 (116)
19 octobre 1983 (194)
11 octobre 1989 (195)
19 juin 1990 (1225)

CA Bruxelles, 24 fév. 1989 (195)

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
<i>I - Prélude</i>	<i>1</i>
<i>II - Prolégomènes</i>	<i>11</i>
§ 1 – L’existence : l’identité par l’altérité	13
§ 2 – La séparation : un choix à répéter	16
<i>III - Topologie</i>	<i>23</i>
<i>IV – Transposition</i>	<i>25</i>
 <i>PARTIE I – LA DIMENSION RELATIONNELLE DE L’ALTERITE :</i>	
<i>LE RESPECT DE L’ANTICIPATION LEGITIME D’AUTRUI</i>	<i>29</i>
 Titre I – L’anticipation légitime d’autrui, principe synthétique de la relation contractuelle	33
 <i>Chapitre I – Un paradigme contesté, l’autonomie de la volonté</i>	<i>35</i>
<i>Section 1 - Le paradigme de l'autonomie de la volonté et son évolution</i>	36
§ 1 – Emergence d’une liberté volontariste : vers l’autonomie	37
<i>A - L’apport volontariste de Domat et Pothier</i>	38
<i>B – L’acquis libéral de la Révolution</i>	41
<i>C – L’adhésion du code civil au volontarisme</i>	43
§ 2 – Essence et tempérance de l’autonomie de la volonté : vers l’hétéronomie	49
<i>A - La théorie de l’autonomie : la faveur a la liberté des contractants</i>	49
1 - Apparition et fondement de la théorie	50
2 - Essor de la théorie en droit civil	54
<i>a – Le principe d’omnipotence de la volonté</i>	54
<i>b - Les axiomes déduits de l’autonomie de la volonté</i>	57
<i>B - Les limites de la théorie : la nécessaire hétéronomie</i>	59
1 - Les inflexions extrinsèques : une autonomie incertaine	59
<i>a – Le rôle attribué à la protection de l’intérêt général</i>	60
<i>b - La confiance limitée des codificateurs dans la volonté humaine</i>	61
2 - Les inflexions intrinsèques : une hétéronomie certaine	64
<i>a - Le rôle premier de la loi</i>	64
<i>b - Le rôle secondaire de la volonté</i>	66
<i>Section II – Un paradigme remis en cause par le solidarisme</i>	69
§ 1 - L’avènement doctrinal du solidarisme : une altérité sociale	71
<i>A – La conceptualisation du solidarisme</i>	71
<i>B - L’approche solidariste de la force obligatoire du contrat</i>	76
§ 2 – Le solidarisme prétorien : un altruisme évanescent	80
<i>A - Solidarisme contractuel et formation du contrat</i>	80
1 - Le solidarisme de la formation	82
<i>a - L’intérêt social</i>	82
<i>b - Les intérêts particuliers</i>	84
2 - La formation du contrat et le solidarisme de l’exécution	92
<i>a - L’amplification de la formation du contrat</i>	92
<i>b – Le glissement vers le stade de l’exécution</i>	97
<i>B – Le solidarisme au stade de la réalisation du contrat</i>	100
1 – <i>Le positivisme solidariste au stade de la réalisation</i>	101
2 – <i>Le solidarisme de lege ferenda au stade de la réalisation</i>	107

Chapitre II – Une controverse dépassée par le respect de l'anticipation légitime d'autrui	115
<i>Section 1 – Les données de la conceptualisation des attentes légitimes d'autrui</i>	118
§ 1 - La confiance légitime d'autrui dans la pensée d'Emmanuel Lévy	118
<i>A – Le contrat comme échange interindividuel</i>	119
1 – Une nouvelle conception des droits subjectifs	119
2 – La conceptualisation de l'attente légitime d'autrui	124
<i>B – Le contrat comme norme sociale</i>	130
§ 2 - L'anticipation légitime d'autrui dans la pensée de Xavier Dieux	136
<i>A – L'altérité dans la responsabilité, point de départ de la problématique</i>	136
1 – La bonne foi orientée vers autrui	136
2 – La responsabilité comme déséquilibre illégitime	139
<i>B – La force obligatoire et la police des contrats à la lumière de l'anticipation légitime d'autrui</i>	142
1 – Autrui, siège de la force obligatoire	142
2 – Théorie limitative des droits contractuels	150
<i>a – L'attente d'autrui comme critère de l'appréciation objective</i>	150
<i>b – Les perturbations de l'économie contractuelle</i>	152
<i>Section II – La validation contemporaine de l'anticipation légitime d'autrui</i>	157
§ 1 – Validation immédiate : anticipation légitime d'autrui et bonne foi	157
<i>A – Histoire de la bonne foi</i>	160
<i>B – Modernité de la bonne foi au regard de l'anticipation légitime</i>	168
1 - La doctrine contemporaine et la bonne foi	168
2 – L'essor prétorien de la bonne foi unitaire	171
3 – La bonne foi de lege ferenda : l'anticipation légitime d'autrui et l'imprévision	178
§ 2 – Validations médiates : anticipation légitime d'autrui, équité et <i>estoppel</i>	181
<i>A – L'équité : une exigence de justice adaptée à autrui</i>	182
<i>B – L'estoppel : le souci de cohérence à l'égard d'autrui</i>	189
1 – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en common law	189
2 – La réception de l'estoppel en droit français	195
 Epilogue	 201
§ 1 – Péroration	201
§ 2 - Parachèvement	203
<i>A – En morale : autrui comme éthique chez Ricœur</i>	203
<i>B – En économie des jeux : l'altérité comme optimum</i>	207
 Titre II – L'anticipation légitime d'autrui, principe analytique de la relation métacontractuelle	 219
Chapitre I – L'altérité, une exigence de sécurité mue par le droit	221
<i>Section 1 – Une relecture hétéronome de la responsabilité civile délictuelle</i>	222
§ 1 - L'origine de la responsabilité civile extra-contractuelle	222
§ 2 – Incidences pratiques de la théorie des attentes légitimes en matière extra-contractuelle	227
<i>A – Actions et exceptions entre contractants extrêmes dans les chaînes de contrat</i>	227
<i>B – L'obligation pour la victime de restreindre son dommage</i>	233
<i>C – La causalité au regard des attentes légitimes d'autrui</i>	236
<i>Section 2 - Les validations autonomes au regard de la responsabilité civile délictuelle</i>	239
§ 1 – Les troubles anormaux : définition à l'aune de l'expectative d'autrui	242
§ 2 – L'apparence à l'aune d'autrui	249
<i>A – L'apparence en droit positif</i>	250
1 – La nécessité de l'apparence	250
2 - L'extension de l'apparence	253
<i>B – L'apparence au regard des attentes légitimes d'autrui</i>	257
§ 3 – La responsabilité du fait des produits défectueux et l'attente raisonnable d'autrui	261

Table des matières

§ 4 – L’espérance légitime d’autrui	266
<i>A – L’espérance légitime en droit conventionnel des biens</i>	267
1 – La notion de « biens »	267
2 – L’espérance légitime comme hauban de la notion de « biens »	270
<i>B – L’espérance légitime et le respect de la vie privée</i>	277
 Chapitre II – L’altérité, l’exigence d’un droit mû en sécurité	281
<i>Section 1 – La sécurité juridique comme exigence à l’aune d’autrui</i>	282
§ 1 – La dynamique communautaire : confiance légitime d’autrui et sécurité juridique	283
<i>A – L’idéation de la confiance légitime d’autrui</i>	283
<i>B – Le champ de la confiance légitime d’autrui</i>	289
1 – Champ horizontal	290
2 – Champ vertical	297
<i>a – Un concept jadis confiné</i>	297
<i>b – Un concept désormais consacré ?</i>	301
§ 2 – Une conjecture conventionnelle : espérance légitime d’autrui et sécurité juridique	306
<i>A – L’origine de l’article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002</i>	307
<i>B – La condamnation de la rétroactivité de la loi du 4 mars 2002</i>	312
1 – Les arrêts « Maurice » et « Draon » du 6 octobre 2005	313
2 – L’alignement des juges internes	317
<i>Section 2 – La sécurité juridique comme équité envers autrui</i>	321
§ 1 – Le procès équitable source conventionnelle de sécurité juridique	321
<i>A – Le procès équitable comme outil d’action du temps dans le droit</i>	322
<i>B – Le procès équitable comme outil d’action du droit sur le temps</i>	325
§ 2 – La réception interne de l’équité vecteur de sécurité juridique	329
<i>A – Le temps dans la jurisprudence : l’exemple des lois interprétatives</i>	330
1 – Appréhension des lois interprétatives	330
2 – Application soumise à l’équité	336
<i>B – La jurisprudence dans le temps : les revirements face à l’altérité</i>	339
1 – Les propositions	340
2 – L’orientation retenue	347
<i>a – Une modulation sur l’autel du procès équitable</i>	347
<i>b – Une élucidation sur le thème de l’altérité</i>	350
 Conclusion titre II	354
Conclusion partie I	356
 PARTIE II – LA DIMENSION IDENTITAIRE DE L’ALTERITE :	
LA RECONNAISSANCE DU SUJET DE DROIT	358
 Titre I – L’échec de la réception :	
l’altérité à l’épreuve de la personnalité juridique	361
Chapitre I – La défiance civile et conventionnelle à l’égard de l’altérité	363
<i>Section 1 – Le flou conceptuel : la personnalité à l’épreuve de l’embryon</i>	364
§ 1 – Qualifications doctrinales de la personnalité juridique	364
<i>A – Le principe de reconnaissance de la personnalité juridique : le consensus</i>	366
<i>B – L’acquisition de la personnalité : la controverse</i>	367
§ 2 – Qualification alternative : la personne humaine	377
<i>Section 2 – Le flou normatif : le régime juridique de l’embryon</i>	381
§ 1 – La loi et l’embryon	381
§ 2 – Le droit conventionnel et l’embryon	395

Chapitre II – La défaillance pénale à l'égard d'autrui	406
<i>Section 1 – Les termes de l'échec : une qualification pré-relationnelle d'autrui</i>	408
§ 1 – La jurisprudence équivoque : l'incertaine altérité de l'enfant à naître	410
<i>A – La naissance comme point de départ de la protection pénale</i>	410
<i>B – La répression de l'homicide causant la mort in utero</i>	412
§ 2 – La jurisprudence univoque : l'inexistante altérité de l'enfant à naître	416
<i>A – La naissance, condition de la protection pénale</i>	417
<i>B – La validation opérée par la Cour européenne des droits de l'homme</i>	427
<i>Section 2 – Les termes du dépassement : vers une qualification fonctionnelle d'autrui</i>	432
§ 1 – L'incohérence à dépasser	433
<i>A – L'incohérence pénale</i>	433
1 – L'illogisme de la motivation	433
2 – L'incohérence de la répression	435
<i>B – Une construction non systémique</i>	441
§ 2 – La cohérence d'une alternative	445
<i>A – L'intervention législative : l'embryon tel un autrui</i>	446
<i>B – Le revirement de jurisprudence : l'embryon, un autrui</i>	454
 Conclusion Titre I	 461
 Titre II – L'essor de la réception : autrui comme sujet de droit	 463
Chapitre I – Le sujet de droit : une technique vecteur d'altérité	465
<i>Section 1 – Le sujet de droit comme technique : un support d'intérêt</i>	466
§ 1 – La conceptualisation du sujet de droit par Demogue	466
<i>A – Le sujet de droit, un support d'intérêt</i>	467
<i>B – Le sujet face à la mise en œuvre d'un droit</i>	473
<i>C – Une détermination alternative du sujet de droit</i>	477
§ 2 – La modernité du sujet de droit	480
<i>A – Le centre d'intérêts, notion plurielle</i>	480
<i>B – Les catégories de centres d'intérêts</i>	481
<i>C – Régime juridique des centres d'intérêts</i>	484
<i>Section 2 – Le sujet de droit idéal : une identification par autrui</i>	489
§ 1 – Les bases d'une édification du sujet de droit	490
§ 2 – La complétude du sujet de droit chez Leibniz : l'altérité dans l'ipséité	495
<i>Section 3 – Le sujet de droit existentialiste, l'identité juridique à l'aune d'autrui</i>	502
§ 1 – Sujet de droit et anticipation légitime d'autrui	502
§ 2 – Sujet de droit et identité à l'aune d'autrui	506
 Chapitre II – Les sujets de droit tels que révélés par l'altérité	 509
<i>Section 1 – L'embryon, l'altérité dans la vie humaine</i>	510
§ 1 – L'enregistrement des enfants nés sans vie, preuve de l'existence	511
<i>A – Le nouveau champ de la déclaration des enfants morts-nés</i>	512
<i>B – Les incidences de la déclaration des enfants morts-nés</i>	521
§ 2 – Le reflet d'altérité des fœtus, phénomène de l'existence	527
<i>A – La déclaration des enfants morts nés à l'épreuve du reflet d'altérité</i>	528
<i>B – L'assimilation des fœtus à autrui</i>	531
1 – L'embryon dévoilé par le reflet d'altérité	532
2 – Les critiques de l'approche relationnelle	540
3 – Le régime juridique	545
<i>Section 2 – Les morts : l'altérité comme alternative à la vie</i>	546
§ 1 – Le mort comme centre d'intérêts second	548
<i>A – Une protection médiate du mort en droit familial</i>	549
<i>B – Une protection évasive de la vie privée et de la mémoire des morts</i>	551

Table des matières

§ 2 – Le mort comme sujet de droit	556
<i>A – Le mort comme sujet identifié des droits relatifs à la sépulture</i>	556
<i>B – Le mort comme sujet continué du droit moral sur son œuvre</i>	564
<i>Section 3 - L'humanité, autre sujet du droit des humains</i>	568
§1 - Les manifestations juridiques de l'humanité	569
<i>A – Protection du genre humain</i>	569
1 – Les crimes contre l'humanité	570
2 – Les crimes contre l'espèce humaine	578
<i>B – Protection du patrimoine du genre humain</i>	582
§ 2 – La qualification de l'humanité	590
 Conclusion Partie II : Essai de définition du régime juridique des sujets de droit	 596
 Conclusion : l'altérité, du rationnel au raisonnable	 600
<i>Péroration</i>	600
<i>Parachèvement</i>	602
 <i>Bibliographie</i>	 608
I – Ouvrages généraux	608
II – Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours	609
III – Articles, chroniques, contributions à des ouvrages collectifs	613
IV – Rapports, congrès et ouvrages collectifs	627
V – Ouvrages et articles non-juridiques	627
 <i>Index thématique</i>	 630
 <i>Index jurisprudentiel</i>	 634
I – Instances internes	634
<i>A - CONSEIL CONSTITUTIONNEL</i>	634
<i>B - COUR DE CASSATION</i>	634
<i>C - CONSEIL D'ETAT</i>	636
<i>D - JURIDICTIONS DU FOND</i>	637
<i>E - COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE</i>	637
II - Instances européennes	637
<i>A - COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME</i>	637
<i>B - COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME</i>	638
<i>C - COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES</i>	639
III – Juridictions étrangères	639
<i>A - COUR SUPREME DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE</i>	639
<i>B - COUR DE CASSATION BELGE</i>	639
 <i>Table des matières</i>	 640