

L A I S S E Z

Patrick Simon

*La main invisible
et le Droit*

LES
BELLES
LETTRES

F A I R E

Laissez

faire

La liberté créatrice de l'esprit humain est la seule source des valeurs et de la richesse, et il faut la laisser s'exprimer dans l'action autonome des individus plutôt que lui imposer une contrainte extérieure.

Ce fait fondamental de la vie en société est aujourd'hui de mieux en mieux compris mais il reste à faire connaître les principes clairs et universels qui le fondent, et à en tirer toutes les conséquences économiques, politiques et morales. Nous publierons donc ici les auteurs pour qui la violence agressive est toujours condamnable et la responsabilité toujours préférable, comme ceux qui pensent que ni le Droit ni la logique ne doivent être à l'éclipse. Les racines de ce courant de pensée sont au cœur de notre civilisation, et c'est en France que lui fut donné son nom : c'est la tradition du laissez-faire.

Le laissez-faire n'est pas une doctrine économique, et encore moins synonyme de laisser-aller ou de désordre : c'est une morale politique, visant à instituer le règne du Droit face à l'arbitraire, aux persécutions et à l'esclavagisme étatistes et collectivistes.

Le laissez-faire représente pour tous l'idéal exigeant du respect de la propriété naturelle de chacun, à partir de la pleine propriété de sa propre personne.

Laissez faire

Collection

dirigée par François Guillaumat

Patrick Simon

***La main invisible
et le Droit***

Patrick Simon

*La main invisible
et le Droit*

LES BELLES LETTRES

1992

*Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous les pays*

© 1992. Société d'édition Les Belles Lettres,
95 bd Raspail 75006 Paris.

ISBN : 2.251.41006-0
ISSN : 1158-7377

A Jacques Villeneuve

Conseils

au lecteur

Les juristes n'auront aucune difficulté à lire ce livre mais il ne s'adresse pas qu'à eux. Il concerne aussi tous ceux qui, à des titres divers, sont amenés à rencontrer le droit : philosophes, économistes, hommes politiques, intellectuels d'autres disciplines mais aussi hommes d'affaires, entrepreneurs, fonctionnaires, professeurs, journalistes, et plus généralement tous les usagers de la justice qui s'y intéressent.

Pour faciliter la lecture de ces derniers il faut donner un conseil méthodologique : aux trois premiers chapitres, qui s'attachent à critiquer et à expliquer l'échec de la loi visible, font suite des développements dont l'objet est de décrire et d'analyser ce qu'est la loi invisible. D'un abord simple et accessible aux profanes, les explications deviennent progressivement plus techniques au fur et à mesure que l'on approfondit. Pour mieux comprendre il est conseillé aux non-juristes de lire le chapitre 6 sur la pratique du droit invisible, qui les mettra dans l'ambiance,

avant les chapitres 4 et 5, bien que ce ne soit pas l'ordre logique puisque cela revient à consommer le dessert avant le plat de résistance. Mais, comme le dit Claudel, "l'ordre est le plaisir de la raison et le désordre le délice de l'imagination".

N'hésitez donc pas à lire ce livre dans le désordre. Vous y trouverez toujours un ordre spontané, celui que vous y mettrez, le seul qui compte en réalité.

Certains lecteurs profanes ignorent ce qu'est le concept de la *main invisible*. On peut bien sûr les renvoyer à Adam Smith et Ludwig von Mises, qui ont découvert ou démontré ce principe. Pour ne pas les laisser frustrés, on en donnera une brève description : lorsque les êtres humains sont laissés libres d'agir, leur liberté guidée par leur intérêt les conduit à adopter un comportement objectivement utile aux autres ; il en résulte l'émergence progressive d'un ordre spontané dans le domaine économique. "Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger que nous attendons notre dîner mais bien du soin qu'ils portent à leur intérêt."

L'objet de ce livre est de rechercher si ce phénomène joue aussi dans le domaine juridique.

Un dernier mot destiné au lecteur de gauche, hostile au libéralisme et sceptique à l'égard des bienfaits de la *main invisible*, qui tomberait par hasard sur cet ouvrage. Comme après tout, il n'est pas exclu qu'il décide de le lire, en ces temps cruels de remise en question, et qu'il y trouve maints sujets d'irritation, qui risquent de l'inciter à ne pas poursuivre sa louable entreprise, je lui recommande de commencer par la fin du chapitre 2 au I (p. 50). C'est là que je m'adresse à lui en particulier en expliquant pourquoi il n'est pas bon de chercher à protéger la "partie faible" dans un contrat et pourquoi la méthode législative est le plus souvent néfaste.

Chapitre 1

Du Droit spontané au droit décrété

Lorsqu'à l'issue de sa traversée de l'Atlantique, Christophe Colomb posa le pied pour la première fois sur le continent américain, il crut être arrivé aux Indes. Il ne savait pas.

De même, lorsqu'après lui de nombreux armateurs et chargeurs de marchandises se lancèrent dans cette aventure vers le Nouveau Monde, ils ne savaient pas trop ce qu'il en adviendrait. Ils entraient dans l'inconnu, et l'inconnu inquiète. Pour l'affronter, il fallait des règles. Des règles qui d'abord auraient permis de surmonter les obstacles surgissant de la nuit. Des règles qui surtout auraient projeté dans cette nuit redoutable un peu de la lumière de l'homme, un peu de sa marque.

Ainsi les capitaines qui allaient quitter la vieille Europe en embarquant au port de Londres avaient l'habitude de se retrouver entre professionnels du commerce dans un petit café où ils discutaient de leurs problèmes. Un jour l'un dit à l'autre : — Moi et mes hommes, nous allons

transporter vers l'Amérique de grosses cargaisons que nous allons revendre ou échanger là bas, mais j'ai peur de tout perdre si nous rencontrons une terrible tempête, ou des pirates, si des mises en quarantaine ou des blocus nous frappent, si le bateau brûle. J'hésite, que faire ? Il y a pourtant gros à gagner !"

Et l'autre de répondre :

" — J'ai une idée. Moi qui n'y vais pas, moi qui reste ici, j'ai de l'argent à placer. Si tu veux, je prends une participation dans ton expédition. Si tu réussis, tu me verseras une part de ton profit alors que je n'aurai rien fait. Si tu échoues je prendrai à ma charge une part de ta perte pour te la réduire. Qu'en penses-tu ?

— Très bonne idée ! Et n'aurais-tu pas parmi tes relations quelqu'un de fortuné que cela tenterait aussi ?

— Oui, je verrais bien un de mes bons amis dans cette affaire."

Et le bon ami recommandait un autre amateur, lequel transmettait l'information à un quatrième. Le lendemain ils étaient près d'une dizaine au café à proposer leur participation.

Il se trouva que le navire parvint à faire la traversée sans catastrophe. L'affaire se révéla donc fructueuse pour les associés.

A l'expédition suivante, la rumeur ayant couru dans toute la ville, ils étaient plus de vingt à proposer leurs services. Puis le double à la troisième fois et ainsi de suite. La cinquième expédition se solda par un désastre car le navire fut attaqué par les pirates, la marchandise pillée, une partie de l'équipage tuée et les survivants revinrent en piteux état. Il fallut indemniser ce dommage et les cinquante personnes qui s'étaient engagées durent payer chacun son écot. L'addition fut lourde : pour un seul voyage, ils durent payer nettement plus que tout ce qu'ils avaient gagné dans les voyages précédents. Nombreux furent ceux qui se découragèrent. On ne les vit plus à la

taverne. Le sixième transport ne trouva guère qu'une vingtaine d'amateurs. Mais cette expédition s'avéra particulièrement lucrative. Ceux qui s'étaient découragés revinrent fréquenter le café. De nouveaux affluèrent. Au bout de quelques années, on s'aperçut qu'il y avait là quelque chose de sérieux, car même quand une aventure échouait ou semblait corps et biens, la perte, divisée par le grand nombre des participants, devenait moins douloureuse pour chacun.

Le tavernier qui servait les consommations, un certain Edward Lloyd, prit l'habitude de faire inscrire sur un tableau noir les noms de ceux qui lui signalaient leur intérêt pour ces opérations, les sommes qu'ils étaient prêts à risquer, le type de marchandises qui avaient leur préférence, et leur destination. Sur son tableau il écrivait aussi le nom des armateurs ou chargeurs qui cherchaient ces partenaires en capital perdu, de sorte que les uns et les autres pouvaient se rencontrer au café sans l'intermédiaire d'un ami. Les affaires ainsi s'accéléraient. Assez vite il n'y eut plus assez de place sur le petit tableau noir. Edward Lloyd décida alors de le remplacer par un immense panneau s'étendant sur tout un mur.

Puis, pour faciliter les choses, il eut l'idée d'annoncer une heure fixe de la journée, à laquelle tout le monde pourrait se rencontrer et faire affaire. Il y eut une forte affluence. Madame Lloyd protesta : elle ne pouvait plus servir tous les clients !

Mais Monsieur eut une nouvelle idée : souvent certains de ses clients se transmettaient une information très utile (sur le blocage d'un navire en raison d'une avarie, sur l'augmentation d'un besoin alimentaire dans une région éloignée en raison d'une calamité). Pourquoi ne pas en faire bénéficier tous les autres consommateurs ? Il fit installer une cloche à côté du grand tableau. Lorsqu'une personne avait une information qu'elle désirait diffuser, elle allait sonner la cloche, les conversations cessaient et les gens écoutaient. Bientôt, il y eut une telle foule que pour

se faire bien entendre, il fallut édifier une estrade sur laquelle montait celui qui venait sonner la cloche. L'initiative eut un franc succès !

Et puis la taverne devint trop petite. Edward Lloyd, devenu riche, changea finalement de métier : il fit construire un vaste local où ses clients pourraient se rencontrer. Le café était devenu une bourse ! Mais cela s'appelait toujours "Chez Lloyd".

Aujourd'hui "Chez Lloyd" (Lloyd's en anglais) existe toujours, alors que Monsieur Lloyd est mort depuis des lustres. Cette institution n'a jamais fait faillite, alors qu'elle a couvert les risques les plus dangereux et indemnisé les sinistres les plus graves. Certes, elle a connu de dures années. En 1991 les catastrophes majeures se sont multipliées mais, pour le meilleur comme pour le pire, elle est toujours là. Ce n'est pas une société commerciale ni une maison de courtage. C'est un ensemble de centaines de milliers de personnes qui, comme les clients du tavernier au XVII^e siècle, participent aux aléas de l'humanité et en atténuent les conséquences.

Il y a cependant quelques différences par rapport à l'époque héroïque. On a en effet donné des noms aux choses que l'on pratiquait :

- ceux qui prenaient part aux risques de perte répondent désormais au nom de "souscripteurs du Lloyd's",
- la part du bénéfice qu'ils touchent en cas de succès s'appelle "prime",
- et le métier auquel ils se livrent, on l'aura deviné, c'est *l'assurance*.

Lorsqu'une catastrophe importante se produit quelque part sur le globe, par exemple l'ouragan de février 1990 en Europe du Nord ou la pollution de l'Exxon Valdez en Alaska, ce sont les Lloyds qui couvrent et indemnisent car le monde entier (les compagnies d'assurances européennes elles-mêmes) est assuré ou réassuré chez eux pour ces sinistres graves.

En 1650 les amis d'Edward Lloyd ne savaient pas qu'ils s'appelleraient un jour des "assureurs". Quand ils mirent au point cette astuce de la participation rémunérée aux pertes, ils n'avaient pas d'autre objectif que de gagner un peu d'argent en pariant sur le succès d'un ami ou d'une relation. Ils ne savaient pas qu'en le faisant ils avaient sinon créé², du moins découvert le contrat d'assurance maritime.

Comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, ils avaient trouvé le Droit sans le savoir. Quant à moi, je viens affirmer ici que toutes les grandes découvertes juridiques sont venues ainsi.

Deux siècles plus tard, le Parlement britannique votait une loi qui consacrait et mettait par écrit les règles que les Lloyds pratiquaient. Le droit devenait visible et explicite.

Commençait alors, dans ce domaine comme dans bien d'autres, une évolution parallèle à l'histoire des Etats-nations vers un rationnement du droit.

Au lieu de venir d'en bas et d'être une pratique, le droit était de plus en plus décrété par le monarque du moment, imposé par le haut, et se matérialisait par un écrit au point qu'avec le temps, on finit par prendre le mot pour la chose, l'écrit pour la loi, la volonté d'une majorité pour la justice. De la sorte la morale devenait extérieure et supérieure aux individus, Kant la décrivait comme un impératif catégorique. Pourquoi dès lors s'arrêter en chemin ? Si les valeurs ne venaient plus d'une expérimentation personnelle objective mais étaient extrinsèques aux hommes et subies par eux, où trouvaient-elles leur fondement et leur justification ? Nulle part, et l'étape fut allègrement franchie : les valeurs pouvaient être "créées".

Cette évolution a atteint son paroxysme vers le milieu du siècle actuel, lorsque les nouveaux princes qui nous gouvernent ont cherché par leurs lois, non plus seulement à constater le Droit mais à le changer, à forcer la société, à lui imposer leur conception.

Parfois, on édictait une législation destinée à se ménager

les faveurs d'une catégorie de personnes politiquement plus intéressante qu'une autre. Ainsi, les réglementations censées protéger les débiteurs contre les créanciers en imposant des délais longs de remboursement, les locataires contre les propriétaires en bloquant le prix des loyers, les employés contre les employeurs en rigidifiant le contrat de travail, les petits commerçants contre les grandes surfaces, les acheteurs contre les vendeurs, les consommateurs contre les fabricants.

Parfois encore, on élaborait des textes dans le seul but de servir tel ou tel clan ami ou d'asservir tel ou tel groupe ennemi, par exemple récemment la loi de 1984 sur la presse, dirigée contre le seul Robert Hersant.

Mais le pire fut sans doute atteint lorsque, dans une perspective millénariste, certains régimes communistes et socialistes s'efforcèrent d'imposer à leurs sujets des règles de droit contraires à la nature humaine. Se prenant pour Dieu, ces brigands d'un type nouveau entendaient changer l'homme et apporter le paradis sur terre.

Cela fit très vite un bel enfer. Et aujourd'hui, cette tentative apparaît pour ce qu'elle était : une vaste entreprise de pillage des biens et de destruction des valeurs. Il y avait aussi dans cette démarche, intrinsèquement perverse comme disait Pie XI, un aspect particulier qui mérite que l'on s'y attarde : la réglementation écrite y était très poussée. Il faut rappeler que la Constitution de l'ex-Union Soviétique était, et est toujours, fort longue en pages et en lignes alors qu'en fait de Constitution écrite la Grande-Bretagne, elle, n'en a aucune. Pourquoi cette abondance de production de papier chez ces gens qui ne respectent rien et ne devraient donc pas en avoir besoin ?

Il existe une réponse simple. Lorsque vous vous sentez libre et en sécurité et que vous avez confiance en l'avenir, vous n'éprouvez pas le besoin de préciser par écrit les choses qui vous paraissent aller de soi.

Si au contraire vous ne croyez plus en rien, vous vous méfiez de tout. Vous voyez chez les autres le malfaiteur

que vous êtes, les relations humaines deviennent extrêmement difficiles et il vaut mieux qu'elles soient couchées sur papier. Or, les adeptes du matérialisme historique ont rejeté les valeurs morales comme autant de moyens d'oppression d'une classe sur une autre, les religions comme opium du peuple, la propriété comme vol, les idéalismes comme des manifestations de bourgeois décadents. A leur tour les existentialistes ont rejeté l'essence.

Que restait-il sur ce champ de ruines du passé méthodiquement mis à sac par ces charlatans ?

Il restait une idole : le dieu de la sécurité matérielle. C'est là que le droit présente pour eux un intérêt : bâtissons pour nous-même un sanctuaire juridique qui nous protégera de la dureté de la vie spontanée, pensent-ils.

Au Moyen Age c'eût été une forteresse. Au ^{xx}e siècle c'est une loi.

En d'autres termes, la loi écrite par le monarque est souvent l'expression de la méfiance et du pessimisme foncier qui l'habite parce qu'elle a pour objectif de lui assurer, à lui, à sa clique et à sa cour, une durable protection contre le bouillonnement créatif de la vie.

Pendant un temps ce calcul s'avère payant. En effet, si l'on rassemble toutes les richesses d'un pays dans une forteresse en interdisant que l'on y touche et en réduisant les hommes à l'esclavage, on peut vivre sur ces spoliations un certain temps. Car l'expérience soviétique l'atteste : il faut des dizaines d'années pour ruiner un pays.

Mais il arrive un moment où il n'y a plus rien dans la forteresse : les biens ont été épuisés, les esclaves sont morts ou exténués, la production est nulle. Il n'y a plus rien à voler. Il faut aller mendier à côté. Le système est arrivé à son auto-destruction. Karl Marx l'avait annoncée pour le capitalisme et elle n'est jamais venue. Mais, avec cette étrange acuité qu'ont les penseurs qui se sont toujours trompés, il avait prédit avec justesse mais sans le savoir ce qui allait se passer dans la société qu'il appelait à construire.

Nous y sommes. Aujourd'hui, ceux qui hier méprisaient les autorités spirituelles en demandant ironiquement : "Le Pape, combien de divisions ?", ceux-là ont été battus sans qu'il fût besoin du moindre soldat.

Les temps deviennent durs pour les tyrans depuis qu'on a compris que la nature des richesses n'est pas matérielle, mais spirituelle, psychique, humaine. Toute richesse humaine trouve sa source et son contenu dans l'esprit de l'homme.

Or, si l'on peut mettre la main sur des biens, il est beaucoup plus difficile de prendre possession d'un esprit ou d'une âme. L'homme est bien là, dans sa prison, mais il n'en pense pas moins ou, si l'on parvient à le briser psychiquement, on a alors plus rien de riche entre les mains, on n'a plus qu'une "âme morte". Dans tous les cas le tyran est perdant. C'est sans doute pourquoi il tend de nos jours à se transformer en roi des mendiants, utilisant ses esclaves non plus pour les pressurer, car ils n'ont plus rien à rendre, mais comme otages ou moyen de chantage pour obtenir des subsides de ceux qui sont restés à peu près libres.

L'Histoire a des clins d'œil amusants pour montrer que personne ne peut prétendre l'écrire : ceux qui voulaient se protéger de l'avenir en le fixant solennellement et pour toujours par une abondance de textes entrant dans tous les détails, ceux-là n'ont souvent eu que la pénurie, la misère et l'oppression ; ceux qui ont eu confiance et se sont bornés à pratiquer quelques principes naturels de bonne conduite sans forcément les écrire et tenter de les imposer à d'autres, ceux-là en ont souvent récolté les bienfaits.

Pourquoi cet échec paradoxal de ceux qui ont cherché la protection à tout prix ? N'est-ce pas la raison d'être du juriste que de vouloir fixer les choix pour l'avenir ?

Je voudrais proposer une réponse à cette question mais d'abord considérer l'étendue des dégâts.

Chapitre 2

Les échecs de la méfiance

Tout d'abord, il faut préciser d'emblée qu'il est parfaitement normal pour l'homme de chercher à préparer l'avenir et à le prévoir.

Même si elle peut paraître utopique, cette attitude d'esprit se comprend. Il est légitime par exemple que des parties à un contrat de location précisent à quelles conditions celui-ci prendra fin au terme de la durée convenue.

Les choses se gâtent quand par la loi, le législateur cherche à imposer à tous les actes de la coopération sociale. Cela revient à tricher en forçant l'avenir vers ce que l'on a voulu a priori. Hayek a donné un nom à ce comportement : c'est le "constructivisme".

En fixant des règles imposées aux contrats, les gouvernements placent les parties dans une situation de dépendance et les empêchent de chercher leur équilibre et "leur" justice.

Protéger l'une des deux parties, telle était l'intention affichée.

Cette protection s'est-elle révélée utile à ceux qui étaient censés en être les bénéficiaires ? L'expérience apprend qu'une distribution gratuite d'avantages peut fonctionner quand elle est voulue expressément ou tacitement. Mais lorsque le donateur est forcé, cet artifice engendre tôt ou tard de fâcheuses répercussions.

Les locataires sont plus nombreux que les propriétaires, les employés plus nombreux que les employeurs, les consommateurs plus nombreux que les vendeurs. Ils représentent de ce fait une catégorie d'électeurs à laquelle le pouvoir politique a toujours cherché à plaire. On retrouve ici comme ailleurs une démonstration des limites et des vices de la démocratie, qu'elle soit représentative ou même directe, car le référendum d'initiative populaire n'éliminerait toujours pas ce défaut : un clan majoritaire impose à un clan minoritaire des clauses auxquelles la loi oblige à se soumettre et empêche toute négociation individuelle, donc toute recherche du juste. La classe politique s'arrange en outre pour passer un pacte avec ce clan majoritaire, un "contrat social" dirait Rousseau. L'idée se résume tout cyniquement à ceci :

"tu me donnes ta voix et au lieu de te fournir un service en contrepartie, je me servirai du pouvoir que je tiens de la loi pour forcer un tiers à te payer à ma place."

C'est en somme un ménage à trois :

- l'électeur dont on recherche les faveurs,
- le politique qui attribue l'avantage,
- enfin le cocu, au détriment duquel cet avantage est accordé et qui doit ainsi payer les promesses d'un autre.

Les économistes américains de l'école dite des "choix publics" ont bien mis en lumière cette perversion du marché politique.

130 ans avant eux Bastiat décrivait ces pratiques dans "La loi" :

"Jusqu'à cette époque la spoliation légale s'exerçait par le petit nombre sur le grand nombre, ainsi que cela se

voit chez les peuples où le droit de légiférer est concentré en quelques mains. Mais le voilà devenu universel, et l'on cherche l'équilibre dans la spoliation universelle. Au lieu d'extirper ce que la société contenait d'injustice, on la généralise. Aussitôt que les classes déshéritées ont recouvré leurs droits politiques, la première pensée qui les saisit n'est pas de se délivrer de la spoliation (cela supposerait en elles des lumières qu'elles ne peuvent avoir), mais d'organiser, contre les autres classes et à leur propre détriment, un système de représailles — comme s'il fallait, avant que le règne de la justice arrive, qu'une cruelle rétribution vint les frapper toutes, les unes à cause de leur iniquité, les autres à cause de leur ignorance."

C'est là le génie de Bastiat, si longtemps méconnu en France. La démocratie n'a pas aboli le dictateur. Elle l'a multiplié. C'est la dictature des groupes de pression.

Très en avance sur son temps, Bastiat est sans doute le premier à avoir perçu l'utilisation de la loi comme instrument de spoliation par le milieu politique et dénoncé ces "pactes sociaux".

Donnons en des exemples.

A. La législation en matière de baux

L'article 1 de la loi du 6 juillet 1989 traduit bien ce pacte :

"Le droit *au* logement est un droit fondamental".

Chaque fois qu'on entend parler de "droit à" il faudrait ajouter : "aux dépens de qui ?" Suivent des dispositions typiquement constructivistes : "Les droits et obligations réciproques... doivent être *équilibrés*" ; il faut un "maintien et un ... *développement* d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété *ouverts à toutes les catégories sociales*".

Sous ce jargon démagogique on discerne deux intentions :

- donner aux locataires des droits qu'on force les propriétaires à leur abandonner,
- faire croire aux niais qu'on leur veut du bien en leur distribuant de faux droits.

Car on pourra toujours déclarer "ouverts à toutes les catégories sociales" les appartements de l'avenue Foch ou ceux d'Aubervilliers, nul n'ignore que ce ne sont pas les mêmes qui les habiteront. Ces généralités ne sont donc que des mots vides de toute portée et destinés à mystifier l'opinion. Ils révèlent la malhonnêteté foncière des socialistes de tous les partis.

La loi de 1989 n'est pas la seule à être affectée de ces maux.

La loi de 1948 de blocage des loyers, votée après les destructions immobilières massives de la guerre, était à l'origine destinée à régler le problème temporaire de la crise du logement. Cette crise passa dans les années 50 et l'on est revenu à une situation normale, mais l'on a pas pour autant abrogé cette loi d'exception qui existe toujours dans certains vieux immeubles et constitue une bonne rente de situation pour ceux (rarement des nécessiteux) qui ont eu la chance de se trouver dans son domaine d'application, certes considérablement réduit aujourd'hui.

Si le provisoire s'est maintenu, c'est essentiellement en raison des jeux du marché politique décrits précédemment.

Mais, depuis la loi de 1948, dont on avait enfin 25 ans après réussi à diminuer les effets nocifs, le pouvoir politique socialiste est revenu en arrière et a fait pire. Alors qu'aucune guerre ou crise grave du logement ne le justifiait, il a fait voter des lois dont l'objectif était de forcer les contrats, d'influencer la société, de "changer la vie", comme ces messieurs disaient à l'époque. C'est la loi Quilliot de 1982 sur les baux d'habitation et plus récemment encore les différents règlements ayant pour effet de bloquer les loyers dans certaines zones, ou la loi du 6 juillet 1989 qui a repris beaucoup des dispositions de la loi Quilliot abrogée.

La caractéristique majeure de tout cet arsenal législatif est d'imposer des interdictions :

- il interdisait (loi du 22 juin 1982) les hausses de loyers au-delà de 80 % de l'indice des prix (interdictions toujours provisoires mais toujours reconduites),
- il interdit toujours aux parties de choisir la durée du bail,
- il interdit encore au bailleur de mettre fin à la location autrement que dans les conditions fixées légalement,
- il interdit aux parties de stipuler différemment en matière de tacite reconduction, de sous-location, de cession,
- il interdit au bailleur de fixer à l'avance la compagnie d'assurance du locataire,
- il interdit le paiement du loyer sous forme de prélèvement automatique sur compte bancaire ou de versement direct d'une partie du salaire par l'employeur du locataire,
- il interdit la responsabilité collective des locataires de l'immeuble en cas de dégradation d'un élément commun de cet immeuble.

Toutes ces règles avaient deux buts ostensibles :

1. protéger le locataire contre une clause qui lui serait imposée par le bailleur sans qu'il puisse la discuter ou la refuser,
2. protéger les locataires contre l'insécurité de l'avenir en général.

J'affirme qu'aucun de ces objectifs n'est fondé et n'a été réalisé.

1. Les interdictions de la loi Quilliot et de la loi de 1989 n'ont fait que nuire aux locataires

Un contrat se négocie. Personnellement, j'ai toujours discuté les clauses d'un bail qu'on me proposait. On me dira que je suis avocat et que j'en ai l'habitude. Mais il

existe des associations de consommateurs et de locataires qui conseillent et aident. Même des gens peu éduqués ou peu au courant le savent. Pourquoi les maintenir dans un état de passivité juridique par le corset d'une loi, et ne pas leur donner la possibilité de se défendre eux-mêmes donc d'améliorer leurs capacités personnelles de négocier ?

Or, pour négocier, il faut lâcher ceci pour obtenir cela. C'est ce que ne comprend jamais le fonctionnaire habitué à imposer la loi.

Voici par exemple une clause qui prévoit que le locataire prend les locaux en l'état sans exiger aucune réparation. Une telle stipulation peut être souhaitée par le preneur à bail bricoleur, qui veut obtenir une réduction du loyer en contrepartie, et par le propriétaire, qui désire louer les lieux immédiatement en mauvais état parce qu'il manque d'argent pour faire effectuer les travaux et préfère en confier le soin au preneur. Mais si la loi donne au locataire le droit d'exiger du propriétaire les travaux et interdit de telles clauses, la négociation devient impossible.

Si tout est interdit, plus rien n'est négociable.

Prenons le cas d'une clause obligeant le locataire à souscrire son assurance auprès d'une compagnie choisie par le bailleur. Pourquoi l'interdire a priori ? D'abord, si le preneur tient vraiment à l'éviter, il pourra en négocier la suppression ou la modification contre l'attribution d'un autre avantage au bailleur. Mais peut-être la compagnie d'assurances en question est-elle très satisfaisante et consent-elle des réductions de prime parce qu'elle assure tous les appartements de l'immeuble. Ne vaut-il pas mieux n'intervenir que si la compagnie ne donne pas satisfaction au locataire, ce qui révèle alors le caractère abusif de la clause ? De même, interdire la clause de prélèvement automatique est inutile quand on sait que le preneur peut à tout moment et évidemment en cas de litige, révoquer son ordre de paiement, tout comme on devrait admettre la résiliation de plein droit et l'autorisation de diminuer

les prestations sans compensation, dont il suffirait de soumettre l'appréciation au juge.

Pourquoi empêcher les parties au contrat de s'éloigner des sentiers battus en ce qui concerne la sous-location (pour la permettre moyennant un supplément du loyer ou un paiement direct au propriétaire par le sous-locataire), le renouvellement et surtout la durée ?

Imaginons un propriétaire qui se trouve à deux ans de la retraite et qui veut louer pendant ces deux années l'appartement qu'il possède à la campagne. Au lieu de dire clairement qu'il n'entend louer que pour cette période, ce que la loi ne lui permet pas, il va dissimuler son intention et conclure un bail de trois ans comme cela est exigé. Au moment de son départ en retraite, il invoquera son droit de reprise pour se loger à l'encontre d'un locataire qui ne se sera pas préparé à cette situation nouvelle.

Prenons maintenant le cas inverse : celui du locataire qui ne veut pas rester longtemps, par exemple un universitaire qui cherche un studio pour l'habiter pendant les neuf mois de l'année universitaire et veut éviter un meublé, solution trop onéreuse.

La loi Quilliot et son héritière de 1989 disent 3 ans. Ce sera donc 3 ans ! Notre universitaire conclut un bail d'une telle durée auquel il mettra fin dès l'expiration de la première année comme la loi le permet. Pour pouvoir obtenir l'affaire et éviter toute difficulté, il se gardera bien de préciser que ses besoins (ce qui est en fait la seule chose qui devrait compter) se limitent en réalité à neuf mois. Là aussi l'autre partie aura été bernée !

Si la loi n'existait pas, que se serait-il passé ?

Dans le premier exemple le bailleur spécifierait qu'il ne loue que pour deux ans, les preneurs qui chercheraient une location de plus longue durée ne se présenteraient pas et l'appartement serait pris par celui auquel convient cette durée. Tout le monde y trouverait son compte dans un climat dépourvu de toute ambiguïté. Dans le deuxième cas, le locataire choisirait naturellement les offres de

location d'une durée de neuf à douze mois, que la loi l'empêche aujourd'hui de trouver pour deux raisons : d'une part, elle la rend impossible, et de l'autre, peu de gens se pressent de louer leur chambre de service. Ils craignent en effet de ne plus pouvoir les récupérer et sont découragés par la complexité des formalités imposées pour un acte qui dans leur esprit doit rester simple et sans trop de conséquences.

2. La loi aggrave l'insécurité de l'avenir des locataires.

La loi Quilliot voulait rassurer les locataires. Elle a atteint le but inverse, exactement comme les régimes communistes qui voulaient améliorer le sort des ouvriers mais ne leur ont donné que la misère.

Car le marché punit inéluctablement ceux qui veulent prendre sa place. Les locataires de 1982 ont reçu des avantages qu'ils n'avaient pas payés. Quelques mois plus tard le marché leur a réclamé, et au delà, ce que le pouvoir en place avait prétendu leur offrir gratuitement : longues files d'attente devant les appartements à louer, raréfaction des offres de logement, crise de la construction, alourdissement de la bureaucratie et des prises de garanties exigées des locataires, immobilisation de fonds subis par ceux-ci, difficultés pour les plus pauvres, multiplication des intermédiaires, dessous de table, pas-de-porte pour les sortants, prime à la mauvaise foi.

Le bilan est concluant.

De fait cette loi, abrogée en 1986³, n'a pas été rétablie en 1988 dans ses dispositions bloquant le prix des loyers lorsque les socialistes sont revenus au pouvoir. Sans doute se sont-ils enfin aperçus qu'elle avait fait du dégât. Malgré tout, fidèles à leur nature, ils n'ont pu s'empêcher de maintenir toutes leurs interdictions.

Le législateur s'est en effet épuisé à faire la liste de tout ce qui est prohibé. Mais les choses ne se sont pas passées

comme il l'avait prévu, car elles ne se passent jamais comme on le prévoit. En outre c'est une tâche infinie que d'imaginer toutes les clauses léonines que les bailleurs pourraient s'ingénier à glisser dans le contrat. Plus la loi entre dans le détail des conventions, se fait précise et contraignante, plus elle limite sa portée tout en paralysant inutilement les transactions. Par exemple, le prélèvement automatique est proscrit pour payer le loyer mais autorisé pour les charges, de sorte qu'une clause le prévoyant pour ces dernières resterait valable.

Les lois constructivistes sont fondées sur ce postulat des politiques que la fin d'un contrat est toujours une calamité à éviter. Si ce peut être le cas dans une société fermée et archaïque, c'est inexact dans une société ouverte et moderne. Lorsque le propriétaire de l'appartement dans lequel je vivais m'a donné congé à l'issue du bail, j'ai été sur le moment fort ennuyé et irrité. Mais finalement cela m'a donné le désir de ne plus me retrouver dans cette situation et donc d'acheter. Après nous être un peu endettés auprès de banques, ma femme et moi avons acheté un appartement au moment où les prix stagnaient. En quatre ans, il avait doublé de valeur. Ce fut une excellente décision.

Je donne cet exemple personnel pour montrer que le désagrément causé par la résiliation d'un contrat est souvent l'occasion de réfléchir, de s'adapter, d'innover, bref de progresser. Nous ne sommes plus des misérables à la Victor Hugo, livrés au marchand de sommeil et c'est une vue singulièrement réductrice que de croire tous les locataires dans cette situation.

B) La législation sociale

Les salariés sont plus nombreux que les employeurs. Le pouvoir politique va donc faire le même calcul pour eux que pour les locataires. Le but de la réglementation mise

en place va être dirigé, comme l'écrit Hayek, "vers des fins particulières et au profit de certains groupes". Et il précise très justement :

"Les efforts en ce sens, inspirés par le fantasme flou de la 'justice sociale', ont eu pour résultat de transformer progressivement les règles de conduite indépendantes des fins poursuivies en des règles d'organisation au service d'objectifs imposés. Cette poursuite de la 'justice sociale' a forcément conduit les gouvernements à traiter le citoyen et ses biens comme des instruments de l'administration, avec pour objectif d'atteindre des résultats définis pour des groupes définis. Lorsque le but de la législation est d'assurer des salaires plus élevés à des groupes particuliers de travailleurs, ou des revenus plus élevés aux petits agriculteurs, ou de meilleurs logements pour le citoyen pauvre, ce n'est pas un effet que l'on pourrait obtenir en améliorant les règles générales de conduite."⁴

Le Code du Travail comporte de multiples atteintes aux libertés et constitutions de privilèges.

Un exemple symptomatique peut être trouvé dans l'article L 122.12 qui dispose que, s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel. Nos tribunaux interprétaient très largement ce texte, jusqu'à une jurisprudence très récente qui a marqué un incertain coup d'arrêt à ces abus.

Il faut, pour bien comprendre, décrire un cas qui s'est réellement passé. Une école confie à une société ses services de cantine. Mécontente de la prestation, elle y met fin et choisit une autre entreprise pour assurer la restauration. En vertu de l'article L 122.12, celle-ci sera obligée d'employer les serveuses (dont l'école, précisément, se plaignait) de la précédente entreprise pour maintenir celles-ci à leur poste, et ceci même si l'activité est différente : la fourniture des plats pré-cuisinés à l'avance et non plus cuisinés sur place, même si l'école change de

destination : grandes classes au lieu de petites classes. L'école devient ainsi la cliente captive de salariés qui ne la satisfont pas.

Que penser de l'application de cette loi ? Tout d'abord elle fausse le jeu de la concurrence en empêchant celle-ci de jouer normalement, puisque le candidat qui offre ses services n'est pas libre de choisir ses salariés et donc de déterminer la qualité et le prix de ses produits. S'il réussit à emporter le marché parce qu'il est jugé le meilleur, il peut se voir obligé de reprendre des contrats auxquels il n'est pas partie et qui lui sont logiquement inopposables. Ses structures peuvent se trouver de ce fait perturbées et ses charges fortement alourdies.

Ensuite, il me semble regrettable que perdre un marché s'accompagne nécessairement de la perte des salariés qui ont été employés pour exécuter ce marché. Peut-être ceux-ci sont-ils très compétents. Peut-être leur employeur a-t-il consacré beaucoup de temps à les former et à leur transmettre des techniques de savoir-faire qu'il ne tient pas à voir divulguées à ses concurrents. Est-il sain d'encourager de tels transferts d'information ? Si, au contraire, les employés concernés ne donnent pas satisfaction, le résultat est également fâcheux. Celui qui a perdu le marché pourra être tenté de se débarrasser de cette partie de son personnel en la transférant à son successeur et en faisant ainsi l'économie d'un licenciement. Dans bien des cas, c'est l'entreprise utilisatrice qui fera les frais de l'opération. Car si elle résilie, c'est souvent parce qu'elle n'est pas satisfaite du personnel. Dans ce cas, sa résiliation ne lui servira à rien puisqu'elle se retrouvera certes avec un nouveau prestataire, mais toujours avec les mêmes employés. Dans d'autres cas, l'entreprise utilisatrice met fin à la prestation de service parce qu'elle entend assurer elle-même avec son propre personnel sa restauration, son gardiennage, son nettoyage par exemple. Que va-t-elle faire alors des employés affectés à cette tâche par le prestataire de services et dont elle est forcée de maintenir l'emploi ?

Devra-t-elle payer deux personnes en salaires, charges sociales et taxes pour effectuer le même travail ? Tout cela n'est-il pas absurde ?

Le seul bénéficiaire de l'article L 122-12 serait-il le salarié maintenu dans la nouvelle entreprise ? Pas nécessairement car celui-ci peut ne pas souhaiter s'engager avec un nouvel employeur qu'il n'a pas choisi, dans une nouvelle entreprise dont il n'a pas l'habitude, qui ne lui convient peut-être pas, qui ne le connaît pas et peut se trouver plus tenté de le licencier à la suite de cet emploi forcé. Il pourrait préférer rester employé par la même entreprise sans que son statut ne soit modifié quitte à être affecté à un autre client.

Mais c'est surtout en matière de *licenciement* que le contrat de travail n'a plus aucun sens : l'employeur ne peut plus aujourd'hui mettre fin comme il veut à un contrat de travail alors que l'employé le peut. L'article 1780 du Code Civil a été écarté en cette matière depuis que le Code du Travail s'est progressivement élaboré à la suite des apports, notamment des lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975. Le premier de ces textes a exigé que le licenciement fût désormais motivé par une "cause suffisante" pour être valable. Avant, l'employeur, traité de la même façon que l'employé qui démissionne, pouvait donner congé sans invoquer de motif précis, sans avoir à se justifier puisqu'il exerçait un droit et n'était responsable que si l'employé prouvait qu'il avait commis une faute en abusant de ce droit ou en l'utilisant de façon vexatoire. Le contrat prenait fin sans dramatisation par la volonté d'une des parties comme cela avait été convenu à l'origine. Depuis 1973, c'est à l'employeur d'établir la raison de la rupture : il n'exerce plus un droit, il doit sanctionner une faute.

Commencèrent alors des procès qui étaient pour chaque partie de sinistres parodies de divorce destinées à justifier pour l'une ou à nier pour l'autre la faute justificative du licenciement, alors qu'en réalité les partenaires ne

voulaient tout simplement plus travailler ensemble, qu'il y ait eu ou non faute de qui que ce soit. Mais puisqu'il fallait trouver des péchés, on en trouva, transformant sans pudeur les prétoires en vastes confessionnaux publics : ainsi l'employé licencié se voyait reprocher un manque de ponctualité ou de productivité, une insuffisance des résultats, une inaptitude physique. Les juges ont été jusqu'à admettre ce que j'appelle les licenciements pour cause psychologique : la perte de confiance réciproque, la discordance d'appréciation, le désaccord sur la méthode entre un cadre et son entreprise, l'animosité d'un salarié envers ses subordonnés ou l'antagonisme profond opposant un employé à ses collègues. Nous sommes là pourtant bien loin de la faute.

On le voit, la jurisprudence essaie de tourner une loi anormale en modifiant comme elle le peut le concept-prétexte de "faute". Elle n'existerait pas si les lois de 1973 et 1975 n'étaient pas venues violer la liberté contractuelle.

Les employés ont-ils tiré profit de ces statuts protecteurs ?

Certes, pouvoir se maintenir dans la place contre la volonté de l'employeur grâce au privilège octroyé par une majorité politique paraît bien confortable. C'est toujours la même histoire : quand le politique donne à l'un un avantage indu qu'il a réclamé à cor et à cri, c'est qu'il l'a pris aux autres parce que ceux-ci sont restés silencieux devant ce vol.

Quand un chantier de construction naval reçoit une subvention, c'est qu'on l'a prélevée sur la masse inorganisée des contribuables, prélèvement indolore car réparti sur une grande quantité d'individus. Bastiat décrit bien cette iniquité :

"Il n'entre rien au trésor public, en faveur d'un citoyen ou d'une classe, que ce que les autres citoyens et les autres classes ont été forcés d'y mettre... la Loi... ne peut faire que de deux choses l'une : ou laisser s'opérer librement... ou bien forcer... les volontés et prendre aux uns de quoi payer... les autres."

Mais il y a un deuxième dommage à procéder de la sorte, un dommage dont on parle peu parce que la victime ne s'en rend même pas compte. C'est le préjudice causé au "bénéficiaire" supposé de la protection. Celui qui profite d'un privilège croit qu'il est gagnant et ne se rend pas compte de ce qu'il perd. L'assisté à qui l'on verse sa pension ne se rend pas compte qu'on l'enfoncé dans la pauvreté et la dépendance⁵ comme le drogué à qui l'on donne sa drogue, sa potion, son alcool, qui font de lui un esclave.

Ici l'employé protégé ne s'est pas aperçu qu'on lui avait édifié une citadelle dont il était devenu le prisonnier. S'il veut quitter son emploi pour en prendre un autre il aura du mal car à chaque fois qu'il devient difficile de sortir d'un contrat, il devient dans cette mesure même plus difficile d'entrer dans une autre convention.

En résumé *le blocage artificiel créé par la loi pour sortir d'un contrat de travail se traduit tôt ou tard par un blocage naturel à l'entrée.*

C'est la réponse du marché, la réponse de la loi invisible à la loi visible.

Ce qui veut dire que le Code du Travail constitue désormais un frein considérable à l'embauche.

Pour illustrer ce phénomène prenons la *loi sur le SMIC*. Elle est présentée comme une conquête sociale arrachée aux "riches" au profit des "pauvres" (le rapport de décembre 1991 de l'OCDE sur la France le prétend aussi).

Il y a longtemps que nous sommes quelques-uns à soutenir contre toutes les idées dominantes que c'est exactement l'inverse⁶ : le SMIC sert à protéger les salariés organisés à revenu moyen ou élevé en éliminant la concurrence des plus pauvres et des moins capables et en leur fermant le marché. C'est l'oppression des pauvres par des riches au moyen d'un monopole imposé par la loi.

Voici par exemple une jeune fille peu instruite, sans diplôme ni compétence particulière, venant d'un milieu modeste, qui souhaite apprendre le métier de garde-

malade ou de puéricultrice. Elle n'en a pas le niveau mais serait disposée à travailler pour un salaire de quatre mille cinq cents francs par mois avec les charges sociales, de façon à s'améliorer quitte à trouver après cette expérience enrichissante un emploi mieux rémunéré. Le SMIC empêche cela et oblige à n'engager que pour un minimum de sept mille francs par mois avec les charges sociales, niveau auquel l'employeur trouve des gens plus compétents. Ainsi, à cause d'une loi, cette personne ne trouvera pas d'emploi. N'aurait-il pas été préférable, surtout en cette période de chômage chronique, qu'elle fût employée à quatre mille cinq cents francs au lieu de ne pouvoir l'être à sept mille francs ? C'est la vieille plaisanterie du marché kolkhosien : "C'est vrai que mes carottes, je les vends cinq roubles alors qu'au magasin d'Etat elles sont à trente kopeks. Seulement la différence, c'est qu'au magasin d'Etat, il n'y en a pas !"

Le SMIC n'est pas le seul cadeau empoisonné donné aux travailleurs. La loi française en contient de multiples autres, par exemple *l'interdiction de travailler le dimanche ou la nuit*. Mais les protégés commencent à se révolter contre leur protecteur.

Souvenons-nous des réclamations et pétitions de Virgin Megastore il y a un an. Patrons, employés, consommateurs, tout le monde était d'accord pour l'ouverture le dimanche. Mais les mafias syndicales n'en voulaient pas. Il a fallu s'incliner devant ces nouveaux féodaux.

Heureusement le Traité de Rome est là et de temps en temps il vient nous libérer de ces carcans. C'est ainsi que l'entreprise Stoeckel, poursuivie pour avoir fait travailler de nuit 77 de ses employées dans son usine de conditionnement de cassettes, a utilisé l'arme du droit communautaire. Encore une fois tout le monde était d'accord. Les ouvrières voulaient à la fois éviter des licenciements économiques qui risquaient de se produire, et gagner plus d'argent. Mais le code du travail interdit le travail de nuit féminin depuis 1892. Au nom de "l'égalité de traitement

entre hommes et femmes⁷”, la Cour de justice de la CEE a, dans un arrêt du 25 juillet 1991, jugé ceci : “le souci de protection qui a inspiré à l’origine l’interdiction de principe du travail de nuit féminin n’apparaît plus fondé.” De fait cette interdiction était une fois de plus une fermeture qui violait le Droit des femmes.

La raison de ce *retournement de la loi contre ses protégés* peut être élucidée.

Au fur et à mesure que nous sortons de l’ère des masses, les travaux deviennent de plus en plus diversifiés. Il y a de moins en moins un geste unique à faire, toujours le même, par une masse indifférenciée d’hommes et de plus en plus des gestes variés supposant une incorporation croissante de matière grise. Le contrat de travail concerne la rémunération de ces travaux donc leur valeur, leur utilité.

Laisser le contrat prendre fin par la volonté de l’une des parties revient à permettre à chacune d’entre elle d’apprécier la valeur des services rendus : si l’employé estime qu’ils valent plus, il les proposera à un autre employeur ou obtiendra une amélioration de son contrat (ce qu’on appelle en droit une “novation”) ; si l’employeur considère qu’ils ne sont plus nécessaires ou valent moins que par le passé, il engagera un autre salarié.

Chaque partie est ainsi stimulée à améliorer la qualité de ses prestations du fait de la concurrence. Ce ne sont pas les lois sociales ou les syndicats mais la concurrence entre employeurs, l’existence d’autres employeurs susceptibles de mieux rémunérer le service qui assure aujourd’hui à l’employé le bien-être matériel.

De même, ce qui a donné à l’employeur une main-d’œuvre de plus en plus efficace, c’est la concurrence entre employés, c’est l’existence d’autres employés susceptibles de mieux faire.

La pratique de ces vertus ont donné aux occidentaux les clefs de la prospérité. Elle se trouve exprimée par l’article 1780 du Code Civil : “Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la

volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts."

Ce texte a sorti définitivement les travailleurs du servage ou de la corporation. Ils n'étaient plus désormais rivés à une terre, un seigneur ou un métier. Ils pouvaient changer, ils pouvaient choisir. Cette libération a eu pour conséquence une amélioration profonde du niveau de vie des gens et la disparition de la faim en Europe et Amérique du Nord.

Les travailleurs perçoivent aujourd'hui des salaires beaucoup plus élevés, leur assurant un pouvoir d'achat beaucoup plus étendu alors qu'ils travaillent moins longtemps dans des conditions d'hygiène et de sécurité bien meilleures, dans un environnement moins dur et avec des avantages sociaux substantiels tels que retraite, assurance-maladie, congés, etc., qui n'avaient auparavant jamais existé.

Or, la législation sociale vient perturber ce mécanisme invisible.

En empêchant la fin d'un contrat ou en la rendant plus difficile, elle met *dans la tête des partenaires des idées malfaisantes* : la concurrence pourrait ne plus jouer, le marché pourrait être tenu par des ententes, le contrat pourrait être écrit par d'autres (des syndicats par exemple ?) que ceux qui le signent. Est-il alors nécessaire d'être efficace, rapide, organisé, consciencieux et perfectionniste ?

Si cela n'est plus nécessaire parce que la loi maintient de force en place des gens qui n'ont pas cet état d'esprit, donne un statut privilégié aux délégués syndicaux, impose un recrutement exclusivement par un syndicat, favorise le laxisme, la mesquinerie et les comptes d'apothicaire, intervient sur les horaires, empêche l'un de déborder sur le travail de l'autre et réciproquement, fixe des grilles de rémunération qu'elle nivelle, emprisonne les gens dans un statut, on entre alors dans un autre univers

mental : celui du calcul, de l'intrigue, de la dissimulation, de la bureaucratie, puis de la pénurie et du rationnement et à long terme de la servitude.

Une sorte de chemin inverse à celui suivi vers la liberté par Moïse et son peuple. Au bout, nous attend le goulag. Car ces lois funestes ont des effets désastreux et servent de prétexte à de nouvelles lois plus funestes encore.

C. Les lois instituant les monopoles

On a beaucoup écrit sur la protection légale du monopole pour en dénoncer les effets nocifs.

Plus ponctuellement il s'agit ici, fidèle à la méthode suivie au long de ce chapitre, de rechercher si les privilèges qui exercent le monopole en tirent réellement un profit.

Je prendrai un cas typique : celui de la loi de 1947, votée sous un gouvernement de gauche, qui réserve aux dockers la manutention des marchandises à charger ou à décharger dans les ports.

Les communistes ont à l'époque bien verrouillé leur affaire : seuls les dockers ont le droit de faire ce travail et pour être docker, il faut être membre de la CGT ; la carte professionnelle suppose celle de ce syndicat, ce qui permet au parti communiste de placer ses hommes et de recruter en distribuant les cartes nécessaires pour avoir accès à la profession. La situation est similaire dans l'imprimerie.

La loi de 1947 a ainsi fermé le métier de docker à la concurrence et étendu la chape de plomb d'un parti totalitaire à toute une corporation.

Mais rien n'est jamais acquis, contrairement à ce que soutiennent les partisans des "acquis sociaux". Comme le proclame l'Annoncier du *Soulier de Satin*, "le pire n'est pas toujours sûr". Voyons donc ce qu'il en fut.

Faute de concurrence, les dockers ont pu imposer aux entreprises de manutention des tarifs prohibitifs. Le coût de leurs opérations a monté considérablement.

Entre-temps, le commerce du pétrole s'est substitué au charbon et généralisé, et des terminaux portuaires, loin des ports, sont apparus pour pomper ces produits liquides sans qu'il fût besoin de recourir aux dockers. Cette perte de trafic les poussa à encore augmenter leur prix.

Les méthodes ont changé mais les dockers n'ont pas changé les leurs : les primes d'humidité ou de salissure qu'ils touchaient pour décharger à dos d'homme des sacs mouillés n'ont pas disparu alors que les sacs se manutentionnent maintenant par palettes pré-élinguées et bennes automatiques qui éliminent tout contact humide ou malpropre.

Les victimes de cette mafia ont assez vite jugé excessives ces pratiques et les ont comparées à ce qui se passait dans d'autres pays de la CEE. Les importateurs comme les exportateurs ont fait leurs comptes et se sont aperçus que s'ils faisaient manutentionner leurs marchandises dans des ports étrangers où la réglementation était plus souple, même en y ajoutant un transport terrestre plus long pour y parvenir, cela leur coûtait moins cher.

C'est pourquoi les ports où transitent le plus grand nombre de marchandises au départ ou à destination de la France ne sont pas Marseille ou Le Havre mais Rotterdam ou Anvers.

Les victimes ne sont plus les usagers des ports français mais les ports eux-mêmes. Ces derniers, devant cette diminution progressive du trafic, se sont inquiétés. Pour inviter leurs clients à rester chez eux ils ont commencé à concéder les quais, à les donner en location, à les privatiser sous conditions.

Pourquoi ces fonctionnaires peu suspects d'idolâtrie envers les remèdes capitalistes y ont-ils eu recours ? Il y a plusieurs raisons mais l'une d'entre elles, essentielle, était d'éviter la loi de 1947. Comme le monopole des dockers ne s'appliquait qu'à la zone "publique", il suffisait de sortir plusieurs quais publics de cette zone pour en donner l'usage privatif. Les usagers, retrouvant la liberté de choi-

sir telle ou telle main-d'œuvre ou d'utiliser parfois leur propre personnel pour charger ou décharger les navires, retrouvaient un motif de travailler dans un port français.

Mais cela ne fit évidemment pas l'affaire des dockers. Fidèles à leur politique d'obstruction et de coup de force, ils entreprirent d'occuper les quais privés et d'empêcher les autres d'y travailler. Ce fut le cas notamment à Bayonne.

Il y eut procès. J'eus à en traiter certains. Le crime de lèse-majesté fut commis : on avait osé assigner les syndicats CGT de cette profession qui croyait pouvoir agresser autrui en toute impunité ! Les pavillons des navires qui travaillaient à des quais soustraits à la zone publique furent mis à l'index. Mais les tribunaux ne se laissèrent pas impressionner et condamnèrent ces violations de propriété, ces atteintes à la liberté du travail, ces actes de violence.

Le drame pour ces gens est que plus ils agressaient, plus ils protestaient, plus ils faisaient grève, plus ils persuadaient leurs clients potentiels de se dispenser de leurs services.

Les années ont passé, le trafic a inexorablement diminué, sauf quelques rares exceptions, la zone publique s'est encore réduite et le nombre des dockers a baissé fortement.

On voit ainsi le piège se refermer sur ceux qui l'avaient conçu, exactement comme la lente mort du communisme à l'Est. Là encore ils s'étaient constitués une belle citadelle mais à l'intérieur il n'y avait presque plus de moutons à tondre.

Après plus de quarante ans de pratique monopolistique, il apparaît enfin que les dernières victimes de la loi de 1947 sont les dockers eux-mêmes qui ont cru pouvoir se passer d'affronter la concurrence. L'abrogation de cette loi sera sans doute pour eux une libération et une amélioration.

Un pas décisif a été franchi dans cette voie le 10

décembre 1991 lorsque s'est prononcée la Cour de Luxembourg, consultée par une juridiction italienne en question préjudicielle, sur le point de savoir si le monopole italien était contraire au Traité de Rome. L'Italie connaît un système comparable au nôtre, à ceci près qu'au monopole des dockers s'ajoute un monopole de l'entreprise de manutention offrant ses services aux navires. Cette pratique n'a pas été en soit condamnée puisque les juges communautaires ont pris soin de rappeler que le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs n'était pas incompatible avec le Traité. Mais ils ont aussitôt constaté que le monopole entraînait ici soit l'augmentation des tarifs, soit l'exigence de payer des services non demandés soit le refus de recourir à la technologie moderne, avec pour conséquence inévitable une augmentation générale des prix, un allongement des délais et des faveurs discriminatoires accordées à tel ou tel. La Cour relève que les opérations de manutention auraient coûté moins cher si elles avaient été effectuées par le navire avec ses propres moyens et son personnel de bord. Elles auraient de ce fait moins pesé sur le prix des marchandises. Elle déclare ainsi contraire au Traité de Rome la pratique suivie à Gênes. Espérons que ce qui a été jugé pour Gênes le sera aussi un jour pour Marseille ou Le Havre.

La toute récente loi qui vient d'être votée va également dans ce sens. Malheureusement, tous les monopoles n'ont pas été supprimés (ils sont maintenus dans certains ports lorsque le nombre de dockers est faible) et on a remplacé une pratique condamnable par une subvention déguisée puisque grâce à la mensualisation, on continue de payer des parasites à ne rien faire.

D. Les lois instaurant des délits d'opinion

Plusieurs actes législatifs ont été promulgués pour ériger en délits l'expression de certaines opinions racistes, antisémites, xénophobes ou discriminatoires. Le plus

récent est la proposition émanant du député communiste Gaysot, adoptée par la majorité socialiste. Ce texte prend le prétexte des thèses dites "révisionnistes" de quelques hurluberlus qui nient l'existence des chambres à gaz des camps de concentration nazis et, à partir de cette extravagance puissamment montée en épingle, prononce des interdictions et altère la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Il est désormais interdit de contester publiquement l'existence des crimes retenus par le tribunal militaire de Nuremberg.

On pourrait ainsi, dans la même perspective, décider par décret qu'il est interdit d'être stupide ou d'être méchant. Le danger de telles réglementations est qu'elles portent atteinte à la liberté de penser et qu'elles sont de ce fait totalitaires.

Où commence le racisme ? Est-ce l'expression publique d'une conception générale distinguant les personnes en attribuant leur caractère et leur comportement à leur origine ethnique ? ou un jugement confidentiel sur la façon de vivre de tel ou tel voisin qui serait lié à son appartenance à tel groupe racial ?

Faudra-t-il, pour le traquer, entrer dans les chaumières, voire les alcôves, et y placer des micros ?

Un club d'une paroisse catholique réservé aux seuls membres de cette religion fait-il de la discrimination ?

L'exclusion d'un membre d'une association confessionnelle est-elle une forme de racisme ?

Derrière tout cela se profile en fait un danger plus grave encore : celui du tabou. Ce qui va de soi n'a pas besoin de s'énoncer sous forme de règle. En interdisant aux Français d'exprimer des opinions fausses, cette loi fait courir le risque de donner à ces opinions fausses une importance qu'elles n'avaient jamais eue jusque là, car elle peut provoquer un abcès de fixation. En proclamant ce qu'il faut penser, elle révèle le manque de confiance qu'elle nourrit à l'égard de l'individu. Une fois de plus l'effet inverse risque d'être atteint.

E. Liberté de donner et avortement

Le législateur est également intervenu dans le droit de la famille.

Dans ce domaine aussi, le divorce entre justes principes et exigences du marché politique paraît consommé. La justice conduirait en effet à laisser les individus libres de choisir leurs héritiers ou légataires, de donner à celui-ci plutôt qu'à celui-là, de déshériter tel ou tel fils jugé, à tort ou à raison, incapable de poursuivre l'entreprise familiale pour tout léguer à tel ou tel collaborateur jugé, encore une fois à tort ou à raison, plus méritant et plus efficace. Au nom de la préservation du patrimoine dans les familles, la loi s'y oppose par la réserve héréditaire. Est-ce la meilleure façon d'assurer cette conservation quand on sait que bien souvent il faut vendre et disperser ce patrimoine pour le partager entre les prétendants ? En réalité ce n'est pas l'unité du patrimoine qui est ainsi protégée, car la réserve serait alors doublée d'un droit d'aînesse canalisant la succession sur une seule personne, mais une fois de plus des intérêts électoraux. En effet les fils, filles, parents, conjoint survivant, etc. sont par définition plus nombreux que le propriétaire du patrimoine à transmettre. L'intérêt du politique est donc de les privilégier en leur garantissant l'attribution de la succession même contre la volonté du donateur. On le voit, c'est toujours la même histoire : ici la liberté de tester a été supprimée pour se ménager les faveurs de certains électeurs jugés majoritaires. La justice n'a rien à voir dans cette affaire.

La législation en matière d'avortement est encore plus symptomatique : les femmes votent, pas les enfants qui sont encore dans leur ventre. On peut donc sacrifier ces derniers. Là non plus, la recherche du juste n'a aucune importance. Là encore, les bénéficiaires de cette protection légale croient sur le moment en tirer un avantage et puis, quand avec l'âge le jour des bilans arrive, vient aussi le temps des regrets : regret d'avoir eu peur du "qu'en

dira-t-on ?”, de n’avoir pas eu confiance en l’avenir, de n’avoir pas fait passer ses sentiments avant ses convenances, d’avoir manqué l’occasion de donner et d’aimer. Mais il est trop tard.

F. La protection des consommateurs

La liste des inanités et aberrations produites dans ce domaine par ces nouveaux sorciers que sont les producteurs de lois est loin d’être close à ce jour. Donnons-en un exemple particulièrement symptomatique. Des lois du 22 décembre 1972, du 7 juin 1977 et du 23 juin 1989, supposées protéger les consommateurs contre les démarcheurs et vendeurs à domicile, ont prévu non seulement une faculté de repentir pour l’acheteur (qui peut grâce à elle revenir sur son engagement et annuler le contrat sans indemnité) mais encore un délai de réflexion de 7 jours pendant lequel il a le droit de renoncer à la commande. Il faut donc qu’il y ait sept jours entre la commande et la formation du contrat, la loi l’exige. Cependant dans la plupart des cas l’acheteur n’a que faire de la protection que nos savants légistes entendent lui imposer. Il veut son poste de télévision tout de suite. Il estime qu’il n’est nul besoin d’attendre, que l’obliger à réfléchir sur un acte aussi simple est une insulte à son intelligence. Il est pourtant si demeuré aux yeux des politiques et de leurs charlatanesques serviteurs qu’il n’a même pas le droit d’abandonner son droit de réflexion. Que se passe-t-il alors ? Le consommateur signe une commande antidatée de 7 jours et emporte son appareil. La loi, inutile et gênante, a été tournée mais il a fallu mentir : mettre une fausse date sur des papiers qui ne servent à rien, voilà le résultat concret de l’action législative ! Assurément, un grand progrès de la civilisation.

G. La loi Neiertz

On ne pouvait terminer ce répertoire des abjections juridiques découlant du marché politique sans mentionner l'un de ses plus beaux fleurons : la loi Neiertz relative à l'endettement des ménages, qui permet aux cigales, aux dépensiers, aux imprévoyants et aux irresponsables et même à ceux qui ne le sont pas, de suspendre leurs remboursements de prêt et de se défaire de leurs engagements temporairement, voire plus durablement.

Pour ceux qui doutaient encore du mépris des socialistes pour le Droit, de leur volonté permanente d'utiliser la loi pour distribuer faveurs et rentes à d'éventuels électeurs, de leur manifeste répugnance à punir le mal, de leur profonde indifférence à stimuler voire respecter le bien, bref de leur cynisme grossier et intéressé, la loi Neiertz devrait achever de les convaincre. Ce texte s'en prend à l'un des fondements de la civilisation : le respect de la parole donnée. En autorisant les débiteurs à échapper de plein droit à leurs obligations, il sape les mécanismes psychologiques de confiance mutuelle sur lesquels reposent les contrats et entreprend un patient travail de dépeçage de la sécurité des transactions.

Où, la cause est entendue, la bande qui nous gouverne est animée, parfois consciemment parfois inconsciemment, de conceptions et de réflexes pervers qui ont et continueront d'avoir des effets dévastateurs tant qu'ils persisteront à œuvrer.

Malheureusement, de l'autre côté, on n'entend que très peu de voix pour s'élever contre cette corruption du droit. L'opposition n'a pas à ce jour mis au programme l'abrogation des lois Neiertz, Scrivener, Gayssot et autres textes de circonstance destinés à plaire à celui-ci, à protéger celui-là, à privilégier l'un plutôt que l'autre. Pourtant ce n'est pas l'esprit de résistance qui manque. Il a déjà fait ses preuves.

H. La résistance à la loi

Les exemples analysés jusqu'à présent démontrent les errements de la loi votée, promulguée et en vigueur par rapport aux buts qu'elle s'était fixée. C'est ainsi par sa nature propre qu'elle échoue.

Il existe aussi des cas où la loi est défaite par une action extérieure de résistance à celle-ci. Il s'agit là de phénomènes relativement nouveaux mais qui méritent que l'on s'y attache, car ils sont révélateurs de la défaveur dans laquelle est aujourd'hui tombée la législation et de l'impuissance des gouvernements démocratiques face à ces refus.

On pense évidemment au *projet de loi Savary de 1984* qui voulait nationaliser l'enseignement libre et imposer à des familles contre leur gré un service "public laïc" unifié. Comme d'habitude, l'idée qui sous-tendait ce projet, plusieurs fois modifié, était de supprimer la concurrence, donc la comparaison, pour pouvoir appliquer partout un programme unique, une pédagogie identique, un enseignement uniforme et réprimer toute forme de diversité. Cette démarche jacobine est classique chez les socialistes.

Mais cette fois-ci, au lieu de subir le diktat du prince, ses sujets l'ont pacifiquement rejeté. On se souvient du succès de l'immense manifestation du 24 juin 1984. Ce rassemblement ne s'est accompagné d'aucun geste de violence : il est resté paisible, ce qui en soulignait le caractère serein et sûr, et le distinguait des traditionnelles manifestations de la gauche, toujours promptes à dégénérer hors de la loi par les bandes de casseurs et de voyous qui en terminent les cortèges.

En 1984, le gouvernement a dû reculer. A l'inverse il a dû reculer aussi trois ans plus tard lorsque le *projet de loi Devaquet* a été présenté. Il ne s'agissait pourtant pas tout à fait d'un projet jacobin puisqu'il était nourri d'une inspiration différente et contenait de bonnes dispositions libératrices. Ceux qui s'y opposaient étaient loin d'être les foules

nombreuses et paisibles de 1984, mais de petites hordes très jeunes, violentes et manipulées. Cependant, la méthode était toujours d'assener d'en haut des règles aux sujets. En 1984, c'était pour les asservir ; en 1987, pour les libérer, mais la technique était la même. On voit qu'elle est usée et inadaptée à notre époque.

Plus récemment, on se souvient des émeutes survenues à l'île de la Réunion. Ce déchaînement de fureur et d'exactions fut déclenché par la fermeture d'une radio libre que la loi n'avait pas autorisée à émettre. Ce média, tenu par l'extrême gauche réunionnaise, était écouté et apprécié pour sa couleur locale. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en avait décidé autrement, mais les auditeurs ne l'ont pas supporté, ce qui montre que même du côté des jacobins les plus obtus on est sensible à la dictature de la loi et l'on y résiste.

Ces phénomènes de rejet ont parfois pris une tournure plus juridique. Lorsqu'en 1982 le *projet de loi Auroux* avait été voté au Parlement, il fut déféré par l'opposition au Conseil Constitutionnel. Il comportait notamment un article 8 qui créait une immunité au profit des syndicats pour les conséquences des actes dommageables causés par eux lors des conflits de travail.

Par son arrêt du 22 octobre 1982, la haute juridiction déclarait ce texte non conforme à la Constitution et l'annulait au motif qu'en constituant une catégorie de citoyens privilégiés et au-dessus de la loi, il avait pour effet d'établir une discrimination manifeste et de priver les victimes de toute réparation des préjudices causés par une faute même grave.

La volonté du législateur fut ainsi mise en échec. D'autres revers furent subis.

Ainsi, le *projet de loi de finances pour 1984* prévoyait en son article 89 que les inspecteurs des impôts pourraient effectuer les visites domiciliaires de l'ordonnance de 1945 en matière de prix après avoir obtenu du juge une autorisation très générale, une sorte de blanc-seing dépourvu

de toute motivation spéciale et circonstanciée et de tout contrôle pour la suite des événements. Le but était d'étendre à l'impôt sur le revenu et aux taxes sur le chiffre d'affaire les honteux pouvoirs de perquisition et de saisie dont disposait l'administration fiscale en vertu de l'ordonnance sur les prix⁸ et de légaliser de scandaleux détournements de procédure qui se produisaient déjà, et qu'il aurait au contraire fallu sanctionner sévèrement.

Le secrétaire d'Etat au Budget, M. Emmanuelli, ne s'en cachait même pas et déclarait au Sénat avec cynisme :

“La perquisition se pratique tous les jours... on effectue une perquisition mais on ne dit pas que c'est pour rechercher une fraude fiscale et l'on justifie l'intervention par la recherche d'une infraction à l'ordonnance de 1945, notamment par les contrôles des prix.”

Et de conclure :

“Je vous propose donc de légaliser le système et de le placer sous le contrôle du juge.”

Par son arrêt du 29 décembre 1983 le Conseil Constitutionnel a annulé l'article 89. Il est intéressant de voir par quelle motivation il y est parvenu car cela fixe, à mon avis pour longtemps, la doctrine française en ce qui concerne l'inquisition fiscale pratiquée par les inspecteurs et brigades en charge de ce secteur.

Voici donc ce qui a été jugé :

“Si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du Fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ; considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 89 entourent les opérations

qu'elles visent, ces dispositions ne précisent pas l'acception du terme "infraction", qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question ; qu'elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète le bien-fondé de la demande qui lui est soumise ; qu'elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées ; qu'enfin elles n'interdisent pas une interprétation selon laquelle seules les visites effectuées dans des locaux servant exclusivement à l'habitation devraient être spécialement autorisées par le juge, de telle sorte que, *a contrario*, les visites opérées dans d'autres locaux pourraient donner lieu à des autorisations générales ; considérant qu'ainsi, pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive et ne sauraient dès lors, en l'état, être déclarées conformes à la Constitution."

Par de semblables décisions le Conseil Constitutionnel fait une œuvre très utile car il justifie solennellement les phénomènes de résistance que l'on vient de décrire.

Il n'est d'ailleurs pas le seul, car de nombreux tribunaux ont cantonné, réduit ou paralysé l'action des lois, comme je l'ai exposé dans un autre livre⁹. C'est ainsi que les effets de la *loi Lang* (qui interdit aux libraires de faire plus de 5 % de remise sur le prix fixé par l'éditeur) ont été atténués.

C'est ainsi encore que les *nationalisations de 1982* se sont heurtées aux jurisprudences suisse, anglaise, allemande, belge qui refusent tout effet extra-territorial à ces mesures.

On se souvient comment les dirigeants de Paribas avaient réussi à empêcher que l'Etat français, avec sa

clique de copains et de coquins, ne mît la main sur la filiale suisse de cet établissement bancaire. Certes le directeur de l'époque, M. Moussa, fut inquiété et même persécuté, mais les poursuites n'aboutirent pas, parce qu'on ne pouvait rien lui reprocher et jamais les spoliateurs socialistes ne réussirent à s'emparer du trésor qu'ils convoitaient pour la bonne et simple raison que les tribunaux helvétiques s'y seraient constamment opposés. Cela montre bien que les prédateurs de l'Etat ne peuvent plus faire exactement tout ce qu'ils veulent et donner libre cours à leur cupidité, leur rapacité, leur grossièreté. Le Droit est là pour les en empêcher.

Il aura fallu 75 ans pour que le communisme s'effondre de lui-même et près d'un siècle pour qu'apparaissent l'inefficacité et l'injustice du gouvernement par la contrainte, le plan, la volonté d'égalitarisme et de nivellement. En cette fin de xx^e siècle, la nocivité de l'économie centralisée et dirigée est apparue au grand jour : même les communistes l'ont implicitement admis et y renoncent progressivement, se contentant de pratiquer le parasitisme international. Mais l'on n'a pas encore pris conscience que la même conclusion pouvait être tirée en matière juridique. Or les faits sont clairs.

I. Bilan sur la question : liberté ou protection dans les contrats ?

Au terme de cet examen analytique et comparatif, il faut dresser un bilan. Certes, me direz-vous, le bilan est lumineux tout au long des démonstrations qui viennent d'être faites. Mais je voudrais m'adresser maintenant au lecteur profane et non convaincu par les raisonnements qui précèdent. Ce contradicteur me tiendrait en somme le langage suivant : "Je ne suis pas juriste et je ne comprends rien à tous vos sophismes et vos déductions de cas pratiques soigneusement sélectionnés ; ni aux concepts fanto-

matiques que vous prétendez trouver dans des principes non apparents. Tout cela, pour moi qui suis un matérialiste, n'est que fantasmes et chimères. Je ne vois qu'une chose c'est que dans un contrat il y a toujours un fort et un faible, il y a donc un déséquilibre naturel qu'il faut corriger par la loi en protégeant le faible pour qu'il soit à égalité avec le fort."

Cher contradicteur, je voudrais vous persuader que vous êtes dans l'erreur en raisonnant de la sorte, et vous aider à en sortir. Tout d'abord je suis d'accord avec vous pour oublier un instant les technicités du droit et envisager les choses d'un point de vue purement humaniste. Pour vous comme pour moi, en effet, l'essentiel c'est l'homme. Je pourrais commencer par vous répondre qu'il y a de nombreux contrats où il n'y a ni fort ni faible, où les partenaires discutent d'égal à égal, mais laissons cela et plaçons-nous uniquement sur votre terrain moral, je vous le concède bien volontiers.

Je vais même vous être encore plus agréable en m'alourdissant de handicaps dans ma réplique. Je vais supposer que vos intentions sont pures, que vous voulez protéger le faible par bonté authentique et sans le désir d'en obtenir une contrepartie (un vote par exemple). Vous êtes donc parfaitement honnête, et altruiste, vous ne voulez favoriser aucun ami ni aucun clan. Vous conviendrez tout de même que l'hypothèse est vraiment d'école par les temps qui courent et qu'un tel désintéressement se fait rare depuis quelques années, mais enfin admettons-le pour vous faire plaisir. Vous voulez protéger le "faible" en rééquilibrant les forces en présence.

En premier lieu je vous prouve que vous allez échouer, que vous n'atteindrez pas le but que vous vous êtes fixé. A moyen terme, les lois protectrices ont toujours nui à ceux qu'elles voulaient protéger. Je vous renvoie là dessus à tout ce qui précède. Cet échec aura en outre un coût économique à chaque fois : une raréfaction des offres de logement pour la réglementation des loyers, un accroisse-

ment du chômage pour le Code du Travail, une perte de trafic portuaire pour le monopole des dockers, un immense gaspillage de temps et d'énergie pour le droit de la consommation, des heures de travail improductives effectuées par des fonctionnaires, des entreprises pour faire ou remplir des formulaires inutiles, etc... etc... Si l'on devait calculer toutes ces pertes, vous verriez que vos beaux sentiments nous coûtent beaucoup plus cher que la simple exécution des clauses contractuelles imposées par le fort au faible.

Mais cette première réponse ne vous satisfait pas : peu importe que cela soit inutile ou même (!) néfaste, il suffit que cela soit *juste*. Au fond, je vous comprends... et ne suis peut-être pas loin de penser comme vous. Effectivement, l'utilité d'une solution n'est pas en soi une raison suffisante pour la déclarer fondée logiquement et moralement. Il faut qu'elle soit juste. Alors, nous devons nous poser la question fondamentale : est-il juste de protéger la partie que l'on juge "faible" dans un contrat ? J'observe que les hommes ne sont pas nés égaux. Vous pourrez pousser des cris d'indignation et vous draper du manteau de la vertu comme ceux qui n'admettaient pas que le roi était nu ou que la terre tournait. Le fait est certain. Les hommes ne sont pas égaux et, voyez-vous, c'est même pire, cela s'aggrave avec le temps. Non seulement il y en a qui sont plus intelligents que d'autres peu après la naissance ou plus beaux, plus drôles, plus attentifs, plus rêveurs, plus grands ou plus petits, plus gros ou plus minces (c'est effrayant ce qu'il peut y avoir comme inégalités) mais, les années passant, ceux qui avaient un "plus" ont maximisé ce "plus" grâce à toutes les informations ou opportunités qu'ils ont rencontrées et ceux qui n'avaient pas cet atout au départ n'ont évidemment rien pu maximiser. La richesse attire la richesse, c'est bien connu.

Si je tombe malade par exemple et que vous ne le soyez pas, c'est inégal, c'est "injuste". Si je veux vous acheter un aspirateur, vous savez tout de ces appareils et moi rien,

c'est inégal. Vous vous offusquez contre cette dureté de la nature et du hasard. Il n'y a alors pour vous qu'une solution : mettre fin à ces choquantes inégalités ! Va alors commencer une vaste entreprise de distribution de handicaps : celui-ci est trop en difficulté, aidons-le, interdisons à l'autre de lui imposer ceci ou cela ; en voici un qui hésite et regrette facilement ses décisions, donnons-lui le droit de les annuler ; en voilà un autre qui est paresseux ou peu prévoyant ou qui n'aime pas la compétition, aidons-le en empêchant qu'on s'en sépare. Là vous allez indiscutablement régner comme Zorro en intervenant partout et en corrigeant sans cesse et je veux bien admettre que vous garderez votre calme contre ceux qui voudront se passer de vos services. Je suis prêt à vous concéder pour les seuls besoins du raisonnement (car en fait je n'en crois pas un mot) que Zorro ne deviendra ni Ubu, ni Lénine.

Vous aurez du mal tout de même à ne rien faire contre ceux, nombreux, qui sapent toute votre œuvre de justice, ces fraudeurs qui veulent tourner la loi et exploiter leur scandaleuse supériorité !

Mais faisons un rêve, imaginons que, contrairement à Lénine, le bon Zorro réalise le paradis sur terre : les hommes sont égaux, ils ont désormais les mêmes connaissances, les mêmes opportunités, les mêmes qualités les uns que les autres. Cela serait vite d'un ennui mortel et redoutable. La vie n'aurait plus de relief ni de piment. Elle ne serait plus cette grosse marmite bouillonnante de contrastes et de passions d'où jaillit et s'exaspère une plaisante improvisation. Etant tous pareils, nous n'aurions plus besoin des différences. Car nous avons besoin de frotter nos pensées même les plus lubriques et les plus égoïstes sur celles des autres pour voir ce que cela donne, nous avons besoin d'étincelles et pour cela il faut une allumette et un grattoir.

En fait si nous étions tous égaux nous n'aurions plus besoin de rien. Si nous savons tous les deux tout des aspirateurs, pourquoi voulez-vous que je vous en achète

un ? J'en fabriquerai et j'en vendrai au contraire... mais à qui ? A personne puisque tout le monde en saurait exactement autant que moi sur l'aspirateur. Alors finalement je ne ferai rien. Je ne serai plus qu'un mouton du troupeau.

Vouloir égaliser les parties à un contrat revient à les rendre passives, à empêcher le fort et le faible d'utiliser leurs qualités et leurs défauts, à entraver le fort dans l'exploitation de sa force et le faible dans l'exploitation de sa faiblesse. C'est sans doute là un aspect que vous avez totalement négligé et sur lequel vous devriez réfléchir : la partie qui est en position de faiblesse, parce qu'elle ignore tout de la technique du prestataire de service, ou parce qu'elle n'a pas l'expérience de la négociation, ou qu'elle est peu instruite, ou qu'elle a un besoin vital de conclure le contrat, tout ce que vous voudrez, va quand même essayer de se défendre et la partie en position de force a de son côté tout de même besoin d'elle, sinon il n'y aurait pas de transaction. En se défendant, la partie faible va expérimenter des processus de connaissance, au lieu de rester perpétuellement ignorante à l'abri d'une loi. Même si elle accepte en tous points le contrat qui est proposé à son adhésion, elle va au cours de son exécution faire comprendre à l'autre que telle ou telle amélioration serait souhaitable. Un dialogue se nouera. Certaines clauses seront modifiées. Les mauvais résultats pratiques de certaines des stipulations imposées par le fort au faible conduiront à les reconsidérer, à les réécrire. Libres de choisir, de changer, d'écarter, de couper, d'ajouter, puisqu'aucun pouvoir ne vient les contraindre à quoi que ce soit, les parties vont s'observer, se tester, se comprendre, se responsabiliser et peut-être même s'améliorer, en tout cas augmenter leur connaissance réciproque l'une de l'autre. Comme le dit Jacques Gareilo, "le contrat a pour vertu essentielle d'obliger chacun à tenir compte de l'autre."

Il faut même aller plus loin. Le contrat ouvre entre les parties ce que les économistes appellent un "processus de

découverte". L'expérimentation de règles juridiques va donner un résultat plus ou moins heureux qui conduira à leur maintien ou à l'adoption d'autres principes ou formules.

Mais tout cela, cher contradicteur, n'est possible que précisément si les hommes ne sont pas égaux et ne sont même pas encouragés à l'être car ce que vous croyez soutenir, ce n'est pas une stimulation, c'est une drogue ; ce n'est pas une aide, c'est un abandon à la passivité ; ce n'est pas un progrès, c'est une régression ; ce n'est pas une libération, c'est une domination ; ce n'est pas une morale d'êtres humains mais de bovins.

A cela j'ajouterai un dernier argument, plus terre à terre : Zorro protège le faible sans devenir ni Ubu, ni Lénine, c'est entendu. Mais qui me dit comment sera son successeur, un héritier incompétent, un usurpateur sans scrupule, un spécialiste du coup d'Etat ? et qui me dit que ce successeur sera forcément doué de la même infailibilité pour apprécier ce qui est juste et injuste, bon et mauvais pour les faibles ? Qui me dit que Zorro lui-même ne se trompera jamais dans le choix de ses règles ? Par quel miracle serait-il doué en permanence d'une absolue infailibilité ? J'ai l'horrible prétention, voyez-vous de juger sur pièces. Qu'on me montre d'abord les résultats pratiques des plans qu'on veut nous imposer ! Qu'ils les expérimentent sur eux-mêmes (par le contrat par exemple) avant de les plaquer aux autres ! Nous ne sommes pas des cobayes humains et je conteste à quiconque le droit de juger à ma place de ce qui est bon pour moi, de même que je me conteste à moi-même le droit de juger à la place des autres de ce qui est bon pour eux. Ce qui ne m'interdit pas de tenter de les convaincre, comme je le fais en ce moment avec vous.

En résumé, les protections spéciales accordées par la loi sont un mal pour de multiples raisons :

1. parce qu'elles nuisent à ceux qu'elles aident, et qu'elles coûtent inutilement,

2. parce qu'elles recherchent une illusoire et dangereuse égalité qui ruinerait la diversité et la complémentarité des hommes,

3. parce qu'elles sont injustes car elles restreignent la liberté,

4. parce qu'elles dégénèrent facilement en abus de pouvoir,

5. parce qu'elles déresponsabilisent les parties en les traitant comme les bêtes d'un troupeau,

6. parce qu'au lieu de contrôler a posteriori les rares fautes ou abus elles préfèrent en postuler a priori l'existence et la généralité, approche de méfiance qui nie les réalités du monde,

7. parce qu'elles encouragent la fraude, le calcul, le mensonge, la manœuvre,

8. parce qu'elles empêchent tout processus de découverte par expérimentation et bloquent toute remise en question à un échelon modeste,

9. parce qu'elles présupposent l'infailibilité du prince et de ses légistes,

10. parce qu'en forçant l'un à accorder à l'autre ce qu'il veut comme un dû, elles ne stimulent pas la seule vraie et authentique générosité, qui consiste à décider par soi-même de faire plaisir à l'autre ou de tenir compte de lui.

La société de l'an 2000 mérite mieux que ces remèdes primitifs de sorciers et de charlatans. Elle trouvera à l'évidence dans le souple et subtil droit invisible, l'immense héritage de ce que le passé a de bon. "Nous sommes des nains sur des épaules de géants" disait Bossuet. Gardons-nous d'échanger cette solide position fondée sur des réalités humaines tangibles contre des chimères de papier qui s'écrouleront à la première épreuve.

Le constat auquel on parvient à la fin de ce chapitre est sans ambiguïté : la règle d'en haut a nui plus qu'elle n'a enrichi, a retiré plus qu'elle n'a apporté.

Dénaturée par le socialisme pour "construire" la société, manipulée dans le vain espoir de se constituer de durables

protections contre le bouillonnement créatif de la vie, la norme du prince est arrivée à une impasse. Utilisée pendant l'ère des masses, qui l'a portée au pinacle, la voici qui décline avec elle et bientôt disparaîtra, engloutie par le naufrage de ses maîtres.

Chapitre 3

Pourquoi le rationnement du droit a échoué

Pourquoi la loi a-t-elle échoué ? La première explication qui se dégage est liée au comportement de la classe politique.

A. Les raisons historiques

1) On a perdu le sens de l'universalité de la norme

Lorsque les quatre rédacteurs du Code Civil ont fait leur œuvre, ils n'ont pas cherché à créer le droit mais à le découvrir. C'est ce qui explique la supériorité du Code Napoléon sur toutes les lois de circonstance du ^{xx}e siècle par lesquelles les gouvernements successifs ont voulu influencer le cours spontané des choses. On pourrait en dire autant du Code d'Hammourabi, de la loi des XII Tables des Romains, du Code de Justinien.

Découvrir le Droit, cela suppose de faire preuve d'une

certaine modestie et d'une certaine rigueur en oubliant ses idées, ses sympathies, ses préjugés, en ne cherchant pas à plaire ou à être à la mode mais à comprendre.

Pour y parvenir, il existe une méthode qui consiste à s'obliger à toujours rechercher des règles générales et abstraites et à ne pas intervenir dans des domaines particuliers en faveur d'un groupe ou contre lui.

Présentant le titre troisième de son code, Bigot de Préameneu déclarait dans l'exposé des motifs :

“Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la Providence qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation. Il serait difficile d'espérer que l'on pût encore faire des progrès.”

Lorsque l'article 1384 du Code Civil dispose que l'on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde, il établit le fondement de ce que l'on appelle aujourd'hui la responsabilité objective sans faute tenant au comportement des choses et non des hommes.

En 1804 ni Portalis, ni Tronchet, ni Bigot de Préameneu, ni Malleville ne pouvaient imaginer que ce texte s'appliquerait un jour aux accidents d'automobiles pour la bonne raison que les automobiles n'existaient pas. Comme Christophe Colomb, comme les amis d'Edward Lloyd, ils ne savaient pas.

Depuis, un grand nombre de pays nous ont emprunté cette règle, et un grand nombre d'individus l'ont invoquée pour des situations qui n'étaient pas concevables au début du XIX^e siècle (dommages causés par trains, avions, explosions par gaz, pollutions, etc...).

Lorsqu'en 1804 les auteurs du Code Civil ont écrit que les contrats n'avaient d'effets qu'à l'égard des parties et non point vis à vis des tiers, que l'homme qui causait à

autrui un dommage devait le réparer s'il était survenu par sa faute, que nul n'était tenu de rester dans l'indivision, quand ils ont décrit les mécanismes de la subrogation, de la cession, de la délégation, résumé les principes de l'hypothèque et du nantissement, distingué les droits réels des obligations personnelles, ils ont institué des règles abstraites qui sont toujours en usage aujourd'hui.

En revanche, lorsque le législateur réserve aux dockers la manutention portuaire pour l'interdire aux autres, lorsqu'il empêche le bailleur ou l'employeur de mettre fin au contrat mais le permet au locataire ou à l'employé, lorsqu'il décide que seule la pollution par produits pétroliers donnera lieu à responsabilité de plein droit, lorsqu'il dresse la liste des clauses contractuelles qu'il juge "abusives" parce que "imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie" (loi Scrivener), le voici sorti du domaine général pour distribuer une faveur à ce clan ou un blâme à ce groupe, pour manipuler le droit dans une perspective constructiviste, pour satisfaire celui-ci ou celui-là suivant qu'il exprime son désir particulier avec plus ou moins de violence ou d'habileté manœuvrière dans le chantage et le marchandage.

Plus il crie, plus il exprime son agressivité et méconnaît la civilisation, plus il est généralement pris en considération par les puissants et satisfait. Il est vrai qu'entre voleurs on se reconnaît et on s'apprécie !

Il apparaît ainsi que la tradition de neutralité et d'universalisme observée par le droit de l'ancien régime et les codifications qui l'ont suivi sans le bouleverser, a été abandonnée par les gouvernements et parlements au profit d'une réglementation détaillée et concrète. Le sommet de cette escalade d'interventions et de spoliations a été atteint. Les lois d'auto-amnistie, la sélection par le copinage, le choix par la corruption, les mœurs brutales à l'égard des adversaires (voir Jacques Médecin) et tribales à

l'égard des complices (on pense aux propos grossiers du ministre Michel Charasse vis-à-vis du député Philippe de Villiers dont il entendait punir les justes accusations par un contrôle fiscal), tout cela révèle le mépris des socialistes pour le droit.

Une règle gêne un ami, un juge perturbe un trafic ? On change la règle, on dessaisit le juge !

Ces pratiques, dignes d'une république bananière et qui ont rarement en France été poussées à un tel degré, achèveront de déconsidérer la loi du souverain. En effet sa dégradation, par l'usage que le milieu politique en a fait, vient lui retirer son caractère abstrait et universel qui était sa justification morale.

Tant qu'elle restait générale elle pouvait durer. Maintenant qu'elle entre dans les détails, elle est condamnée à échouer car son concepteur n'a jamais tout prévu.

2) L'obstacle de l'imprévisibilité

Nul ne peut tout prévoir. C'est toujours là où l'on ne l'attend pas que la difficulté surgira, là où il existe un vide, une lacune, une imprécision, une incertitude susceptible d'interprétation. De nouveau la jurisprudence devra pallier les insuffisances de la législation, et le débat reprendra.

Les socialistes s'étant faits les champions des lois de circonstance réglant des cas particuliers, ils ont entrepris une course qu'ils sont sûrs de perdre : entre la règle qu'ils posent autoritairement et les faits qui surgissent spontanément, ce sont toujours les faits qui les dépasseront. Jamais ils ne parviendront à remplir ce tonneau des Danaïdes, car plus la société devient diverse et complexe, plus elle appelle pour l'ordonner un volume croissant de solutions différentes.

Plus les problèmes juridiques sont différents et moins le souverain peut y faire face par la réglementation contraignante.

Lorsque la majorité des hommes était constituée par une masse de serfs puis de prolétaires faisant tous le même travail, les problèmes pouvaient se ressembler (et encore n'est-ce même pas sûr) et le souverain pouvait légiférer plus facilement. Mais aujourd'hui, nous sommes sortis de l'ère des masses : produit de ce temps, la législation, par son caractère monolithique et primitif, devient incompatible avec la société développée.

C'est un peu comme si le chef d'un petit orchestre de chambre de quelques violons et violoncelles voulait imposer la même partition à tous les instrumentistes des grandes formations musicales : de la trompette tonitruante au majestueux piano, de la flûte mystérieuse à la puissante grosse caisse, tous devraient abandonner leur spécificité pour jouer les mêmes notes sans variation : plus d'espièglerie aiguë pour le pipeau ni de sensuelle nostalgie pour la guitare ! Cela deviendrait très vite d'une monotonie fort grise et parfois d'une cacophonie redoutable : on ne peut pas faire jouer des cymbales comme des violons, et vice-versa. Ainsi c'est l'élargissement du nombre et de la fonction des instruments qui rend difficile la partition unique.

Dans sa *Théorie des sentiments moraux* Adam Smith exprimait cette impression autrement :

“L'homme de système... semble s'imaginer qu'il peut disposer les membres d'une grande société avec autant de facilité que la main peut arranger les différentes pièces d'un échiquier. Il ne considère point que les pièces sur l'échiquier n'ont d'autre principe de mouvement que la main qui les meut ; mais que dans le grand échiquier de la société humaine, chacune des pièces a un principe moteur qui lui est propre, entièrement différent de celui que le législateur peut choisir de lui imprimer. Si ces deux principes coïncident et agissent dans la même direction, le jeu de la société humaine se déroulera aisément et harmonieusement, avec de grandes chances d'être heureux et fructueux. S'ils sont opposés ou différents, le jeu marchera de façon lamentable.”

3) *Le “mal français” n’est pas français*

Contrairement à ce qu’écrivait Lacordaire, ce n’est pas la loi qui affranchit et la liberté qui opprime. C’est le contraire. Si des peuples entiers en Europe, au Japon, en Amérique sont sortis du sous-développement pour la première fois de leur histoire, si d’autres en Asie s’apprêtent à en faire autant, ce n’est pas par le miracle d’une loi mais par les bienfaits de la liberté. Si l’Afrique et le monde arabe stagnent ou régressent c’est pour la raison inverse.

En France comme ailleurs, c’est la liberté qui nous a apporté la prospérité, comme le prouve la disparition des famines concomitamment à l’essor du capitalisme.

Le “mal français” ou “romain” décrit par Alain Peyrefitte n’est pas spécifiquement latin. Il se trouve que dans leur passé les pays catholiques ont plus connu des régimes absolutistes, hiérarchisés et autoritaires que les pays protestants. Mais on peut hélas en dire autant de la Russie, de la Chine et des pays musulmans, qui n’étaient pas catholiques.

Le “mal français” n’est pas français. Il est général. C’est le mal de l’insuffisance de liberté et du manque de traditions de liberté.

Alain Peyrefitte écrit ceci sur le malheur des monarques français les plus puissants : “Louis XIV, qui voulait assurer à la France la ‘magnificence’, et s’éteignit dans un royaume réduit à la misère. Napoléon, qui voulait contraindre la Grande-Bretagne à la famine, et fut déporté par les Anglais sur un îlot perdu”.

Il est en effet rare que l’autocratie conduise au succès de longue durée. D’autre cas, non français, illustrent ces échecs : Jules César, habile politique qui avait triomphé de tous ses ennemis, fut assassiné par ses amis et celui qu’il dénommait son fils, alors qu’il venait de fonder l’Empire. Charles Quint, devenu maître d’un “immense empire sur

lequel le soleil ne se couchait jamais”, rêvait d’instaurer une monarchie universelle. Finalement il dut abdiquer ses différentes fonctions, laissant une Espagne endettée malgré l’or des Amériques, qui déjà fuyait à l’étranger, vers des cieux plus productifs et plus rémunérateurs.

L’Histoire est cruelle avec ceux qui la forcent !

Regardons ceux qui au contraire ont usé de leur pouvoir avec modération sans tenter de plaquer leur plan sur leur nation.

Le règne de Louis XV, par exemple, mises à part quelques erreurs, présente un bilan largement positif : en 1715 notre pays était ruiné et figé ; trente ans après il avait retrouvé son élan par une expansion économique sans précédent, un essor démographique considérable, une forte exportation, qui venaient s’ajouter à une production littéraire et artistique toujours aussi abondante et déterminante mais plutôt plus baroque que classique. On vivait enfin !

Une autre réussite, méconnue comme la précédente, est celle d’Henri IV. Certes le règne s’est terminé par un assassinat mais, commençant après une période sanglante de guerre civile, il laisse un souvenir de réconciliation nationale et de dynamisme économique. L’apparition des compagnies de commerce, la colonisation au Canada, la construction de grandes routes, la mise en place de services postaux, l’assèchement de marécages, la création des “manufactures”¹⁰, le creusement de canaux, l’œuvre de Sully et, bien sûr, la liberté de culte garantie par l’Edit de Nantes, démontrent qu’on peut en France gouverner autrement que pour le prestige ou par la contrainte, le complot ou l’intrigue courtesane.

Il serait amusant et impertinent de décerner ainsi des prix de liberté aux différents gouvernements qui se sont succédés sur le trône de France : le ministère Guizot de Louis-Philippe aurait certainement un prix d’honneur et Napoléon III un accessit.

Car, chacun à leur manière, ils nous montrent que

même en France cela marche, quand on laisse faire les gens !

Certes, ce que Napoléon III avait prévu a généralement échoué mais précisément, ce qui restera de son règne est ce qu'il n'avait pas prévu mais qu'il a laissé faire : l'essor du capitalisme.

B. Les raisons philosophiques

Les idées mènent le monde, dit-on, et le droit, comme tout le reste, est influencé par leur mouvement.

Arrivé à ce point du raisonnement et pour comprendre les enjeux, il apparaît nécessaire de résumer brièvement les conceptions en présence.

1) Positivisme et Droit naturel

En schématisant d'une façon nécessairement sommaire, on peut distinguer deux grands courants dans la philosophie du droit : le positivisme et le jusnaturalisme.

Les positivistes estiment que le droit est le corps des règles matérielles fixées par le législateur et interprétées par la jurisprudence.

Les adeptes du Droit naturel considèrent au contraire que le droit ne se limite pas aux écrits, et que les textes ne sont que l'expression contingente de principes fondamentaux profondément inscrits dans la nature humaine et que les hommes se transmettent.

Les positivistes voient dans les règles des commandements donnés par des hommes à d'autres hommes, et leur attribuent une plénitude et une relative perfection alors que les jusnaturalistes n'y trouvent que l'aboutissement des relations justes et naturelles entre les hommes, et les critiquent lorsqu'elles s'en éloignent, en soulignant leurs insuffisances et leurs défauts.

Les premiers limitent le rôle du juge, soit à une docile et consciencieuse application de la loi, soit à une création arbitraire (et sanctionnée comme telle) alors que les seconds l'étendent à la recherche d'une solution juste supposant un plus grand respect des faits et une interprétation des normes prévues pour régler le litige.

Les conséquences politiques de ces doctrines apparaissent vite : pour les positivistes, seul le droit positif tel qu'il est, a une force juridique et les citoyens doivent s'y soumettre ; pour l'école du Droit naturel, le droit positif tel qu'il est ne correspond pas nécessairement au Droit juste tel qu'il devrait être. Dans le combat idéologique les positivistes se sont ainsi trouvés du côté des jacobins, des défenseurs de la souveraineté absolue du peuple, de ceux qui étaient prêts à faire "table rase du passé" ou plus modérément des réformateurs, bref de tous ceux qui pensaient que l'œuvre juridique était une création délibérée et refusaient de la laisser influencer par la méthode métaphysique ou la morale tandis que l'autre courant se situait plutôt du côté des conservateurs et des chrétiens. Kelsen, l'un des penseurs positivistes les plus connus, a écrit que le jusnaturalisme avait "pour l'essentiel servi à justifier les ordres juridiques établis et leurs principales institutions politiques et économiques."

Avant lui Stendhal, abandonnant un instant la littérature, avait écrit dans *Le Rouge et le Noir* qu'il n'y avait point de Droit naturel : "Avant la loi il n'y a de naturel que la force du lion ou le besoin de l'être qui a faim, qui a froid, le besoin en un mot".

La controverse avait commencé bien plus tôt. Dès le XVIII^e siècle Voltaire, interrogé par Frédéric II sur les réformes qu'il conseillait, recommandait de mettre à néant toutes les lois existantes et d'en faire de nouvelles "à la lumière de la seule raison." Rousseau affirmait que le droit ne venait pas de nature mais était fondé sur des conventions et développait ses thèses sur la souveraineté dans *Le Contrat social*. Montesquieu lui avait par avance

répondu 14 ans plus tôt dans *L'esprit des lois* :

“Dire qu’il n’y a rien de juste ni d’injuste que ce qu’ordonnent les lois positives, c’est dire qu’avant qu’on eût tracé de cercle tous les rayons n’étaient pas égaux.”

En Angleterre Locke, Hume et Adam Smith ont développé ces idées, Burke les reprenant pour juger la politique alors qu’en France, Domat¹¹ s’en était servi pour juger le droit.

Voici par exemple comment, dans son style ironique, Edmund Burke raillait les juristes de la Révolution Française :

“Il m’est impossible de comprendre comment les hommes peuvent en arriver à ce point de présomption, de ne plus considérer leur pays que comme une carte blanche sur laquelle ils sont libres de griffonner ce qu’il leur plaît.”

Plus tard les sciences humaines ont permis d’approfondir ces réflexions et d’autres ont apporté leur pierre, notamment Bastiat qui écrivait : “Ce n’est pas parce que les hommes ont édicté des lois que la personnalité, la liberté et la propriété existent. Au contraire c’est parce que la personnalité, la liberté et la propriété préexistent que les hommes font des lois”¹² et Hayek dont il faut rappeler la magistrale formule :

“Ceux qui les premiers ont tenté d’exprimer les règles par des mots ne les ont pas inventées mais se sont efforcés de dire quelque chose qui leur était déjà connu.”

A l’inverse Kelsen, Duguit, Dabin et avant eux Hobbes et Bentham niaient que la justice pût exister sans création législative. Ils considéraient que le droit avait un auteur et résultait d’une volonté politique souveraine, que ce soit le roi, le peuple, le tyran ou autre *Leviathan*. Et c’est d’ailleurs là que le bât blesse. Car y a-t-il toujours légitimité juridique et justice lorsque le souverain institue la torture, décide la déportation de millions d’opposants, persécute des minorités, opprime des dissidents ? Kelsen était évidemment mal à l’aise pour défendre l’obéissance à la loi

national-socialiste. Sans doute l'aurait-il été plus encore s'il avait connu les abominations commises au nom de la loi léniniste.

Mais à sa manière il les absolvait lorsqu'il écrivait à propos de la démocratie : "la loi peut recevoir n'importe quel contenu." Ce qui revient à dire que le "peuple souverain" ne se trompe jamais.

Plus anciennement, voici un exemple caractéristique du conflit entre le nouveau droit du souverain et le vieux droit spontané, cité par Jean Carbonnier dans *Flexible Droit* :

"Lorsque la Révolution vint abolir les rentes féodales... les débiteurs de ces rentes, au moins dans certaines provinces, continuèrent à les acquitter volontairement, comme si de rien n'était. Il en fut ainsi pendant dix ou vingt ans. Mais il arriva que, plus tard, leurs héritiers en eurent regret et s'avisèrent de réclamer la restitution de ce qui avait été versé sans obligation... Et les tribunaux furent assez embarrassés. S'ils avaient purement et simplement appliqué les règles du droit dogmatique, ils auraient décidé qu'il y avait eu paiement de l'indu, donc que la répétition* était admissible. Ils s'en tirèrent par le biais de l'obligation naturelle. Ils dirent que les débiteurs qui avaient payé ces rentes abolies par la législation révolutionnaire avaient acquitté une obligation de conscience sur laquelle on ne pouvait revenir."

Le droit positif était ainsi écarté et la parole donnée reconnue !

La doctrine positiviste paraît de nos jours marquée par son siècle : elle justifie la dictature de la loi qui a pesé sur l'ère des masses. Elle nie qu'une loi puisse être injuste et traite en fait la justice comme une superstition pré-scientifique ; elle se borne aux apparences alors que c'est dans l'homme et non dans le journal officiel que siègent les règles ; elle s'attache au droit visible et ignore ce que j'appelle le droit invisible puisque celui-ci est peu reconnu en tant que tel dans le droit positif.

* La *répétition*, c'est-à-dire le remboursement.

Elle s'en tient encore, disait Hayek, "à la vue essentiellement anthropomorphique qui considère toutes les règles de justice comme le produit d'une invention ou d'un dessein délibéré et s'enorgueillit même d'avoir enfin échappé à toute influence de cette conception 'méta-physique' de la loi naturelle"¹³.

L'une des meilleures réfutations de cette déification de la loi imposée a été formulée par Bastiat dans un style d'une belle causticité :

"Les législateurs... disent que la société, abandonnée à elle-même, court fatalement aux abîmes parce que ses instincts sont pervers. Ils prétendent l'arrêter sur cette pente et lui imprimer une meilleure direction. Ils ont donc reçu du ciel une intelligence et des vertus qui les placent en dehors et au-dessus de l'humanité ; qu'ils montrent leurs titres. Ils veulent être bergers, ils veulent que nous soyons troupeau. Cet arrangement présuppose en eux une supériorité de nature, dont nous avons bien le droit de demander la preuve préalable.

Remarquez que ce que je leur conteste, ce n'est pas le droit d'inventer des combinaisons sociales, de les propager, de les conseiller, de les expérimenter sur eux-mêmes, à leurs frais et risques ; mais bien le droit de nous les imposer par l'intermédiaire de la Loi...

Car la prétention de faire intervenir le pouvoir et l'impôt, outre qu'elle est oppressive et spoliatrice, implique encore cette hypothèse préjudicielle : l'infaillibilité de l'organisateur et l'incompétence de l'humanité."

On pourrait aujourd'hui reprendre ce discours mot pour mot et le servir à nos gouvernants. Mais il y a plus drôle encore. Écoutons cette savoureuse fable :

"Un enfant venait de naître et une foule de devins, de sorciers, d'empiriques l'entouraient, armés d'anneaux, de crochets et de liens. L'un disait : cet enfant ne flairera jamais le parfum d'un calumet, si je ne lui allonge les narines. Un autre : il sera privé du sens de

l'ouïe, si je ne lui fais descendre les oreilles jusqu'aux épaules. Un troisième : il ne verra pas la lumière du soleil, si je ne donne à ses yeux une direction oblique. Un quatrième : il ne se tiendra jamais debout, si je ne lui courbe les jambes. Un cinquième : il ne pensera pas, si je ne comprime son cerveau." Arrière ! "dit le voyageur. Dieu fait bien ce qu'il fait ; ne prétendez pas en savoir plus que Lui... Arrière leurs anneaux, leurs chaînes, leurs crochets, leurs tenailles ! arrière leurs moyens artificiels ! arrière leur atelier social, leur phalanstère, leur gouvernementalisme, leur centralisation, leurs tarifs, leurs universités, leurs religions d'Etat, leurs banques gratuites ou leurs banques monopolisées, leurs compressions, leurs restrictions, leur moralisation ou leur égalisation par l'impôt !"

"Eh ! misérables ! qui voulez tout réformer, réformez-vous vous-mêmes, cette tâche vous suffit."

Ces textes, écrits en 1850, n'ont pas pris une ride. Pas un mot n'est à retirer pour condamner la furie législative.

Tournons-nous maintenant vers le jurnaturalisme. Il est traditionnellement présenté par ses détracteurs comme asservi à la morale et à la religion.

Les individus y seraient soumis à des comportements type, des archétypes dirait Jung, qui dicteraient leur conduite. Cette codification de préceptes moraux symbolisés par les dix commandements reçus par Moïse sur la montagne, les fameuses tables de la Loi, serait le véritable Droit naturel.

Il est vrai que cet élément éthique est souligné par certains auteurs. Ainsi Locke dans son *Traité du Gouvernement Civil* décrit la mission donnée par Dieu à l'homme sur terre et y voit une véritable vocation :

"Dieu nous a donné toutes choses abondamment... Dieu n'a rien fait et créé pour l'homme qu'on doive laisser corrompre et rendre inutile... Le travail, dans le commencement, a donné droit de propriété... D'abord les hommes... se contentèrent de ce que la pure et seule nature fournissait pour leurs besoins. Dans la suite,

quoiqu'en certains endroits du monde, qui furent fort peuplés et où l'usage de l'argent monnayé commença à avoir lieu, la terre fût devenue rare, et par conséquent d'une plus grande valeur ; les sociétés ne laissèrent pas de distinguer leurs territoires par des bornes qu'elles plantèrent, et de faire des lois pour régler les propriétés de chaque membre de la société : et ainsi par accord et par convention fut établie la propriété, que ce travail et l'industrie avaient déjà commencé d'établir."

Par cette présentation de la naissance du droit de propriété, Locke nous fait comprendre que nul législateur, nul monarque, aussi puissant fût-il, n'a jamais décrété que désormais les hommes seraient propriétaires des biens dont ils ont l'usage. Les processus juridiques sont beaucoup moins primitifs et beaucoup plus subtils. Les hommes conçoivent entre eux des règles pratiques qu'ils expérimentent sans se rendre compte exactement de ce qu'ils font ni même savoir que beaucoup de leurs semblables ont choisi ces mêmes règles.

Mais ce serait une erreur de ne voir dans cette conception du droit que l'observation inconsciente par les hommes d'une mission expressément fixée par Dieu. On retrouverait alors la norme obligatoire du positivisme : au lieu d'être juridique, elle serait morale mais elle viendrait toujours d'une source unique à laquelle elle puiserait toutes ses inspirations.

Or, même dans la Bible, il est admis qu'il n'en est plus ainsi.

La révélation de l'Ancien Testament venait d'en haut. L'information communiquée par Dieu au peuple d'Israël était en somme la suivante : "il existe une loi des gens civilisés ; personne ne la pratique ; soyez les premiers à l'observer."

Un temps pédagogique a suivi. Ce fut l'histoire de la quête de la terre promise puis des rois d'Israël. Quand l'enseignement fut achevé et fructueux, une deuxième révélation fut faite. Elle vint d'en bas : par l'exemple de la vie d'un homme élevé dans la famille d'un charpentier,

qu'on a appelé le Christ. L'information juridique communiquée cette fois-là était apparemment différente : "au delà de l'observation stricte de la loi, trouvez le juste par vous-mêmes et spontanément comme je l'ai fait moi-même."

L'homme était alors libéré de la loi visible extérieure pour se forger sa propre loi intérieure et invisible. Il était invité à prendre l'initiative, à agir et penser sans l'aide d'un guide. Mille cinq cents ans plus tôt le peuple hébreu traversait la mer Rouge, passant ainsi de l'esclavage à la liberté. Ce passage prend a posteriori une dimension prophétique : il annonce pour tous les hommes la fin possible des esclavages, s'ils le veulent¹⁴.

Au régime de la Torah s'ajoute donc une nouvelle démarche, plus personnelle. De ce jour le droit, détaché de la loi divine, n'a plus une mais de multiples sources car il est devenu un "effort de connaissance" individuel¹⁵. C'est un phénomène d'intériorisation qui commence dans ce domaine comme dans bien d'autres. L'individu cherche et trouve des normes qui ne lui sont pas extérieures, imposées par un groupe dont il ne fait pas partie, plaquées arbitrairement d'en haut, mais qui résultent de sa propre quête.

Dans cette perspective ce ne sont plus seulement des préceptes moraux que les individus vont trouver, ce seront aussi plus simplement des modes de pensée permettant d'élaborer des solutions utiles et de guider l'action parfois inconsciemment, parfois consciemment, mais sans raisonnement discursif théorique.

Ce droit naturel que les hommes se transmettent de génération en génération, n'est ni cantonné à la morale ni inéluctablement statique, contrairement à ce que certains ont affirmé. Il peut se manifester par des recettes utiles purement techniques : l'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur du responsable n'est pas l'application d'une prescription morale, ni les mécanismes de la subrogation, de la cession, de la délégation, de

l'usufruit, ni "l'invention" du mandat, du dépôt, du cautionnement.

Certes, des institutions telles que la propriété privée, le mariage monogamique, l'autonomie de la volonté dans les contrats sont les résultats juridiques de principes moraux fondamentaux sinon éternels. Les lois qui ont prétendu les supprimer ou les réduire ont finalement été rejetées. Cependant, comme la nature humaine, le droit naturel est propulsé par une certaine dynamique. Il est en mouvement. Cette évolution, qui n'est pas forcément une amélioration, s'opère lentement et indistinctement, comme tous les changements sérieux. Les hommes se transmettent leurs règles et celles-ci finissent par se modifier au bout d'un certain nombre de ces "traditions".

C'est ainsi que le mariage, s'il reste monogamique (alors qu'il ne l'est pas dans d'autres civilisations), n'est plus indissoluble puisqu'on peut le rompre par consentement mutuel. Le concubinage, dont les effets juridiques étaient autrefois réduits à leur plus simple expression, se voit promu depuis quelques temps à une assez plantureuse carrière. Les dots et avances d'héritage, si en usage à l'époque de Balzac, où elles faisaient l'objet d'âpres marchandages, n'ont plus la même faveur de nos jours.

La pratique du compte courant bouleverse le régime de la novation ; celle des garanties bancaires à première demande, affecte les principes classiques en matière de cause.

Il y a mouvement même si les valeurs demeurent. Il y a mouvement parce qu'il y a découverte, exactement comme il y a eu modification de la science géographique après les découvertes de Copernic et de Galilée.

Certains auteurs ont tenté d'approfondir l'examen de ce mélange d'immutabilité et d'évolution constante. Christian Atias¹⁶ y voit un "phénomène de sédimentation" qu'il décrit et analyse de façon particulièrement originale et intéressante. Écoutons-le :

"Des termes tels que obligation,... volonté,... capacité,

indisponibilité, substance, cause, nullité, inopposabilité, privilège... ont d'abord les significations que leur donne le langage courant. Elles ne disparaissent pas lorsque le mot est prononcé, écrit ou pensé par un juriste. La réflexion juridique est directement influencée par les souvenirs communs dont la langue conserve la trace. Ces mots ont ensuite les sens multiples qui leur viennent de leur utilisation quotidienne dans le milieu professionnel des juristes. Là, ils se chargent à nouveau d'expériences que la mémoire collective conserve ; là ils empruntent des nuances, des correctifs, des dogmatismes aux idéologies, aux philosophies et aux convictions qui sont à l'œuvre dans la communauté juridique...

Le phénomène de sédimentation peut maintenir juxtaposées, associées ou imbriquées dans le savoir juridique des théories incompatibles... aucune conception... ne remporte jamais un succès total qui provoquerait l'élimination radicale et définitive des thèses adverses. Même lorsqu'une réforme législative paraît trancher nettement, même lorsque la mode intellectuelle et son intolérance habituelle condamnent toute référence à certaines réalités, quelque chose demeure des opinions précédemment exprimées.

Si la communauté des juristes opère une sélection entre les théories émises à chaque époque, celle-ci est toute relative ; elle n'est que de degré. C'est l'une des particularités notables du savoir juridique que son *absence d'épuration absolue.*"

Même si ce point de vue très centré sur les mots des juristes plutôt que sur les actions des hommes peut prêter à discussion, il présente l'immense mérite de souligner que le droit naturel n'est pas figé, comme ses détracteurs l'ont dépeint, mais en mouvement permanent, chargé "d'expériences que la mémoire collective conserve".

Le débat doctrinal que je viens de résumer et dans lequel le lecteur n'aura eu aucun mal à déceler mes sympathies voire mes parti-pris, se tient depuis longtemps en philosophie du droit.

Passons maintenant à la philosophie pure et simple.

2) *Rationalisme et réalisme expérimental*

Ce livre n'a pas la prétention de traiter de ces savantes métaphysiques mais d'expliquer comment elles ont engendré les théories juridiques que l'on vient d'exposer.

Descartes et Hegel sont bien d'une certaine façon à l'origine de la doctrine positiviste tandis qu'il faut probablement remonter à Aristote et saint Thomas d'Aquin pour trouver les premiers exposés du concept de loi naturelle. En écrivant que le positivisme est l'un des fils du rationalisme et que l'école du droit naturel plonge ses racines dans les philosophies fondées sur l'expérience, je ne pense pas livrer là une réflexion très originale. D'illustres juristes l'ont déjà brillamment exposé. La cause paraît entendue et il est inutile d'insister.

Il est plus intéressant en revanche de rechercher non pas les parents mais les ancêtres de ces doctrines.

Ce qui distingue le rationalisme¹⁷ du réalisme est fort simple : le premier se fonde sur la pure raison et élabore des constructions claires et logiques au moyen de déductions de l'esprit tandis que le second s'appuie sur la réalité objective pour en induire des conclusions qui ne sont pas nécessairement claires et logiques parce que la réalité est souvent complexe, mystérieuse et impénétrable.

On le voit, cette deuxième méthode est tournée vers l'observation de la nature.

Elle établit un pont entre la philosophie et les sciences expérimentales alors que la première entend couper tout lien entre les deux disciplines, ignorer superbement la physique et la biologie, fuir comme la peste l'astrophysique, la neurologie, l'éthologie.

Paradoxalement, elle s'inspire de la tradition matérialiste commencée en Grèce avec les penseurs pré-socratiques. Celle-ci professe a priori que l'univers physique est l'Être unique et incréé et qu'en dehors de lui il n'y a rien d'autre. L'univers n'a jamais commencé et ne finira jamais puisqu'il est l'Être. On comprend aisément la conséquence : si l'univers est éternel et n'a jamais commencé, c'est qu'il n'a pas été créé et qu'il n'y a pas de créateur. Les

hommes ne sont donc qu'une infime partie d'un tout qui est l'Être et qui est donc unique.

La description et l'analyse de ces métaphysiques sont données très lumineusement par Claude Tresmontant dans *Les métaphysiques principales*¹⁸. Il y considère aussi la pensée moniste idéaliste qui, à l'inverse du matérialisme, nie l'existence de l'univers physique. Ce n'est qu'une illusion, un rêve, une projection de quelque chose qui nous dépasse infiniment.

Entre ces deux philosophies, il existe un point commun : elles considèrent qu'il n'y a qu'un tout unique, l'une parce que l'univers se confond avec l'Être (matérialisme) et l'autre parce que l'univers n'existe pas plus que le multiple (monisme).

La pensée moniste, qui vient de l'Inde ancienne, a prospéré en Grèce avec l'idéalisme platonicien qui a développé la théorie de la divinité de l'univers. Effectivement le monde antique dans son écrasante majorité adhérerait à cette conception magique : la nature terrestre et même les hommes étaient des prolongements des dieux ou de Dieu mais n'en étaient pas vraiment coupés.

Les grandes tragédies de la mythologie grecque le rappellent sans cesse, de la malédiction des Atrides au supplice de Prométhée, du rocher de Sisyphe à la boîte de Pandore.

Dans *Les Perses*, Eschyle ressuscite un instant le vieux roi Darius, après une très belle incantation, pour qu'il vienne dire à ses anciens ministres et serviteurs pourquoi son fils Xerxès a perdu la bataille de Salamine.

C'est, explique-t-il, une punition infligée par les dieux. Xerxès, pour faire franchir à son armée le détroit du Bosphore et envahir la Grèce, a osé emprisonner les eaux en recouvrant leur surface de tous ses navires placés les uns à côté des autres comme une sorte de gigantesque pont mobile. Neptune a jugé cette manière offensante et a déclenché une redoutable tempête. Pour se venger le jeune roi a ordonné à plusieurs centaines de ses soldats de

fouetter la mer. Ce geste était, dit Darius, un épouvantable sacrilège !

C'en était un en effet si l'univers était divin, ce que tout le monde croyait.

Mais voici qu'à l'opposé de la plupart des royaumes et cités de l'époque, contre des millions et des millions de personnes, le petit peuple d'Israël déclare que l'univers n'est pas divin. Commence alors l'histoire de la pensée juive puis chrétienne, qui se distingue foncièrement du monisme : l'univers physique existe objectivement ; mais il a eu un commencement et il a un créateur, dont il se distingue complètement pour avoir une vie propre et autonome.

Toute la tradition judéo-chrétienne est fondée sur cette particularité : la créature se distingue de son créateur, il n'y a plus un tout unique. Elle comporte aussi une autre spécificité : la créature peut accéder au créateur par l'étude de l'univers régulièrement traversé d'informations qui permettent d'améliorer la connaissance. On retrouve ici l'importance de l'expérience dont il était question précédemment.

Il en résulte deux conséquences essentielles :

- d'une part, si le monde n'est pas divin, il est accessible à la connaissance objective et à l'action de l'homme, la pensée scientifique vient se substituer à la pensée magique ;
- d'autre part, si les créatures se distinguent de leur créateur, il n'y a plus une globalité dont les éléments seraient universellement liés par les chaînes du déterminisme ; chaque individu a une vie propre, une autonomie, qui mérite le respect.

A l'inverse le monisme, qu'il soit idéaliste ou matérialiste, nie la singularité des êtres humains, puisqu'ils ne sont que les pions d'un tout unique spirituel pour les uns et matériel pour les autres. Il nie leur libre arbitre, puisque leur illusoire action est déterminée par des idées qui leur sont extérieures et les conditionnent (pour les idéalistes) ou par les rapports de force socio-économiques (pour les matérialistes). Il nie encore que la création soit à

l'origine de la production et que la personne soit une fin en soi, ce qui revient entre autres à ne pas reconnaître la propriété et même le Droit car la recherche du juste n'a de sens que si elle tend à assurer le respect d'intérêts divergents ce qui suppose la reconnaissance au départ de la légitimité de ces intérêts, donc de l'individu qui en est détenteur.

La pensée chrétienne a développé un aspect fondamental : les richesses ne sont ni matérielles ni illusoires ou magiques, elles sont spirituelles car elles viennent de l'esprit de l'homme. Une mine d'or n'a en soi aucune valeur. Elle n'acquiert de la valeur que par l'utilisation qui en est faite et le degré de rareté que cette utilisation révèle par rapport aux autres mines d'or.

Ainsi les "biens"¹⁹ sont d'abord produits par des personnes et leur appartiennent. L'homme les a causés, comme Dieu a causé l'homme, et se trouve de ce fait à l'origine, à la source de leurs règles de droit.

Aussi loin que l'on aille dans l'analyse de la liberté on trouve ces idées de cause, de découverte (ou de création, si l'on préfère), d'autonomie de la volonté. La liberté suppose un acte individuel créatif, un choix, donc des ruptures dans l'espace et le temps, un "avant" et un "après". Or, le changement dans l'univers atteste que l'univers n'est pas le seul être. Car s'il l'était, d'où proviendrait ce qui s'y trouve aujourd'hui et ne s'y trouvait pas hier ? Peut-on croire en la liberté et ne pas croire en l'existence de Dieu ? C'est un peu comme croire en une vertu sans croire au fondement d'où elle tire sa force. Peut-on être athée et libéral à la fois ? La chose est possible, et c'est le cas de certains des plus grands penseurs libéraux, mais, au fur et à mesure que progressera la connaissance, cette position deviendra de plus en plus difficilement tenable. Peut-on croire en la liberté et croire que les hommes, tels les fourmis, sont régis par des déterminismes naturels qui les dépassent et qu'ils ne peuvent comprendre ? Peut-on croire en la liberté sans croire en la création, sans croire que toute chose a une cause ? Peut-on se couper de ses

racines car c'est bien dans la tradition judéo-chrétienne qu'elles se trouvent ?

Un nouvel élément vient aujourd'hui enrichir ce débat. Les récentes découvertes scientifiques de notre temps établiraient que chaque cellule vivante, y compris la terre et l'univers lui-même, a un âge et vieillit. Cela semble donner raison à la tradition judéo-chrétienne suivant laquelle l'univers a eu un commencement et donner tort au monisme comme au matérialisme qui nient ce commencement puisqu'ils perçoivent la matière comme éternelle, l'histoire comme cyclique et donc la diversité et le changement comme des illusions fondamentales.

J'ai cru devoir résumer à l'usage des profanes ces différentes thèses philosophiques pour faire apparaître le lien, certes enfoui dans le passé mais toujours ferme, qui unit les doctrines juridiques et métaphysiques. Le positivisme descend du monisme et du matérialisme ; le droit naturel, de la tradition judéo-chrétienne. Ces filiations se retrouvent encore dans l'histoire du droit.

3) Monisme et pluralisme juridiques

La tendance est aujourd'hui de présenter le pluralisme juridique comme un phénomène nouveau propre à notre temps et devant donner lieu au développement d'une discipline neuve : la sociologie du droit. Ses fondateurs, Petragycki, Gurvitch, Ehrlich, et son brillant propagateur en France, Jean Carbonnier, l'entendaient plutôt ainsi et opposaient essentiellement la règle de droit aux mœurs de la société plutôt qu'à une autre règle.

En fait le pluralisme des sources de droit a toujours existé, même s'il a été étouffé parfois pendant des siècles entiers. Sous l'immense empire romain, par exemple, le droit du colonisateur co-existait avec de multiples normes locales que le souverain avait eu la sagesse ou l'habileté de laisser prospérer. Le cas le plus célèbre est évidemment celui du procès du Christ. Ponce Pilate a finalement évité l'application de son droit romain, qui aurait entraîné

l'innocence de l'accusé, pour laisser jouer la justice coutumière locale ("lequel voulez-vous que je vous libère"), plus vindicative, irrationnelle et aléatoire. En réduisant ainsi l'empire de sa juridiction, en s'en lavant les mains, le procureur de Judée ne marquait pas seulement son indifférence, sa lâcheté ou son indécision, il soulignait l'existence de deux ordres juridiques distincts qui se superposaient sans s'annihiler et faisait comprendre que Rome n'entendait pas intervenir dans une affaire propre au peuple hébreu.

C'est au Moyen Age que le polycentrisme juridique s'est le plus épanoui car ce n'est alors plus seulement la co-existence des ordres normatifs mais leur concurrence qui se manifeste : entre le droit coutumier, le droit canon, le droit romain, la *lex mercatoria*, le droit des villes franches, on avait souvent le choix. Les rois n'avaient pas le monopole de la production de la loi. Même pas une "position dominante" comme disent les obsédés de l'égalisation.

Au lieu de s'en remettre pour l'écrire au service public unique des scribes du souverain, les gens pouvaient avoir recours à plusieurs multinationales de la production du droit :

- l'Eglise catholique bien sûr, et ses clercs, élite très spécialisée, documentée et répandue dans toute l'Europe,
- les Universités qui, de la Sorbonne à Bologne et de Salamanque à Cracovie, enseignaient le droit romain, l'entretenaient et pouvaient fabriquer des normes suivant cette technique éprouvée et efficace à toute époque,
- les juristes des communautés urbaines libres, rédacteurs des nouvelles chartes,
- les glossateurs italiens,
- les juges et négociants des ports et des marchés qui pratiquaient ou explicitaient les usages commerciaux,

et bien d'autres encore, moins connus, moins organisés mais tout aussi performants pour ce qui était de la rédaction et du commentaire des coutumes.

Peut-être allons-nous retrouver aujourd'hui cette concurrence des règles, avec les douze systèmes juridiques européens qui co-existent dans la CEE. Peut-être sera-t-il bientôt permis à un Français de choisir la loi allemande pour régir son contrat ou à un Anglais de prendre la loi française. C'est la chance de l'Europe. Ce serait dommage de la manquer.

Mais les socialistes ont vu le danger et, appuyés sur les innombrables réseaux de protectionnistes et de bureaucrates, ils ont préparé à Bruxelles leur contre-offensive : "harmonisation" fiscale, "charte sociale", normes européennes, tous ces mots ne sont que des tentatives pour empêcher la concurrence de jouer entre les législations nationales, de nouvelles parures destinées à dissimuler de vieilles idées aujourd'hui dévaluées. Ce que l'on appelle "harmonisation" par exemple recouvre exactement la même sinistre entreprise de nivellement que le collectivisme, l'égalitarisme ou autres entreprises visant à raccourcir les esprits. Ce n'est simplement qu'un habillage verbal dont l'objet est de rendre ce cannibalisme moral plus présentable, plus "soft" diraient nos voisins d'Outre-Manche. Il n'en demeure pas moins un concept totalitaire puisant sa force dans la philosophie moniste. Pour qu'il prospère il a fallu l'adapter à son temps, le dépouiller de ses aspects outrageusement violents ou trop primitifs. Mais le fait que ce mot d'"harmonisation" ait l'air moins bête et moins méchant que d'autres termes qui ont fait leur preuve avec le temps ne retire rien à sa nature foncièrement prédatrice. De fait, contrairement à l'esprit du Traité de Rome, la législation communautaire s'étend et envahit abusivement la vie privée jusque dans ses petits détails. Tel le vieux Léviathan socialiste, à l'abri d'une bureaucratie anonyme, il s'infiltré et s'immisce partout. Ici le voici qui décrète la proportion de matière grasse qu'il conviendra d'incorporer dans *tous* les fromages. Là-bas il fixe les calibres de toutes les tomates, les angles d'écartement de *tous* les essieux de roues. Tout lui est bon et rien n'arrête son appétit démesuré.

Certes ce n'est pas le goulag, c'est plus subtil et plus gentil mais au fond la démarche est la même car que trouvons-nous au bout de ce chemin ? Des êtres déshumanisés parlant tous de la même façon, utilisant les mêmes instruments, se nourrissant des mêmes aliments asseptisés, sans goût ni sans saveur. En somme, des robots.

Là où le camp de concentration avait échoué (Soljénitsine décrit cet enfer mais montre aussi que tous ses prisonniers ne sont pas devenus des animaux), le nouveau goulag de l'esprit réussirait-il ? A la coercition par la violence barbare et psychique, qui dressait intérieurement les victimes contre leurs bourreaux, aurait-on trouvé une méthode plus habile d'asservissement ? Celle faisant appel à l'animal qui sommeille en nous et tendant à l'enchaîner avec son consentement en lui constituant tout un réseau de satisfactions matérielles, d'astuces, de passe-droits ou de faux-droits, de protections et d'uniformisation, dont il ne pourrait plus se passer. Esclave sans s'en rendre compte, tel est le principe de ce nouveau goulag.

Heureusement les progrès de la civilisation des lumières, la diversification et l'autonomie croissante des êtres humains nous éloigne de cette funeste issue. Il y a comme une inconsciente répulsion à ce qui pourrait tuer en nous tout sentiment moral. "C'est l'amour qui est le plus fort" comme on a superbement dit. Mais il arrive qu'il s'épuise et régresse temporairement. C'est pourquoi ce combat entre l'ange et la bête est particulièrement stimulant. Juridiquement, il est loin d'être perdu. Car, face à la norme communautaire envahissante, s'élabore insensiblement dans les cabinets d'avocats, de notaires et de conseils juridiques, un droit des gens qui emprunte ici à la loi néerlandaise, là au droit italien, là-bas aux deux, qui mélange, sélectionne, élimine, perfectionne, négocie, malaxe sans autre souci que l'intérêt personnel des clients.

Ceci est de nouveau possible parce que les entreprises, en s'internationalisant, ont cessé d'être captives et ont échappé à l'emprise d'un Etat, comme au Moyen Age.

Nombreux en effet étaient les ordres indépendants de l'Etat qui disposaient de relations dans toute l'Europe. Que l'on songe aux microsociétés qui vivaient dans les multiples monastères et abbayes, églises et cathédrales, dans la chevalerie templière...²⁰.

Plus tard vinrent les monarchies absolues et surtout les Etats-Nations qui engendrèrent la démocratie, c'est à dire bien souvent le droit pour les coalitions de minorités qui constituent la "majorité" électorale des citoyens de spolier la majorité impuissante.

Le droit devint unique et suprême. Le monisme que l'on a brièvement décrit dans sa forme métaphysique trouvait en matière juridique une implacable application. "Personne ne peut servir deux maîtres" disait Kelsen en paraphrasant l'Evangile pour justifier cette disparition de la concurrence. De fait, comme le nouveau souverain souffrait mal la contestation, il devint fréquent que les lois fussent faites, défaites²¹ et refaites au gré des changements de majorités, coups d'Etat, révolutions ou autres aléas de l'histoire, seuls espoirs pour le parti malheureux d'imposer son diktat à l'autre.

Progressivement, le lien entre la législation et les valeurs universelles s'est distendu : des monarques de plus en plus changeants, des institutions et des politiques de plus en plus instables, des lois de plus en plus de circonstance destinées à servir telle ou telle catégorie de personnes contre telle autre, tel ou tel clan plus ou moins majoritaire contre tel autre, plus ou moins minoritaire, ainsi apparaît l'action législative.

Le drame avec le monisme, c'est qu'il est tragique. Il est spontanément holiste. Il y a toujours un perdant puisqu'il n'y a de place que pour un. Il n'y a pas non plus de dynamique du droit, d'évolution car le monisme tient ses origines conceptuelles immergées dans les mythes préchrétiens de l'Eternel retour, des cycles. La seule issue est dès lors la révolution destructrice.

Si tout n'est qu'illusion et magie, si nous ne sommes que

des pions sans autonomie entre les mains d'une force qui nous dépasse, si nous ne sommes pas libres mais soumis à un irrémédiable destin, à une inexorable prédétermination, alors à quoi bon se fatiguer ?

La loi qui nous régit peut aussi bien se jouer aux dés et son contenu n'a pas une grande importance. Il suffit de se trouver du côté des vainqueurs.

En revanche, si le monde existe réellement, objectivement et indépendamment de nous, s'il n'est pas une projection divine et si nous sommes libres de l'appréhender et de l'étudier par nos propres facultés pour en tirer des enseignements pour notre propre action, si notre devenir n'est ni fixé d'avance ni éternel mais incertain, fragile, faillible, alors il nous faut un droit multiple, des règles en concurrence les unes avec les autres pour qu'une comparaison entre elles soit possible par expérimentation et qu'un progrès spontané en résulte.

Comme l'iceberg du conscient et de l'inconscient dont on ne voit que le sommet, le droit ne montre que son aspect écrit et décrété par le prince. "L'art du prince est de montrer les choses, l'art de Dieu est de cacher les choses" est-il écrit dans la Bible.

La victoire de la liberté en cette fin du 20^e siècle scelle le sort du monisme juridique : le sommet visible de l'iceberg va fondre sous le soleil de cette liberté. Il restera la partie immergée.

Or de quoi avons-nous besoin aujourd'hui en droit ? Pas de nouvelles règles, nous en avons trop, et elles sont déjà dépassées par le surgissement tumultueux des problèmes. Plus que du prêt-à-porter, il nous faut faire du sur-mesure, ce qui est bien plus difficile. Nous avons donc besoin d'une méthode fondée sur l'observation des faits réels. C'est la méthode expérimentale, celle du droit invisible.

Chapitre 4

Le Droit invisible des contrats

Quand on parle de contrat, on pense tout de suite à un document sur lequel les parties écrivent ce qu'elles feront. C'est parfois le cas : l'achat d'une maison, la location d'un appartement, le prêt auprès d'une banque donnent lieu à écriture parce que ces conventions mettent en jeu des intérêts patrimoniaux substantiels. Certains actes plus simples, comme la location d'une automobile ou le mandat de représentation à une assemblée à laquelle on ne peut assister, provoquent une littérature plus courte. D'autres encore, tel le contrat de travail, sont réduits à peu de choses sous forme écrite parce qu'ils sont presque entièrement réglementés par la loi et les conventions collectives.

Mais le plus grand nombre des contrats que nous concluons chaque jour (parfois sans savoir qu'il s'agit de contrat) n'est pas accompagné d'écriture. Lorsque nous achetons une baguette de pain, un ticket de métro ou autre titre de transport, lorsqu'un plombier vient nous déboucher un lavabo ou un serrurier nous changer un

verrou, nous ne passons pas des heures à discuter de ce que nous ferons et à rédiger à ce sujet.

Le boulanger me donne un pain parce qu'il a confiance que je vais lui en acquitter le prix immédiatement²². Le plombier me répare le lavabo parce qu'il a confiance que je vais lui régler sa facture.

Imaginons qu'un litige survienne entre nous, si je lui reproche par la suite de n'avoir pas mis fin à l'anomalie qu'il venait réparer (mon lavabo est encore bouché), il faudra avoir recours à des règles que d'autres que nous auront prévues pour notre situation puisque nous n'avions rien convenu de précis. Ces règles pourront être écrites et émaner du législateur (ici les articles 1787 à 1799 du Code Civil sur le contrat d'entreprise et autres lois spéciales) ou non écrites et provenir des gens qui se sont trouvés dans le passé dans la même situation (ce seront la pratique, les usages). Les unes ou les autres ou les deux à la fois permettront de trouver une solution amiable à notre litige. Si nous ne parvenons toujours pas à nous mettre d'accord, nous irons alors en justice et les tribunaux nous départageront. Nous pourrions ainsi nous faire conseiller par des juristes qui nous donneront la solution retenue par les tribunaux en pareil cas, de sorte que nous ferons l'économie d'un procès (c'est la jurisprudence que nous utiliserions alors).

Il se trouve que dans l'exemple que je prends, je ne vais pas trouver d'aide dans la législation, ce qui m'aurait dispensé de réfléchir. Je vais donc me tourner vers la pratique. Mais pour obtenir une réponse, encore faut-il savoir formuler correctement la question. Je vais donc raisonner ou prendre conseil. La question m'apparaîtra vite : suis-je tenu de payer la prestation du plombier alors que le lavabo est toujours bouché ?

Me renseignant un peu partout je vais trouver la réponse simple que donne la pratique : tant que le plombier n'a pas fait ce pourquoi il était là (me permettre de me servir du lavabo sans gêne avec une eau qui coule dans les canalisations), je peux refuser de le rémunérer.

C'est parfait, je n'en demande pas plus.

Plusieurs mois après, me voici chez mon médecin, frappé par une jaunisse. Celui-ci diagnostique l'hépatite et me prescrit le repos. Je constate alors qu'il ne peut me guérir de cette maladie virale et qu'il me faut simplement attendre quelques semaines pour qu'elle disparaisse.

Fort de ma première expérience, je me dis que somme toute j'étais venu consulter ce médecin pour être guéri, que puisqu'il n'y est pas parvenu (seul le temps me fera guérir), il a échoué comme le plombier et je ne lui dois rien.

Cet honorable praticien me donne la réponse des usages. Certes nous n'avons pas écrit de contrat mais la coutume veut que le médecin s'engage à soigner son client de son mieux, non à le guérir, et soit rémunéré pour cela.

A. La découverte de la distinction des obligations de résultat et de moyens

N'y a-t-il pas contradiction entre la solution donnée au litige avec le plombier et celle donnée au différend avec le médecin ?

Par curiosité j'interroge un ami avocat et lui fais part de ma perplexité. Son explication me livre ce que, des années avant lui, voire des siècles, des juges ont dit au premier plaideur qui dénonçait cette apparente contradiction : tout dépend de la nature de l'obligation. Pour certains services le débiteur est tenu à un résultat bien précis : le transporteur doit conduire le voyageur sain et sauf à destination, la station-service doit mettre du carburant dans la voiture, le constructeur doit entreprendre et achever l'édification de l'immeuble. Pour d'autres services, le prestataire s'engage seulement à mettre en œuvre les moyens dont il dispose pour atteindre le résultat mais s'il n'est pas atteint, cet échec n'entraîne pas par lui-même de responsabilité. C'est ainsi qu'un chirurgien ne sera

responsable que s'il a commis une faute dans l'exercice de son métier et non s'il n'a pas réussi à supprimer le strabisme dont sa patiente souffrait.

C'est la distinction bien connue entre obligation de moyens et obligation de résultat que l'on ne trouve ni dans la loi ni même dans les contrats (sauf cas exceptionnel) et qui permet de régler beaucoup de problèmes.

Pourquoi ce concept n'est-il écrit nul part ? Parce qu'il fait partie de ces règles anciennes que les hommes ont peu à peu découvertes, affinées, précisées au point qu'elles paraissent aujourd'hui évidentes. Et l'on n'écrit pas ce qui est évident.

D'autre part cette règle se prête mal à la généralité d'une formule coercitive car elle est subtile, elle s'adapte avec précision à la situation. A peine ai-je cru en avoir appréhendé la globalité, en avoir saisi le critère définitif, qu'elle m'échappe à nouveau et m'invite à l'approfondir.

Prenons le cas du garagiste. Là, pas de doute possible, me dis-je, le garagiste doit réparer le véhicule, le mettre en état de marche, il est tenu à une obligation de résultat et non de moyens. La rationalité, la logique l'exigent et la tranquillité de mon esprit aussi.

Hélas pour elles, la réponse est négative. Une fois de plus oublions les constructions intellectuelles qui se tiennent dans nos têtes et regardons les faits. Voici une automobile vieille, usée, rouillée, déjà affectée de plusieurs défaillances d'un moteur vacillant. Peut-on exiger du réparateur qu'il fasse marcher un moribond ou transforme l'objet à lui confié en voiture toute neuve et sans aucune faiblesse ? En revanche, s'il s'agit d'une panne de batterie ou d'une insuffisance d'huile, l'obligation de résultat s'impose.

A nouveau il faut faire une distinction fondée sur la nature de l'obligation. Lorsque le service à rendre est un acte simple, à la portée de tous, sans aléa, le garagiste est tenu à une obligation de résultat. Si le service requiert une certaine compétence technique, s'il comporte un aléa,

l'obligation n'est que de moyens et il n'y aura de responsabilité qu'en cas de faute ou d'impossibilité de prouver l'absence de faute²³, par exemple une erreur de montage, un défaut de contrôle préalable des pièces à réparer ou de remplacement des pièces avariées, une inobservation des recommandations du constructeur, etc...

Ainsi, le garagiste peut avoir plusieurs obligations de nature différente suivant l'acte qu'il doit effectuer.

Imaginons maintenant que notre entrepreneur remette effectivement le véhicule en état de marche, mais à la suite de travaux d'une ampleur telle que le coût de la réparation dépasse très largement la valeur de la voiture.

Que faire alors ? L'obligation de résultat, s'il en existait une, a été exécutée puisque l'automobile fonctionne à nouveau à la satisfaction du client et que les travaux ont été effectués suivant les règles de l'art. Il n'y a eu aucune faute technique. A nouveau, il faut réfléchir : le réparateur n'aurait-il pas dû avant de se mettre à l'ouvrage, préciser au client que les travaux à entreprendre allaient être hors de proportion ?

Apparaît alors un autre type d'obligation : l'entrepreneur ne doit pas seulement réparer, il doit conseiller. En sa qualité de professionnel il aurait dû informer le client profane que la réparation allait coûter plus cher que le véhicule et le propriétaire aurait alors pris sa décision en connaissance de cause.

De la même façon, un vendeur qui n'informe pas son acheteur que le terrain qu'il lui vend n'est pas constructible encourt ce reproche. C'est l'*obligation de renseignement ou d'information*.

Obligations de moyens, de résultat, de renseignement, de sécurité, ces différentes notions n'ont pas été décrétées à l'origine par un acte du parlement, même s'il est arrivé qu'une loi récente s'y réfère. Bien avant, et depuis fort longtemps, elles existaient, mais à l'état latent.

Dans ce droit invisible on trouve en réalité deux types de règles :

- celles qui ne sont pas écrites et que la pratique de millions de personnes a faites émerger,
- celles qui résultent de l'interprétation d'une règle écrite insuffisante et que la jurisprudence dégage pour faire face à l'imprévisible.

Je vais tenter maintenant de dresser une sorte de revue rapide de ces normes dans le droit des obligations.

B. Au moment de la conclusion du contrat

1) Le consentement

Le Code Civil donne une première piste : “pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait consentement” dit l'article 1108. Mais *quand* y a-t-il “consentement” ?

Voici quelques scènes de la vie quotidienne qui vont nous permettre d'approcher ce qu'est le consentement mutuel.

Scène 1 :

- “Bonjour, monsieur. Voici le menu.
- Merci, mademoiselle. Je voudrais un lapin chasseur.
- Je suis désolée, monsieur, nous n'en avons plus.
- Mais ce plat figure au menu.
- Il a eu beaucoup de succès. Tous les clients en ont voulu et il ne nous en reste plus.
- Peu importe. Ce plat est au menu. J'exige qu'on me le serve.
- Nous pouvons vous servir pour le même prix une lotte au poivre vert, un gigot de chevreuil, un ragoût d'agneau, une sole meunière, un canard à l'orange...
- Arrêtez les frais, je vous prie, je tiens à mon lapin.”

Scène 2 :

- “Salut, patron. Qu'est-ce que tu nous a préparé comme boustifaille aujourd'hui ? J'ai entendu parler d'un lapin chasseur.

— Salut, Marcel. Il n'y a plus de lapin, mon vieux. Mais je peux te faire un bœuf miron-ton, si tu veux.

— Ah non ! Ça va pas du tout. Pourquoi les autres, ils ont du lapin et pas moi ?

— Je peux pas l'inventer si j'en ai plus. Tu veux une choucroute à la place ?

— Je m'en fous. Sers-mois un coup à boire. Je veux mon lapin, bon sang, et je l'aurai !”

Scène 3 :

— “Garçon, s’il vous plaît. Jé souis trrès tenté par lé lapiné sasseur qué cé qui cé sour votré ménou. Ma, comé jé souis d’Italia, j’aimé les pâtes avec céla. Pourriez-vous m’en faire au lieu des petits légumes ?

— Nous sommes désolés, monsieur, mais nous ne servons pas de pâtes et de toute façon le lapin n’est plus au menu car nous n’en avons plus.”

Le serveur reprend le menu et y raye le plat “lapin chasseur”.

— “Vous mé contrariez ma, pouisque vous rayez les plats dé votrré ménou, zé préfère vous laisser soisir vous-même ouné surprise per mé.”

Scène 4 :

— “Monsieur le Directeur, j’envisage de venir déjeuner tous les jours dans votre établissement avec mes collaborateurs, mais c’est à la condition que vous nous garantissiez d’être servis tous en 45 minutes et que je puisse avoir tous les jours un lapin chasseur avec des pâtes. La chose vous paraît-elle faisable ?

— Il faut que je voie si c’est possible. Je pense que oui...

— Je dois vous quitter, je suis très pressé. Réfléchissez. Si je n’ai pas de contre-indication téléphonique de vous avant demain matin, nous viendrons à l’heure du repas et nous commencerons.”

Le lendemain matin, aucun appel du restaurateur. Les clients se présentent à 12 h 45 mais il n’y a pas de lapin.

— “Nous étions d’accord hier.

— Je ne vous ai rien promis mais malheureusement il nous manque ce plat aujourd'hui."

Ces petits différents ne se régleront pas devant les tribunaux. Ils roulent sur un enjeu trop modeste pour aller se débattre dans les prétoires mais il faudra bien qu'ils soient dénoués par une solution rapide. La loi ne donne pas cette solution et c'est bien ainsi car cela permet à tous les protagonistes de mieux comprendre ce qu'est un accord de volontés.

Dans la scène n° 2 Marcel et le patron du bistrot ne sont pas d'accord : chacun a proposé à l'autre quelque chose dont il ne veut pas. Dès lors aucun contrat ne s'est formé et aucune obligation n'est née.

La scène n° 1 est différente ; si le restaurant a proposé à l'avance sur un menu un lapin chasseur, il a fait une offre qui le lie (si le client l'accepte) et qu'il ne peut plus révoquer.

Le consentement constitutif d'un contrat est donc une offre et une acceptation pure et simple de cette offre sans aucune réserve.

Dans la scène n° 3 le touriste italien veut le lapin mais avec des pâtes et non avec des légumes, comme le restaurant le proposait. Il n'a pas accepté l'offre, il l'a acceptée avec réserve ou plutôt il a fait une contre-offre que le restaurateur peut parfaitement refuser. Non seulement il peut la refuser mais il peut ajouter qu'il rétracte son offre initiale, ce qu'il n'aurait pu faire si le touriste l'avait acceptée. En rayant le nom du plat du menu, le serveur, habilement, se sort du mauvais pas : il a retiré une offre non acceptée.

La scène n° 4 pose la question de la liberté de rompre des pourparlers et de l'effet juridique du silence. Le premier jour, le client ne venait pas pour consommer mais pour explorer la possibilité d'un contrat de plus longue durée. Ces pourparlers ne lient aucun des deux protagonistes, qui peuvent les abandonner à tout moment car aucun accord n'est né pendant cette phase préparatoire.

Peut-il néanmoins y avoir eu plus que de simples discussions lorsque la proposition a été faite au restaurateur d'accepter les conditions en ne téléphonant pas ? Le silence vaut-il acceptation ? On connaît le proverbe "qui ne dit mot consent". Peut-être est-il juste pour les petites choses de la vie (il ne vise à mon avis rien d'autre) mais il ne l'est pas pour les choses graves. La Cour de Cassation juge depuis près d'un siècle et demi que "le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée".

La règle qui se dégage de ces diverses solutions est qu'il ne peut y avoir de contrat forcé et que *le consentement doit demeurer libre*.

Au proverbe "qui ne dit mot consent" la coutume et la jurisprudence préfèrent l'adage "nul n'est contraint d'accepter" dont le respect est cependant remis en cause une fois de plus par les législations sur "le refus de vente".

Mais en dehors de ces interventions ponctuelles, comme d'habitude malheureuses, le législateur a eu le bon goût de se tenir en dehors de toutes ces questions. Cela a permis le développement d'une jurisprudence assez fine sur l'offre, l'acceptation et les pourparlers. Parfois le juge est allé trop loin en retenant une responsabilité pour rupture de pourparlers avancés lorsque celle-ci s'accompagne de mauvaise foi et même en trouvant cette mauvaise foi dans le seul caractère brutal et soudain de la rupture. En réalité, la possibilité de rompre des pourparlers à tout moment est la garantie pour les parties qu'elles peuvent discuter en toute sincérité et spontanéité sans que leurs propos puissent avoir un effet juridique tant qu'elles ne sont pas d'accord sur tout. C'est aussi l'observation d'un certain rituel destiné plus ou moins consciemment à se ménager l'avenir en se sondant réciproquement. Rendre plus difficile la rupture de ces discussions est dangereux car cela peut injecter le venin de la méfiance et de la dissimulation dans des discussions où l'on devrait ne rien se cacher pour entreprendre une œuvre commune sur des

bases saines. La sécurité du contrat implique la variabilité de tout ce qui le précède.

Mais à l'exception de ces rares erreurs, la jurisprudence sur les avant-contrats, les protocoles conclus "sujet détails", les rétractations de l'offre avant la réception de l'acceptation de cette offre, respecte la volonté des parties et adopte une approche psychologique et factuelle.

Apparemment le législateur semble plus présent dans tout ce qui relève des vices du consentement, ce qui se comprend (mais ne se justifie pas forcément) en raison de la protection qu'on veut accorder à celui dont on suppose que le consentement a été vicié parce qu'on l'a trompé, surpris ou forcé.

Le Code Civil avait posé en 10 articles quelques principes généraux simples, applicables de tout temps. Ses rédacteurs avaient compris qu'il ne fallait pas entrer dans les détails et avaient laissé ce soin au juge. C'est ainsi que depuis 200 ans les tribunaux ont pu préciser ici que l'erreur inexcusable n'était pas une cause d'annulation du contrat, là que la réticence n'était pas un mensonge assimilable au dol, là au contraire qu'elle l'était, là encore que la violence, même non ouverte (par exemple causer un préjudice financier à un armateur en lui immobilisant son navire par une grève illicite pour le forcer à conclure un accord avec ses marins) viciait le consentement et donc le contrat.

Nous sommes là dans la deuxième catégorie de règles que j'indiquais précédemment : celles interprétant une loi insuffisante pour faire face à l'imprévisible.

Pour démontrer leur utilité il faut donner un exemple.

Imaginons que le législateur ait voulu davantage protéger en entrant dans les détails et en donnant une forme absolue à l'obligation de renseignement, décidant en particulier que le fait de cacher ou de taire une circonstance de nature à altérer le consentement, au lieu de dire "le dol", viciait le contrat.

Appliquons maintenant cette règle à une situation pra-

tique : une société propriétaire d'actions grevées par un nantissement au profit de sa banque vend ces actions mais n'informe pas son acheteur qu'elle est au bord du dépôt de bilan et que la banque va exécuter sa sûreté.

La solution législative présente l'avantage d'éviter une longue discussion sur le point de savoir si la vente est nulle. Elle est toute prête, ce qui permet d'aller plus vite et d'annuler automatiquement le contrat.

Considérons maintenant un cas différent du précédent : la société qui vend les actions est en bonne santé et ne va pas faire faillite ; cependant elle a déjà vendu une grande partie de ses titres à un prix beaucoup moins élevé, ils vont donc bientôt envahir le marché et l'acheteur aura bien du mal à revendre les siennes à un prix lui assurant un profit. Si l'on applique la loi existant dans l'hypothèse, le vendeur a caché un fait qui, s'il avait été connu de l'acheteur, l'aurait conduit à ne pas conclure l'achat. Celui-ci serait donc nul.

L'inconvénient de la solution apparaît : il devient possible de remettre en cause toute convention dont l'exécution s'avère défavorable à l'une des parties en saisissant le prétexte du défaut d'information de n'importe quelle circonstance présentant une relation avec l'affaire.

La sécurité des transactions est atteinte. Or l'on ne peut remonter à l'infini dans les intentions des parties pour apprécier, valider ou annuler leur accord *a posteriori*. Cette inquisition psychologique deviendrait vite un moyen très dangereux de revenir sur la parole donnée.

C'est sans doute là que la distinction entre droit et morale se fait plus nette. Se dépêcher de vendre du riz à un prix très élevé au Bangladesh en proie à la famine alors qu'on sait (mais qu'on tait) qu'une cargaison gratuite donnée comme aide alimentaire par la CEE va y parvenir dans quelques jours et faire baisser les cours, n'est peut-être pas moralement satisfaisant. Mais le droit ne peut s'en mêler et sanctionner les consciences en recherchant tout ce qu'elles ont pu connaître. D'ailleurs s'il le faisait il

risquerait de compromettre la conclusion de transactions et de provoquer des pénuries d'offre.

La règle générale, lorsqu'elle est trop précise et cesse d'être abstraite, devient dangereuse non seulement parce qu'elle accorde une fausse sécurité qui se retourne un jour contre ses bénéficiaires²⁴ mais encore parce que sa rigidité et son absolutisme empêchent le juge d'examiner les faits tels quels et *de rechercher le juste* : il lui suffit au contraire de s'abriter derrière l'application de la loi sans plus de souci.

On voit ainsi l'intérêt de la théorie des vices du consentement par rapport à une législation plus détaillée. Quelques principes très généraux posés par la loi, une grande latitude laissée aux juges pour apprécier l'application de ces principes dans chaque cas, le souci constant de préserver les contrats et de ne les annuler qu'exceptionnellement, tout cela fait que ces causes d'annulation jouent efficacement leur *rôle dissuasif* : elles sont présentes mais interviennent rarement.

2) *La validité du contrat par rapport aux principes fondamentaux*

Le pacte passé par Faust avec le Diable pourrait-il être exécuté en justice ?

Plus concrètement, puis-je vendre ma vie, ma jambe, mon bras ?

Considérons cette situation triangulaire classique : le mari, la femme, l'amant ; mais ajoutons-y quelques éléments particuliers la rendant plus étrange : le mari, peu fortuné, est un passionné de poker et s'y adonne régulièrement avec l'amant. Un soir, à court d'argent, il décide de jouer son épouse. Il perd et conclut alors avec l'amant une convention écrite aux termes de laquelle en compensation de sa dette, il lui vend sa femme, laquelle exprime son accord et signe.

Les trois parties sont d'accord. Leur consentement est

libre et réel. Le contrat est-il néanmoins valable ? La réponse est doublement négative, d'une part parce que les personnes humaines sont hors du commerce et ne peuvent donc être vendues, même si elles sont d'accord, et d'autre part parce que la dette de jeu n'a aucune existence juridique et n'est pas reconnue par les tribunaux.

Le consentement ne suffit donc pas pour qu'un contrat soit reconnu. Pourtant il n'en a pas toujours été ainsi. Le Professeur Peter Schoefield rapporte une pratique des temps anciens qui existait en Angleterre. Les maris pouvaient vendre leur femme aux enchères sur les marchés : "Des femmes qui parurent devant les cours en 1926 (à Leeds) et en 1928 (à Blackwood) racontèrent dans leur témoignage qu'elles avaient été vendues par leur mari, et qu'elles se considéraient légalement mariées à l'acheteur.

Pourquoi la pratique a-t-elle duré si longtemps ? C'est sans doute, parce que la pratique de vendre et d'acheter des femmes d'occasion avait une fonction dans la vie des gens. On avait besoin de quelque cérémonie, pour signaler un changement d'état. Ni l'Etat ni l'Eglise n'offrait quoi que ce fût à ce propos. Comme les anciens Romains, on se servait du système de compte. Une vente publique, suivie d'une sorte de réception de noces faisait l'affaire, faute de mieux."

Cet usage, qui persistait dans certains milieux, avait été délaissé depuis déjà longtemps. Dès le Moyen Age le droit canon l'avait condamné. Cet abandon s'explique par l'émergence progressive de l'idée chrétienne que l'être humain, à la différence des objets, est indisponible, et ne peut faire l'objet de négoce. Avec la suppression de l'esclavage elle s'imposait définitivement en droit. La récente encyclique de Jean-Paul II le rappelle : "l'homme n'est pas une marchandise".

Cette idée a trouvé diverses applications dans plusieurs lois, notamment dans les déclarations des droits de l'homme et la Convention Européenne de sauvegarde de

ces droits, mais jusque là elle n'avait pas été proclamée par le législateur. Le Code Civil en son article 1128 dispose bien que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet de conventions mais ne dit pas directement que les personnes ne sont pas dans le commerce.

Il a fallu le déduire par son interprétation. C'est ainsi qu'a été jugée nulle la convention suivant laquelle une actrice conférerait moyennant finance le droit à un producteur de cinéma de lui faire tatouer les fesses, de les filmer, de faire prélever la partie de peau tatouée par exérèse et de la vendre.

Plus récemment la Cour de Cassation a déclaré nuls les contrats dits "de mère porteuse" qui consistent à mettre à la disposition de parents stériles les fonctions reproductrices d'une tierce personne.

De même, les contrats de mariage polygamiques musulmans sont déclarés "contraires à l'ordre public", et se voient privés de tout effet en France²⁵.

Jusqu'ou peut-on aller dans ces interdictions ? Où s'arrêtent les principes fondamentaux ? Peut-on par exemple vendre une sépulture, une fonction publique, une clientèle ? Les tribunaux ont toujours répondu par la négative mais ils se sont heurtés à de sérieuses difficultés lorsqu'ils ont eu à se pencher sur le cas des rachats de parts d'associations de médecins. N'osant pas procéder à un revirement complet de leur jurisprudence, comme ils en avaient le loisir, ils ont préféré la contourner en continuant d'affirmer l'incessibilité de la clientèle médicale mais en admettant les clauses de présentation du successeur à cette clientèle.

Très vite, et sous prétexte du "respect de l'ordre public" ou des "bonnes mœurs" pour reprendre ces termes vagues et discutables du Code Civil, les juges ne cherchent plus le fondamental et tombent dans le constructivisme. Les voici qui décident ici d'annuler l'accord de rémunération d'un courtier chargé de trouver et de conclure une adoption, là de ne permettre dans un contrat de travail la

clause de célibat, jugée attentatoire à la liberté du mariage, que si les fonctions professionnelles concernées la rendent “absolument nécessaire”, ailleurs de sanctionner la rémunération de relations adultères par une donation en en déclarant la “cause” illicite. Il est d’ailleurs symptomatique de relever que le contrat d’assurance vie souscrit par un homme marié au profit de sa maîtresse a été jugé valable dans certains cas et annulé dans d’autres lorsque le motif (la “cause”, disent les juristes) était de prolonger la liaison. On voit ainsi les tribunaux s’ériger en moralistes et décerner des brevets de bonne conduite aux uns, les refuser aux autres, comme pour dire à la place de l’individu ce qui est bon pour lui et ce qui ne l’est pas.

Comment faire respecter les principes fondamentaux de la nature humaine sans porter atteinte à la liberté ? Tel est le dilemme du juge qui est ici sur le fil du rasoir : il lui faut défendre à la fois *la* liberté, c’est à dire les bases de notre société, et la liberté des individus de ne pas choisir cette liberté. S’il penche trop pour la première, il tombe dans le constructivisme et l’ordre moral. S’il fait prévaloir la seconde, il encourt le reproche de favoriser un subjectivisme destructeur des valeurs.

Osons suggérer un critère : faut-il pour annuler, examiner *l’acte objectif ou l’intention*, le mobile de ses auteurs ?

Dans les exemples donnés du pacte de jeunesse de Faust avec le Diable, de la vente des fesses tatouées, de la convention de mère porteuse, il est dit aux parties : “le corps humain, la personne ne peuvent être vendus ; en raison de ce fait extérieur à votre volonté, nous refusons de reconnaître un effet juridique à votre transaction”. La solution judiciaire est donc négative et donnée uniquement en fonction de l’acte. Il n’est pas dit aux individus ce qu’ils doivent penser ou la vie qu’ils doivent mener. Leur acte est simplement dépourvu de conséquences en droit. Il ne peut entrer dans le domaine de ce que Jihering appelle les “intérêts légitimes juridiquement protégés”. En revanche, lorsque le médecin veut céder son cabinet à

un confrère, le courtier être rémunéré pour ses recherches d'enfant à adopter, l'employeur n'embaucher qu'un célibataire, il ne s'agit plus de vente mais de services.

Le médecin n'est pas propriétaire de sa clientèle et ne la vend pas car personne n'est obligé d'aller chez lui. Il vend le droit de lui succéder pour offrir ses services à sa clientèle. Refuser effet à ces conventions revient à intervenir dans le détail de la vie des individus en analysant le mobile de leur convention : si l'homme marié avait le dessein par sa libéralité de persuader sa maîtresse de prolonger sa liaison, l'acte est nul ; il ne l'est pas s'il souhaitait simplement lui assurer une sécurité matérielle en cas de malheur. En opérant de telles distinctions la justice sort de son domaine propre pour se mêler de morale et de vie privée. Autrefois les souverains incas obligeaient leurs sujets à laisser la porte de leur maison ouverte pour que la police puisse de la rue vérifier si tout s'y passait bien. L'appréciation juridique des desseins secrets des individus relève de la même démarche, au fond totalitaire.

C'est pourquoi sont critiquables les arrêts qui ont déclaré nul un contrat de prêt, parce qu'il y ont décelé l'intention d'aider à l'acquisition d'une maison de prostitution, un contrat de travail à durée très brève, parce que le but était d'échapper au régime du licenciement alors que le salarié devait rester longtemps, une reconnaissance de dette accordée par un parieur perdant au gagnant sans en spécifier la raison, une vente de matériel d'occultisme, un accord aux fins de se livrer régulièrement à un "strip-tease" en cabaret.

Tous ces comportements et intentions sont peut-être déviants mais tant qu'ils ne sont pas pénalement répréhensibles, le droit n'a pas à s'en occuper. Or ni le "strip-tease"²⁶, ni la prostitution²⁷, ni l'occultisme²⁸, ni le pari, ni le fait d'éluder une loi²⁹ ne constituent un délit. Ils ne touchent pas le fondamental. Ce sont simplement des actions non conformes aux canons moraux en vigueur. La

conclusion sur ce point est que pour une fois le Code Civil a fait plus de mal que de bien. Ses articles 1131 à 1133 ont introduit dans les contrats un interventionnisme judiciaire étriqué car au nom de la “cause” on en est venu à contrôler la moralité des obligations. La sécurité des échanges exige que ce soit la volonté des parties au contrat qui fonde sa validité et non l’opinion de leurs contemporains. Le débiteur doit être engagé dès l’instant où il l’a voulu et non pas parce que la loi l’a voulu aussi. “Si l’on veut qu’il y ait innovation, il faut qu’il soit permis d’agir de façon déviante” écrit Philippe Ném³⁰ en analysant la philosophie de Hayek et en se référant à deux passages de ses œuvres : “la plupart des étapes dans l’évolution de la culture ont été franchies grâce à quelques individus rompant avec certaines règles traditionnelles et pratiquant de nouvelles formes de comportement” ;

Et surtout :

“A la différence de n’importe quelles règles coercitives délibérément imposées, qui ne peuvent être changées que de façon discontinue et pour tout le monde en même temps, les règles (testées par des individus déviants) rendent possible un changement graduel et expérimental. L’existence d’individus et de groupes observant simultanément des règles en partie différentes fournit l’occasion d’une sélection de celles qui sont les plus efficaces.”

Dans un style plus ironique Georges Brassens chantait :

“Les braves gens n’aiment pas que
l’on suive une autre route qu’eux”.

La jurisprudence connaît cependant une timide évolution en matière de *comportements déviants*. Elle s’est manifestée en dehors du domaine contractuel mais elle mérite d’être mentionnée ici pour montrer que la notion de bonnes mœurs n’appartient pas aux principes fondamentaux et relève bien plus de ce que j’ai appelé la

dictature de la majorité. Il s'agissait d'apprécier l'activité des clubs de couples échangistes. Voici par exemple un jugement qui ne manque pas de piquant :

“Attendu que les inculpés reconnaissent que les établissements dont ils ont, à des titres divers, la charge reçoivent une clientèle composée en majorité de couples dits ‘échangistes’ et pour le reste de personnes seules, que cette clientèle venait consommer au rez-de-chaussée les nourritures et boissons ordinairement servies dans les restaurants et au sous-sol des actes charnels librement consentis et purement facultatifs dans un lieu dénommé ‘discothèque’ où il semblerait que l’on puisse également danser bien que cette activité y fût très résiduelle ; attendu que l’audition des témoins et des prévenus démontre que ces établissements, munis d’une porte fermée verrouillée en permanence, étaient fréquentés par des hommes et des femmes disposés à s’adonner à des jeux sexuels soit en participant à des ébats collectifs, soit en étant spectateurs des ébats d’autrui sans que cette exubérance donne lieu à un paiement spécifique, le seul prix d’argent exigé l’étant à la sortie des lieux comme dans n’importe quel établissement diurne ou nocturne tels que les bars, salles de danse ou cercles ; que les tarifs ne surenchérisent pas sur ceux ordinairement pratiqués par la prostitution parisienne, ce qui caractérise suffisamment la prestation de service (discothèque, restaurant) et la place même à un niveau modeste au regard des émoluments réclamés par d’autres établissements de la capitale par ailleurs fort respectables ; attendu que la débauche visée dans l’article 334-6 en cette fin de xx^e siècle ne saurait être caractérisée que pour des hommes et des femmes de haute tenue morale, étrangers à ces sortes d’établissements dont l’apparence extérieure n’affiche aucun slogan, affiche ou objet de nature à blesser cette moralité, vertu individuelle perpétuellement exposée aux injures dans certains quartiers de la capitale ; attendu enfin qu’en dehors de toute rémunération spécifiquement prévue les intermédiaires qui exercent leur office entre des

personnes cherchant à satisfaire leurs instincts restent en dehors de la loi pénale, l'exploitation ou la rémunération expressément visée par l'article 334-6e n'étant pas établie à leur encontre ; attendu que l'infraction n'établit pas que Thérèse X. disposait des locaux de ces clubs comme lieu ordinaire de sa prostitution, qu'au demeurant elle est la seule femme interpellée qui ait reconnu se livrer à cette activité sans qu'il soit avéré que les tenanciers aient reçu des subsides de la dame, ni même l'aient mise en rapport avec des clients, conditions également exigées par l'article 334 du Code Pénal ; qu'il résulte des éléments de la cause que le tribunal doit entrer en voie de relaxe."

C. Pendant l'exécution du contrat

1) "Pacta sunt servanda"

Le respect de la parole donnée, voilà le principe fondamental du capitalisme. Il en est l'échine dorsale juridique, l'armature morale. Sans lui tout est permis, pourrait-on dire en transposant la célèbre phrase "Si Dieu n'existe pas, tout est permis" du Karamazov de Dostoïevsky. C'est en effet sur ce fondement que s'est édifiée la fortune mondiale de la "City" de Londres ou celle de Wall Street ou de Hong Kong et Singapour.

Si ces places financières ont eu tant de succès, c'est d'abord parce que leurs banquiers, courtiers, agents de change, assureurs, constructeurs ont exécuté leurs engagements avec célérité et souplesse, que les Etats n'ont pas nationalisé les richesses ou spolié les détenteurs de capitaux par la réglementation de change, fiscale ou douanière. "My Word Is My Bond", telle est la devise de gentilhomme qui a fait la réussite de ces lieux, vérifiant ainsi la justesse des mots du Christ : "Préoccupez-vous d'abord du Royaume de Dieu et de la vie juste qu'il demande"³¹, et le reste vous sera accordé par surcroît". C'est d'abord

la justice et ensuite la richesse et non pas l'inverse, ce qui infirme la thèse du matérialisme historique : ce sont bien les "super-structures" (idées et institutions) qui influencent les "infrastructures" économiques et non le contraire. Oui, la vertu conduit à la prospérité. L'Histoire nous en donne perpétuellement la démonstration. Mais pour que la parole soit respectée il faut lui forger des sanctions implacables, "féroces" diront les socialistes sur un ton péjoratif. En effet si le reniement n'est pas puni, tout l'équilibre spontané est menacé. C'est ainsi que lorsque le gouvernement de brigands hallucinés qui s'est emparé de la Russie en 1917, a fait comprendre qu'il ne rembourserait pas les emprunts du Tsar, les Anglais ont immédiatement saisi les stocks d'or déposés en garantie, ce qui leur a permis de se faire indemniser postérieurement. On aurait pu en faire autant en France mais la lâcheté et le laxisme de nos gouvernements, la raison d'Etat, notre immaturité juridique s'y sont opposés. Les Français, habitués depuis des siècles à la loi du plus fort, instruits des nombreux exemples de manquements à leur parole par les plus hauts personnages de l'Etat, sceptiques à l'égard de la valeur des promesses³², n'ont pas pris au sérieux l'efficacité de la règle de droit. Nous avons laissé partir l'or du Tsar et les épargnants ont été ruinés et dégoûtés pour longtemps de l'investissement en Bourse.

Nous avions pourtant dans l'article 1134 du Code Civil l'arme nécessaire puisque ce texte, sans fixer de règle morale pour l'individu (ce que le droit ne doit jamais faire), traduit les préceptes que j'ai rappelés en termes juridiques : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

Si l'on veut que cette règle ait un sens, il faut que sa violation soit sanctionnée. C'est le cas dans notre pays où malgré le passé, malgré le puissant inconscient collectif, malgré le mauvais exemple des multiples promesses non tenues par le chef actuel de l'Etat, les tribunaux continuent contre vents et marées d'affirmer l'intangibilité des

contrats. Cette jurisprudence est ancienne. L'affaire du Canal de Craponne en est une illustration. Trois siècles avant le procès, les parties avaient conclu une convention prévoyant un péage destiné à entretenir ce canal. Un prix avait été fixé sans limitation de durée ni possibilité d'indexation. Les frais d'entretien n'étant plus les mêmes 300 ans après (loin s'en faut), une augmentation de la redevance et une modification du contrat étaient sollicitées. La Cour de Cassation les refusa par la motivation lapidaire suivante :

“dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants”.

Les décisions ayant statué dans le même sens et conforté l'autorité de cet arrêt sont très nombreuses, notamment en matière d'actualisation de prix. Elles proclament toutes que le juge ne peut se substituer aux parties pour modifier les clauses d'une convention, par exemple pour exercer à la place du vendeur une option de choisir entre un prix fixe et définitif et un prix inférieur mais indexé.

Ces solutions procèdent de l'interprétation par la jurisprudence de la règle abstraite posée par l'article 1134 du Code Civil. Elles rejettent la *théorie de l'imprévision*³³, autre concept du droit invisible, qui est en usage à l'étranger.

Dans de nombreux pays européens il est admis en effet qu'un contrat puisse être révisé lorsque les circonstances qui prévalaient lors de sa conclusion ont changé ou lorsque se sont produits des événements imprévus (mais non imprévisibles et irrésistibles, car il ne s'agit pas de cas dits de “force majeure”).

Apparaît ici un conflit entre deux principes naturels : doit-on rechercher l'équité et refuser l'exécution d'une convention lorsque les conditions extérieures en ont bouleversé l'économie, ou se tenir à l'engagement quoi qu'il

advienne pour préserver la sécurité des transactions ? La jurisprudence civile française est l'une des dernières à avoir jusqu'à présent résisté à la tendance générale et opté pour la deuxième approche. Maintiendra-t-elle ce cap en dépit de toutes les turbulences et dans tous les cas ? C'est ce qu'elle a fait après les deux fortes hausses du prix des combustibles engendrées par les chocs pétroliers, après l'instabilité des paiements due à la révolution iranienne, après les perturbations graves occasionnées par le krach boursier de 1987, même s'il lui est arrivé de recourir à l'exonération pour force majeure dans certaines espèces provoquées par ces mêmes événements.

Dans ce conflit le législateur est impuissant. Car s'il déclarait brutalement et pour tous, comme il l'a fait par exemple aux Pays Bas, que la raison et l'équité permettront à une partie de se défaire de ses obligations, il porterait gravement atteinte à la crédibilité des contrats. A quoi servirait-il en effet de se lier si l'on peut se délier à tout moment grâce à l'équité ou, pire, à la "raison" (celle de qui ?) ? La révision pour imprévision n'est utile que si elle est pratiquée à dose homéopathique et dans certains cas très particuliers. Il en est de cette théorie comme de l'euthanasie : la poser en principe général aurait un effet désastreux. Cela souligne à nouveau la nocivité de la méthode législative.

Mais, on le sait, nul contrat ne peut tout prévoir. Il doit donc s'appuyer sur des principes généraux ou des usages (article 1135). C'est ce qui explique la dernière phrase de l'article 1134 : les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Voilà un guide de plus dans la nuit.

2) *La bonne foi*

Dans un contrat de vente de pommes de terre il est prévu que le fournisseur n'encourra aucune responsabilité d'aucune sorte à quelque titre que ce soit. La marchan-

dise livrée s'avère non seulement de mauvaise qualité mais différente de sa spécification, le vendeur n'ayant fait procéder à aucun contrôle. L'acheteur se retourne contre lui, qui excipe de la clause d'irresponsabilité. Il est prouvé que le vendeur ne pouvait pas ignorer le vice propre apparent frappant le produit dès l'origine, pas plus que la nécessité de le faire inspecter par un expert ou surveillant. C'est d'ailleurs parce qu'il savait qu'il n'obtiendrait pas d'agréeage par expertise qu'il s'en est passé et a fait emballer la marchandise d'une façon destinée à dissimuler son mauvais état.

Peut-il néanmoins valablement s'abriter derrière la clause d'irresponsabilité ? La question est similaire dans le cas suivant : le propriétaire d'un meublé qui doit recevoir paiement de son loyer le 15 de chaque mois et sait que son locataire est parti en vacances en août, s'attend à un léger retard dans le règlement. Constatant le 16 août à 9 heures qu'il n'a pas reçu le chèque, il notifie immédiatement une sommation puis quelques heures plus tard la résiliation du bail par application de la clause résolutoire. Le lendemain il reçoit le chèque expédié de l'étranger. Peut-il se prévaloir de la clause prévoyant la résiliation automatique pour défaut de paiement au terme convenu ? De même si le locataire n'a pas envoyé au bailleur l'attestation d'assurance prévue contractuellement mais qu'il prouve être assuré, la clause résolutoire peut-elle jouer ?

Les victimes de ces manœuvres couvertes par le contrat ont plaidé l'exécution de mauvaise foi et obtenu satisfaction. Les tribunaux ont en effet admis que le dol ou la faute lourde commis par l'une des parties la privait du bénéfice des clauses et l'empêchait de s'exonérer de responsabilité. Ils ont également désapprouvé l'utilisation de stipulations purement formelles (date de paiement, envoi d'attestation) dans l'intention de rompre un contrat dont on veut se défaire en dissimulant ce désir sous la parure de telle ou telle clause accessoire. Au delà de la lettre les

juristes ont cherché l'esprit. C'est sans doute pourquoi l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions est de plus en plus rappelée et fait partie de ces règles qu'on ne trouve pas dans le contrat lui-même mais qui surgissent de l'examen des faits.

D'ailleurs, le contrat écrit n'est souvent d'aucun secours. Il n'a pas prévu le cas où le mandant omet sciemment de donner aucune instruction au mandataire pour lui faire commettre des erreurs, celui où le mandataire, délibérément, n'envoie à son mandant aucun rapport sur ses diligences pour le pousser à la révocation, celui encore où le loueur d'un matériel informatique avancé garde le silence complet et ne donne pas les explications techniques nécessaires sur l'adaptation de cet équipement dans le but d'amener son client à lui louer une autre marque. Aucune clause ici n'a lieu de jouer et le principe général de la bonne foi sera utile.

3) *La responsabilité pour inexécution*

Lorsqu'une partie n'exécute pas son obligation ou cesse de l'exécuter, elle est en défaut et, à ce titre, responsable. Il s'agit ici de considérer non plus la nature de l'obligation (on a déjà examiné cette question en distinguant différentes catégories) mais les conditions de la responsabilité engendrée par le défaut et ses sanctions.

Commençons par les conditions.

a) Les conditions de la responsabilité

Depuis bien longtemps, les contrats et la jurisprudence qui s'est formée à leur sujet ont mis à jour plusieurs régimes de responsabilité que la législation n'a jamais vraiment fixés de façon exhaustive et systématique, mais plutôt indiqués au passage ponctuellement et de manière dispersée.

Prenons le cas très simple de l'entreprise chargée de peindre et décorer un appartement. Elle est tenue à une obligation de résultat : l'appartement doit être repeint et décoré.

Si l'appartement n'est pas repeint ou ne l'est que partiellement, l'entrepreneur n'a pas réalisé le résultat et se trouve en défaut. Si les murs sont repeints mais cloquent et se fendillent parce que l'enduit a été mal appliqué, le décorateur encourt à nouveau une responsabilité pour avoir mal fait son travail. Il n'est plus en défaut mais en faute contractuelle.

Plusieurs régimes de responsabilité sont alors concevables.

La responsabilité peut être *fondée sur la faute* ou être *objective*. Dans le premier système le client doit prouver la faute du peintre pour que celui-ci soit déclaré responsable à son égard. Il va donc s'attacher à démontrer que les règles de l'art exigeaient une meilleure application de l'enduit et que l'on n'agit pas ainsi dans la profession. La charge de la preuve pèsera sur le demandeur. Ce sera à lui d'établir la faute qu'il allègue, au besoin en recourant à une expertise judiciaire.

Dans le second régime, le simple fait que le mur cloque rend par lui-même le peintre responsable. Peu importe qu'il ait ou non commis une faute. Imaginons même que la cause du cloquage demeure inconnue ou qu'elle réside dans la défectuosité interne du produit utilisé pour l'enduit, acheté directement par le client et fourni par lui à l'entrepreneur. L'absence de faute est alors manifeste mais cette constatation n'est pas décisive, car la responsabilité du défendeur n'est pas subjective, ne tient pas à son comportement et à ses éventuelles négligences mais à l'existence d'un dommage "objectif" qui l'expose ipso facto. Il ne pourra alors s'exonérer que par l'administration de la preuve d'un cas très particulier, comme par exemple la force majeure. La charge de la preuve est déplacée : elle incombe au défendeur et non plus au demandeur.

A partir de là on peut envisager plusieurs variantes :

— une *responsabilité pour faute lourde* avec charge de la preuve pesant sur le demandeur,

- une *responsabilité pour faute simple* avec la même règle,
- une responsabilité pour faute avec déplacement de la charge de la preuve sur le défendeur, qui est présumé en faute (c'est ce qu'on appelle la *présomption de faute*),
- une *responsabilité objective* caractérisée par une présomption susceptible d'être renversée par beaucoup de cas d'exonération (par exemple défauts de l'appartement, mauvaises instructions du client, incendie, dégâts des eaux, intervention d'un tiers, défauts cachés des produits utilisés, cas fortuit, force majeure, etc.),
- une responsabilité objective avec *peu de cas d'exonération* (force majeure),
- une responsabilité objective sans aucun cas d'exonération (c'est la responsabilité absolue ou stricte).

Lorsque l'obligation de résultat n'est pas satisfaite (l'appartement n'est pas repeint), la responsabilité ne peut être fondée sur la faute puisque le seul défaut du débiteur de l'obligation rend celui-ci responsable, qu'il ait ou non commis une faute. Si par exemple l'entrepreneur ne peut faire son travail en raison d'un manque de personnel ou par suite d'une grève, il est toujours en défaut.

C'est pourquoi une clause prévoyant l'irresponsabilité si le dommage n'a pas été causé par sa faute, ne lui sera pas d'un grand secours. Il faudrait qu'il ait d'abord supprimé l'obligation de résultat à laquelle il est astreint, ce qui ne serait pas concevable : un peintre ne peut stipuler qu'il n'aura pas l'obligation de peindre.

En revanche elle lui sera utile dans l'hypothèse du cloquage car elle contraindra la victime de cette anomalie à prouver qu'elle résulte de sa faute, ce qui n'est peut-être pas évident. Apparaît ici la distinction entre les règles définissant les *obligations* et les règles fixant les *responsabilités*.

Tous ces régimes ont été progressivement mis au point tantôt par les contrats, tantôt par la législation interne et

même internationale (voir les Conventions régissant les transports maritimes, aériens, routiers, ferroviaires). Ils ne sont pas l'œuvre capricieuse d'un homme, mais le lent résultat d'une pratique.

Ce livre n'étant pas un traité et n'ayant d'autre ambition que d'ouvrir des voies, il serait trop long d'énumérer les multiples règles non écrites qui se sont développées à partir de ces systèmes de responsabilité. On se limitera à l'expérience de la *force majeure*.

La règle stricte posée par l'article 1148 du Code Civil est bien connue : l'événement de force majeure libère le débiteur de l'obligation. Mais la loi ne dit pas ce qu'est la force majeure. Il a donc fallu préciser et approfondir cette notion.

Voici un navire qui en 1967 devait acheminer une cargaison de viande en Arabie Saoudite. Il devait la charger en France, contourner la péninsule ibérique, traverser la Méditerranée, passer le Canal de Suez et accéder à la Mer Rouge. Il avait calculé son fret en conséquence.

La guerre des six jours survint entre l'Égypte et Israël et le Canal de Suez fut fermé. L'armateur fit plaider qu'il pouvait renoncer au contrat en invoquant la force majeure et que l'on ne pouvait l'obliger à faire pour le même prix un voyage deux à trois fois plus long en passant par le Cap de Bonne Espérance. L'affrètement répliqua que la fermeture du Canal de Suez ne constituait pas un cas de force majeure car elle n'était ni imprévisible (elle s'était déjà produite) ni irrésistible puisque l'armateur pouvait exécuter le contrat en évitant le Canal de Suez et en faisant le tour de l'Afrique. Les juges donnèrent raison à l'affrètement : seul exonère l'événement qui rend l'exécution de l'obligation impossible et non pas plus onéreuse.

Si la cargaison de viande avait été frappée d'embargo en cours de transport, comme lors du conflit de 1990 avec l'Irak, l'armateur se serait alors trouvé dans un cas où l'obstacle ne pouvait être surmonté. De fait, de nom-

breuses cargaisons de viandes destinées à l'Irak ont dû être détournées vers d'autres ports, l'exécution de la livraison étant rendue impossible et même illégale par les résolutions de l'O.N.U.

La conception que les tribunaux se font de la force majeure est restrictive. Ils n'ont pas voulu en faire un prétexte permettant aux débiteurs de se défaire facilement de leurs engagements.

Par exemple la récurrence d'une maladie génératrice d'une incapacité de travail "ne présente pas le caractère imprévisible et insurmontable constitutif du cas de force majeure ayant pour conséquence de dégager un cocontractant de ses obligations".

N'a pas non plus d'effet libératoire la grève des agents d'EDF qui n'est ni extérieure à cette compagnie ni imprévisible³⁴ ou pour les mêmes raisons la grève avec occupation du navire le "France" par les membres de l'équipage qui bloquent ainsi l'utilisation de ce bâtiment³⁵ et même du port où il se trouve³⁶.

Le vol d'un camion stationnant la nuit sur route après attaque à main armée n'a pas plus été qualifié d'événement imprévisible car de telles agressions en dehors de parkings gardés s'étaient déjà produites dans cette zone.

Ni l'incendie d'un entrepôt où séjournaient des produits inflammables, ni le déraillement d'un train causé par un attentat dont la menace avait été indiquée par lettre anonyme, ni la présence de toxine botulinique dans un poisson servi par le restaurateur, ni la traversée inopinée d'un piéton hors d'un passage clouté provoquant le freinage brusque d'un car préjudiciable à ses voyageurs n'ont été assimilés à la force majeure, parce qu'un ou plusieurs de ses caractères manquaient. Et si l'empêchement inévitable était provisoire, le débiteur n'était pas pour autant exonéré mais seulement exempté momentanément jusqu'à ce que l'empêchement disparaisse.

Se sont ainsi dégagées plusieurs conditions (irrésistibilité, imprévisibilité, extériorité) qu'à l'origine ni le législa-

teur ni même les parties dans leurs conventions n'avaient précisées. Ces caractères de la force majeure n'étaient pas visibles puisqu'ils n'étaient pas écrits. Ils ont été découverts a posteriori et testés à l'épreuve de certains faits. Un débat judiciaire entre avocats les a fait apparaître. Puis, après leur émergence, le débat s'est poursuivi entre universitaires et autres spécialistes. La notion s'est précisée et approfondie. Elle est devenue une règle spontanément choisie sans aucune contrainte, au point que les contrats ont fini par s'y référer (des clauses définissent les empêchements de force majeure en reproduisant ou en élargissant les conditions retenues par la jurisprudence). De l'immensité du droit invisible elle est passée au petit droit visible.

b) Les sanctions de la responsabilité

• Les sanctions définitives : résolution et réparation

Admettons maintenant que la responsabilité soit acquise. Il reste à examiner les armes dont la victime dispose pour sa riposte. Ce sont les sanctions. A ce jour et jusqu'à nouvelle découverte il en existe deux principales : la *réparation* et la *résolution*, qui comportent elles-mêmes plusieurs catégories :

- la réparation en nature et la réparation en argent ou autre valeur monétaire,
- la résolution proprement dite et la résiliation.

Il existe aussi une sanction provisoire qui ne met pas fin aux relations des parties : la *suspension* sur laquelle on reviendra. Pour comprendre le mécanisme et l'esprit de ces sanctions, il faut comme d'habitude se mettre dans une situation concrète. J'en donnerai une que j'ai vécue.

Un navire porte-conteneur, affrété pour deux ans à un certain taux de fret, était affecté d'une certaine surconsommation de combustible par rapport aux spécifications du contrat d'affrètement. Pendant la première

année l'affrèteur subit tant bien que mal cet état de choses mais vers la fin de cette période, les frets maritimes se mirent à baisser fortement. Non seulement le navire pompait trop sur ses réserves de combustibles mais il devenait très cher par rapport aux autres bâtiments disponibles sur le marché. Se plaignant alors de l'excès de consommation, l'affrèteur rompit la charte-partie et demanda en justice la résolution de ce contrat aux torts de l'armateur.

Au nom de ce dernier dont j'assurais la défense, je contestai tout d'abord la réalité de la surconsommation. Un débat très technique d'experts suivit d'où il ressortit que si l'excès était loin d'être celui allégué par mon adversaire, il existait néanmoins.

Je fis alors valoir que l'affrèteur avait déjà obtenu un dédommagement sous forme de réduction de fret pour cette surconsommation, et qu'il ne pouvait pas avoir à la fois une réparation du préjudice qu'il subissait et la résolution de la charte partie. C'était l'un *ou* l'autre, ce ne pouvait être l'un *et* l'autre. Je présentai ensuite une troisième ligne de défense en soulignant qu'en acceptant l'imperfection du navire pendant près d'un an, l'affrèteur avait implicitement renoncé à s'en plaindre, et que ses reproches nouveaux étaient une façon de justifier son désir de sortir du contrat pour prendre à la place un navire moins cher, ce qui était juridiquement condamnable³⁷. En d'autres termes le navire était devenu "défectueux" parce qu'il était devenu trop cher. Mais, si le tribunal arbitral appelé à trancher le litige paraissait assez convaincu de cette véritable intention de l'affrèteur, il n'en demeurerait pas moins que l'armateur était en défaut sur l'une de ses obligations, et que tout au long de la première année d'exploitation des protestations et des réserves avaient été formulées. Mon contradicteur ne manqua évidemment pas d'insister là dessus. C'est pourquoi je ne me faisais pas trop d'illusions sur la force de ce troisième argument. Il m'en fallait un quatrième, subsidiaire mais en fait le plus important.

Le voici : admettons la défectuosité du navire et évaluons en le coût. En consommant plus de combustible que prévu, le navire a obligé l'affrètement à payer chaque jour une certaine somme supplémentaire pour en avitailler les réservoirs ou à réduire sa vitesse mais tout en perdant en rentabilité commerciale. Sous une forme ou sous une autre, ce dommage était chiffrable : il suffisait de prendre le journal de bord et de reconstituer par des calculs, compliqués certes mais réalisables, ce qu'avait coûté cette défectuosité. Ces calculs démontraient l'existence d'un préjudice mais d'un montant infiniment moindre que celui de la perte représentée par l'annulation de la deuxième année du contrat, dans un rapport de 1 à 50. La résolution était donc une sanction injuste car tout a fait disproportionnée au défaut.

Mais alors, me répliquait-on, à quoi sert-elle ? C'était effectivement tout le débat. Il fallait qu'elle eût une portée, une utilité mais instinctivement on sent qu'une sanction doit être proportionnée au manquement. Ici elle ne l'était pas, ce qui me permettait de contre-attaquer en demandant que la résolution fût prononcée aux torts de l'affrètement et que ce dernier fût déclaré responsable de la rupture et condamné à réparer ses conséquences pour l'armateur, c'est à dire en somme l'excès de sanction dont il avait usé. C'est en effet ce qu'admirent les différentes juridictions qui eurent à statuer en l'espèce.

La règle qui émerge de cette pratique repose sur une distinction : il y a des *obligations déterminantes*, sans lesquelles le contrat ne se serait pas fait, et des *obligations accessoires* ou plutôt non déterminantes, c'est à dire sans lesquelles le contrat aurait quand même été conclu ou l'aurait été à des conditions ou à un prix différents.

Si le navire, au lieu de trop consommer de combustible, avait été une sorte de paquet de rouille flottant, d'immense gruyère n'offrant aucune étanchéité entre ses cales, l'obligation inexécutée (la navigabilité du bâtiment) aurait été essentielle et l'affrètement, découvrant ce défaut,

aurait sans doute été en droit de résilier. Mais dans mon affaire le défaut, s'il avait été connu lors de la formation du contrat, n'aurait pas dissuadé l'affrètement de prendre le navire à ce prix, à l'époque favorable. Il aurait simplement pu le pousser à demander une réduction sur ce prix.

Là encore, l'impossibilité de légiférer efficacement apparaît. Tout est affaire d'observation des faits. La loi ne peut dire brutalement : "la surconsommation ou l'insuffisance de vitesse ne peuvent constituer des causes valables de résolution." Si elle le disait, c'est à dire si elle transformait une règle invisible en règle visible, elle viendrait perturber gravement tout l'équilibre. Car imaginons maintenant que dans mon arbitrage la consommation du navire soit multipliée par trois ou que la vitesse ne puisse dépasser 20 % de la performance promise. Dans une telle situation, c'est le désastre pour l'affrètement : la rentabilité de ses transports devient nulle en raison de la lenteur du bâtiment de mer ou de son coût exorbitant. S'il avait su, il se serait abstenu. Ainsi *la même circonstance peut être sanctionnée différemment suivant le degré de gravité qu'elle revêt* : une vitesse non conforme aux spécifications se résoudra en dommages-intérêts, une vitesse ridiculement faible pourra ouvrir droit, si elle n'est pas immédiatement réparable, à résolution. L'inexécution d'une obligation non déterminante (la vitesse) ou accessoire (le navire est livré dans un port non contractuel ou refuse d'aller charger dans l'un des ports contractuels parce qu'il le considère comme dangereux) conduit normalement à une indemnité, alors que l'inexécution d'une obligation déterminante (bon état du navire en ce qui concerne la sécurité en mer) conduit en principe à une annulation. Cependant, l'inexécution partielle de la même obligation peut donner lieu à une sanction indemnitaire seulement (certains des panneaux de cales présentent des défauts d'étanchéité, mais les conteneurs qui s'y trouvent entreposés ne risquent pas d'être avariés par humidité et il n'y a pas de danger de chavirement du navire) alors qu'à l'inverse,

l'inexécution d'une obligation accessoire (le port où le navire refuse d'aller charger est essentiel au trafic de l'affréteur, il est la plaque tournante de toute son organisation) peut ouvrir droit à résiliation.

La loi ne peut traiter ces problèmes : trop précise, elle affecterait la souplesse des solutions ; trop générale, elle ne servirait qu'à enfoncer des portes ouvertes.

On voit l'importance du rôle du juge, éclairé par les avocats :

- il apprécie la nature de l'obligation inexécutée (fondamentale ou accessoire),
- il apprécie le degré de gravité de l'inexécution,
- il peut allouer un délai de grâce au débiteur,
- il peut admettre la régularisation par le débiteur qui met fin (mais en retard) à son défaut,
- il peut ordonner la résolution ou la refuser mais accorder des dommages et intérêts au créancier, ou encore l'admettre mais y ajouter des dommages et intérêts,
- il peut encore prononcer la résolution aux torts réciproques et rechercher la part de responsabilité de chaque partie, ou au contraire ordonner l'exécution mais avec une réduction de prix.

Tout cela ne s'improvise pas et ne se décrète pas à l'avance. Il faut d'abord observer et analyser la situation.

Le dédale de décisions judiciaires et de sentences arbitrales ayant admis ou rejeté des demandes de résolution est si impressionnant, si complexe et si caractéristique de cette quête permanente du juste, qu'on voit mal comment la technique primitive de la règle unique et écrite pourrait ici intervenir et s'y substituer. Ou alors, ce serait un peu comme l'arrivée d'un éléphant dans un magasin de porcelaines.

Et comment gérerait-elle alors la distinction encore plus délicate entre résolution et résiliation ? Certes, l'on sait que la première signifie que tout est anéanti, le passé comme l'avenir, et que par conséquent les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient avant la transaction

annulée alors que la seconde n'opère point rétroactivement, mais seulement pour l'avenir. Cependant, à quels cas s'appliquent l'une et l'autre ? S'il s'agit de résoudre une vente au comptant ou même une vente dont le prix est payé en plusieurs fois par échelonnement dans le temps, on les traitera comme des contrats instantanés et l'annulation rétroagira. Pourra-t-on en faire autant si l'exécution du contrat s'étale dans le temps (on parle alors de contrat successif) ? Va-t-il falloir que le bailleur restitue au locataire les loyers perçus pendant des années, que les travaux effectués pendant plusieurs mois par l'entrepreneur soient rendus ou détruits ? Ce serait absurde. Manifestement, c'est la résiliation et non la résolution qui convient à la terminaison de ces conventions. Oui, mais que se passe-t-il si le contrat comporte plusieurs prestations dont l'une est échelonnée dans le temps et l'autre ne l'est pas ? La jurisprudence a déjà sa solution, fruit d'années de discussions dans les prétoires :

“la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses branches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible, ou fractionné en une série de contrats.”

La loi ne pourrait sans dommages entrer dans tous ces détails.

Il arrive aussi que les parties aient voulu se prémunir contre la nécessité de recourir à la justice pour solliciter la résolution ou sa variante non rétroactive, la résiliation. Elles ont stipulé que faute par une partie d'exécuter son obligation, l'autre a le droit de considérer le contrat comme rompu automatiquement, et de lui notifier que tout est fini.

Dans ce cas le juge n'a plus à apprécier s'il y a lieu ou non de prononcer la résolution, puisque le contrat lui a soustrait ce pouvoir. Son rôle se limite à constater si les conditions de la clause sont ou non réunies. Encore faut-il pour cela que la stipulation soit sans équivoque. Si elle ne

l'est pas, le juge retrouve son pouvoir d'appréciation qu'il tient du droit commun auquel les parties ne peuvent déroger que par des dispositions exorbitantes parfaitement claires. Et voilà sans doute l'inconvénient du système français développé à partir de l'article 1184 du Code Civil. Puisque la règle est que "la résolution doit être demandée en justice" et l'exception qu'elle est automatique et de plein droit, cela contraint le créancier de l'obligation inexécutée à introduire une procédure et la mener à son terme pour faire constater son droit. Or, un procès peut durer plusieurs années, surtout avec les possibilités d'appel. Pendant ce temps là, le contrat continue. Certes il sera peut-être annulé rétroactivement mais en attendant l'issue de l'instance en justice, il survit temporairement. En réalité, il est rare qu'il puisse se maintenir longtemps dans de telles conditions. Si l'une des parties fait défaut en ne payant pas la prestation de l'autre, cette dernière ne continuera pas éternellement à fournir ses services. Tôt ou tard elle les suspendra, par le jeu de ce que l'on appelle l'exception d'inexécution³⁸, ou les arrêtera définitivement. Dans l'affaire que j'ai brièvement relatée, l'affrèteur avait pris l'initiative de restituer le navire à son armateur sans attendre la décision de justice et, s'il ne l'avait pas fait en se bornant à ne plus payer le fret, c'est probablement l'armateur qui, constatant le défaut de son cocontractant, aurait repris son navire.

Le plus souvent en effet, les parties traitent la convention comme rompue, chacun prétendant que c'est par la faute de l'autre. C'est pourquoi il aurait été préférable que l'obligation de demander la résolution en justice n'existât point. En cette matière la loi intervient peu, mais ce peu est encore trop.

Regardons chez nos voisins européens : souvent le créancier a le droit, même sans clause résolutoire, de considérer le contrat comme rompu ("répudié" disent les Anglais³⁹) et de notifier au débiteur en défaut la fin de leurs relations. C'est ensuite au débiteur, s'il n'est pas

heureux de cette décision unilatérale, de la contester en justice, mais ce n'est pas au créancier de se faire autoriser à résilier. Dans certains autres pays le créancier a le droit de rompre, mais uniquement après avoir mis en demeure le débiteur et lui avoir donné un dernier délai de grâce pour s'exécuter.

L'intérêt de ces solutions anglo-saxonnes est double :

- en mettant l'initiative et la charge d'une procédure sur le débiteur en défaut, il décourage les procédures inutiles ou de mauvaise foi ;
- en faisant intervenir le juge après et non avant la résiliation, il souligne l'autonomie de la volonté : les décisions appartiennent aux parties avant tout et le juge est là pour en apprécier la valeur, non pour leur dire ce qu'il faut faire ou le faire à leur place, ou encore refaire le contrat.

La nécessité d'en référer à la justice pour se faire autoriser à prendre une décision traduit bien l'atrophie de liberté qui règne dans nos esprits.

Certes depuis quelques années le juge des référés a en France le pouvoir d'ordonner à une partie, non plus seulement de payer une dette incontestable, mais de faire, d'accomplir une obligation. Cela règle la question de la lenteur des instances, puisque le référé est une procédure d'urgence, mais cela ne la règle que pour les dettes évidentes, puisqu'une ordonnance de référé peut toujours être remise en cause. Or, le plus souvent il y a un litige sur l'exécution de la dette, on dit une "contestation sérieuse". En outre, la solution du référé manifeste souvent un manque de liberté et de responsabilité pour les parties.

Devant ces insuffisances et ces archaïsmes, on est toujours tenté de modifier la loi en abrogeant le dernier alinéa de l'article 1184, et en remplaçant dans le deuxième les mots "en demander la résolution" par "en déclarer la résolution". Ce serait la méthode positiviste : agir par le haut. Mais on ne raye pas d'un trait de plume des siècles

de pratique et cette technique est toujours dangereuse : un gouvernement change ceci, son successeur change cela ou fait le contraire et à la fin on n'a plus qu'un champ de ruines. Gardons donc notre Code Civil tel qu'il est mais laissons la jurisprudence l'adapter aux réalités et aux pratiques contractuelles.

Cette évolution est déjà commencée. Il suffit de la laisser se poursuivre. Il a en effet été jugé à plusieurs reprises que le créancier avait valablement résilié unilatéralement le contrat lorsque le débiteur s'était mis en défaut, ce en l'absence de toute clause et malgré l'article 1184. C'est somme toute assez simple. La loi exige que la résolution soit demandée en justice. Mais si elle ne l'est pas deux situations peuvent se présenter :

- ou bien celui qui a résilié l'a fait à tort pour un motif non fondé (l'inexécution porte par exemple sur une obligation accessoire) et le juge retiendra sa responsabilité pour ce motif plus que pour l'inobservation de la règle de forme de l'article 1184,
- ou bien celui qui a résilié avait raison de le faire (l'inexécution porte sur une obligation déterminante, il s'agit d'une rupture fondamentale) et dans ce cas, on a du mal à imaginer que le juge puisse annuler sa décision pour oubli du recours à la justice ; il dira plutôt que cette décision unilatérale n'était certes pas régulière mais qu'il la ratifie et la couvre parce que son motif de fond était justifié.

De cette façon, la règle légale tombera au bout d'un certain temps en désuétude, sans drame, ni à-coup, mais efficacement. Car, que font aujourd'hui les gens ? L'acheteur qui reçoit une cargaison d'orge non conforme à la spécification, va la refuser et la laisser pour compte à son vendeur. Il ne va pas attendre des années le résultat du procès qu'il engagera. D'ores et déjà il traitera la vente comme résolue, mais sans le dire, et se réapprovisionnera immédiatement en orge à une autre source car il y a pour lui urgence. Les nécessités du marché n'attendent pas. Aujourd'hui, la résolution unilatérale non judiciaire

est la pratique, qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite.

Entre cette pratique non écrite et la multiplication des clauses résolutoires dans les conventions, il ne reste que peu de place pour le dernier alinéa de l'article 1184, ce d'autant plus que le premier alinéa de ce texte, sans être en contradiction avec le dernier, va dans un sens plus "autonomiste" puisqu'il dispose que la condition résolutoire est "toujours sous-entendue".

- La sanction provisoire : la suspension

Il reste à présent, après avoir expliqué ce qu'étaient les sanctions définitives, à se pencher sur le cas de la troisième arme, provisoire celle-là, de la victime de l'inexécution : la suspension du contrat. Il se peut en effet que le créancier de l'obligation tienne au contrat parce que son prix est favorable, ou parce qu'il ne peut trouver de solution de remplacement sur le marché. Il ne veut donc ni résilier ni même se lancer dans une procédure visant à obtenir une indemnité ou à forcer l'autre à exécuter. Il préfère utiliser une arme de dissuasion pour persuader l'autre de s'exécuter. Elle lui coûte moins cher. Dans l'espèce que j'ai décrite, l'affréteur va tenter de suspendre ses paiements de fret pour persuader l'armateur de remédier à la surconsommation du navire. Le vendeur va refuser de livrer l'objet acheté tant que l'acheteur ne l'aura pas payé. Le garagiste va retenir l'automobile tant que le client n'aura pas acquitté le prix de réparation.

On donne à cette règle le nom *d'exception d'inexécution*. Elle correspond à cette idée simple au départ : "si tu n'exécutes pas ton obligation, je suis en droit de ne pas exécuter la mienne." Elle présente deux particularités :

- même si l'on en trouve des applications écrites dans certains statuts légaux particuliers, elle n'est pas formulée de façon générale par le législateur ou de façon particulière par les parties dans leurs conventions⁴⁰, c'est le type même de la *règle implicite* latente : elle est là, enfouie dans l'inconscient juridique, prête à surgir en

- cas de litige, mais le plus souvent elle reste dormante et se réveille rarement ;
- elle ne nécessite pas de recourir à la justice et ne dépend que de la décision d'une partie, sauf au juge à en apprécier la valeur par la suite ; c'est donc au début un principe de *justice privée* et il faut approuver tout ce qui aide les individus à résoudre leurs problèmes seuls, entre eux et sans intermédiaires, à en faire leurs propres juges et à soustraire ainsi leurs éventuels litiges à la justice publique.

Comme la résolution unilatérale non judiciaire, l'exception d'inexécution est une institution qui tend à augmenter le sens de la responsabilité chez l'homme. Car en prenant la décision de résilier ou de suspendre sa promesse, l'individu prend un *risque qu'il doit assumer*. Il sait qu'une telle décision, si elle a été prise à la légère ou pour de faux motifs, pourra entraîner des conséquences graves pour lui lors du contrôle a posteriori que l'autre partie ne manquera de demander au juge.

Au départ très simple, l'exception d'inexécution va se complexifier en rencontrant et parfois en se heurtant à d'autres règles invisibles que j'ai déjà évoquées. Voyons la confrontation avec le principe de la *bonne foi*.

Un fournisseur de chauffage réclame à son client une augmentation de tarif alors que le prix du fuel a baissé ainsi que les frais de déplacement (il alimente tous les appartements de l'immeuble). Le consommateur refuse et paie la facture au tarif ancien. L'entrepreneur réplique en suspendant sa fourniture, l'appartement n'est donc plus chauffé. Le fournisseur peut-il invoquer l'exception d'inexécution ? La bonne foi s'y oppose. L'augmentation n'a pas forcément été prévue par le contrat. Elle est disputée et n'apparaît pas fondée. La partie incontestable de la facture ayant été réglée, la créance paraît très incertaine. L'exception ne peut jouer que pour des obligations certaines. Elle cède devant l'exigence de bonne foi.

Observons maintenant ce qui se passe lorsque l'excep-

tion trouve sur son chemin la *force majeure*. La Cour de Cassation a tranché sans ambiguïté sur ce point : si une partie ne peut accomplir son obligation en raison d'un événement de force majeure, le défaut n'en existe pas moins ; or c'est le défaut et non point son motif qui donne droit à invoquer l'exception.

Et la distinction entre obligations déterminantes et accessoires ? Joue-t-elle ici ? La réponse est oui. Si l'inexécution porte sur une obligation accessoire, la victime ne peut riposter valablement en suspendant une obligation fondamentale, mais elle peut suspendre une obligation accessoire. Il faut de toute façon que les obligations suspendues offrent à peu près le même degré de gravité.

- La montée du simple au complexe

Ainsi toutes ces règles s'articulent-elles, soit en cédant au profit de l'une d'entre elles, soit en prévalant sur les autres, soit encore en se combinant sans heurt. Il en résulte tout un jeu naturel qui oblige les règles à perdre toute rigidité pour avoir la plus grande souplesse. Cela permet tout à la fois une lente évolution du simple vers le complexe et une pérennité des principes.

Sans doute touchons-nous là un aspect essentiel du droit invisible sur lequel il faut insister : *la montée du simple au complexe*. Des scientifiques et des philosophes tels que Bergson et Teilhard de Chardin ont eu l'occasion de découvrir dans l'histoire de la pensée humaine un dynamisme intrinsèque, ce que Bergson appelle "l'évolution créatrice".

Rarement s'est-on posé la question en droit. Même l'histoire du droit se concentre souvent sur l'observation des lois et institutions anciennes, le "macro-droit" (pour transposer le terme "macro-économie") et néglige le "micro-droit", c'est à dire l'étude des raisonnements et comportements juridiques individuels d'une époque à une autre.

Or, il est frappant de constater que la loi étatique ne stimule pas la montée du simple au complexe parce qu'elle

est statique, comme elle n'encourage pas la comparaison, la réflexion, bref l'intelligence, puisqu'elle suppose l'obéissance aveugle. Paradoxalement, elle est à la fois statique et instable.

Instable parce qu'elle est devenue changeante au gré des caprices des gouvernements et majorités politiques qui se succèdent. Statique parce que les règles qu'elle pose sont explicites et donc fixes ; elles évoluent difficilement, sauf si la loi est sujette à interprétation parce que très générale (ce qu'elle n'est plus) ou obscure (ce qu'elle est rarement au pays de Descartes).

A l'inverse, les règles invisibles sont propulsées par le mouvement de la vie, les nécessités de l'adaptation, la force de la liberté. Elles ne sont jamais achevées car elle ne sont pas l'œuvre d'un homme ni même d'une équipe, mais le résultat d'actions diverses et non concertées. Elles sont les réponses naturelles du Droit à la violence, à la peur, à la méfiance, à l'asservissement.

On sait aujourd'hui que l'homme a deux cerveaux, trois si l'on considère la strate reptilienne. Le cerveau ancien, celui que nous avons en commun avec les mammifères, est le siège des instincts, réflexes, pulsions. Il organise le conditionnement. A l'oppression, l'obstacle ou la contrariété il réagit par une défense de même nature c'est à dire par une agression en retour, un obstacle opposé à l'obstacle, en somme par une destruction ou au moins une neutralisation de l'attaque. Les énergies s'annihilent. De la même façon la norme décrétée par le prince va organiser le territoire : face à un comportement jugé (à tort ou à raison) mauvais pour obtenir un comportement jugé bon, elle va interdire, ordonner, soumettre. Estimant qu'il est fâcheux qu'un locataire puisse se voir donner congé par son propriétaire avant trois ans, le prince va promulguer une règle de défense prohibant les baux de moins de trois ans. Considérant qu'il est heureux que l'on ne travaille pas le dimanche, il va empêcher tous ses sujets de travailler ce jour-là. Ces règles traduisent des réactions instinctives de protection. Elle apportent leur part de destruction : en

interdisant les baux courts ou le travail le dimanche, elles portent préjudice à ceux qui recherchent une courte location ou à travailler le dimanche, et en plus elles évacuent toute interrogation, tout choix pour ces personnes.

Mais voici le néo-cortex, ce cerveau nouveau que l'homme a en propre et qui donne accès à la connaissance réfléchie. Ses moyens face à la violence ou à la difficulté sont la pensée et la création. Au lieu de riposter de façon primaire, il va s'efforcer de transformer l'agression nue, de la modifier, de l'employer à des fins utiles. Le droit invisible va ici jouer son rôle : les solutions pacifiques qu'il offre vont rendre inutile la méfiance comme la peur et mettre à la disposition des individus toute une palette de possibilités, de choix, d'armes juridiques qui vont transformer le combat physique brutal de deux êtres primitifs en une rivalité plus sophistiquée dans laquelle seront employées toutes les ressources de l'intelligence. Ces joutes deviendront parfois tellement subtiles qu'elles prendront l'aspect de jeux (le marchandage précontractuel) ou de dialogues (les discussions en vue d'un accord transactionnel). C'est ainsi qu'au lieu de répondre à la violence par la violence, au vol par le vol, à l'opposition par le goulag, l'homme "invente" l'échange, l'assurance, la démocratie qui sont autant de découvertes juridiques face à ces problèmes. Le droit invisible apporte la sécurité et la civilisation parce qu'au lieu d'imposer une solution simple aux individus, il leur donne seulement des guides d'action, des critères, des notions en les laissant libres de puiser dans ce trésor ce qu'ils estiment approprié. Ainsi, petit à petit, insensiblement mais inexorablement, s'élabore la montée du simple au complexe, vérifiant la parole rapportée par saint Matthieu : "tout maître de la loi qui devient disciple du Royaume des cieus est semblable à un propriétaire qui tire de son trésor des choses nouvelles et des choses anciennes." Inépuisables et sans cesse renouvelées par l'expérience et l'initiative, telles sont les richesses

du droit invisible par contraste avec le rationnement provoqué par la législation.

A l'inverse des animaux qui sont soumis à des normes biologiques immuables auxquelles ils ne peuvent se soustraire, les hommes ne sont pas assujettis à et protégés par une préprogrammation. Ils sont libres. Leurs actions ne sont pas prédéterminées mais choisies, ce qui implique qu'ils recherchent et trouvent par eux-mêmes et en eux-mêmes les valeurs objectives leur permettant de vivre. Ces valeurs existent mais elles ne sont pas plus directement perceptibles que les lois de la physique, car elles ne sont ni écrites ni obligatoires. Toute l'exaltante aventure humaine gît dans cette quête.

D. La réparation

Le défaut est établi. La responsabilité est acquise. "Il reste à réparer le dommage en son intégralité", décident les juges. Mais quel dommage ?

Rappelons le fameux exemple de la vache charbonneuse de Pothier, bien connu des juristes mais moins du grand public : la vache malade contamine sa voisine, laquelle passe les microbes à l'animal suivant, et ainsi de suite jusqu'à ce que tout le troupeau soit atteint ; faute de bêtes, le fermier ne peut plus cultiver ses champs et, faute des revenus générés par son agriculture, il ne peut plus payer ses créanciers qui saisissent sa ferme et provoquent sa faillite puis son suicide. Où s'arrête la réparation dans la chaîne infinie des causalités ? Peut-on remonter jusqu'au déluge ou à Mathusalem ?

Les articles 1150 et 1151 du Code Civil disposent que la perte éprouvée ne doit être réparée que si elle est une suite prévisible, immédiate et directe du défaut. Mais la conception que la jurisprudence s'est faite de ce préjudice réparable a beaucoup évolué. Voilà encore des textes qui, au fil des décennies, ont été développés, prolongés et

précisés par les abondantes applications pratiques des jugements et arrêts.

Le préjudice, disent ces décisions, doit être certain et non pas éventuel, mais peut aujourd'hui inclure la perte d'une chance, comme la perspective d'un prêt bancaire avec hypothèque sur la ferme qui aurait été manqué en raison de la dévastation de tout le troupeau.

Il doit être en outre direct, caractère dont l'appréciation a varié : au début du XIX^e siècle, sans doute seule la contamination de la vache voisine aurait été prise en considération ; il y a encore 40 ans la maladie ou la mort de tout le cheptel par la vache charbonneuse était réparable ; aujourd'hui, l'indemnisation comprendrait aussi la perte d'exploitation et le manque à gagner constitués par l'impossibilité de cultiver les champs destinés à l'élevage, mais n'irait pas jusqu'à inclure les poursuites par les créanciers, car le lien de causalité est trop lointain pour être envisagé en droit.

Le préjudice réparable doit enfin pouvoir avoir été prévu : le vendeur de la vache malade pouvait imaginer que tout le troupeau serait infecté ou décimé et peut-être que l'exploitation de la ferme serait affectée, mais pas que ces difficultés seraient suivies d'une faillite. De même, le responsable de l'incendie d'un château pouvait prévoir que sa négligence provoquerait l'anéantissement des biens et des murs, peut-être la perte de loyers pendant la reconstruction, mais pas les frais correspondants aux intérêts d'un emprunt contracté pour assurer la mise hors d'eau du bâtiment incendié. De même encore, la société chargée de garder le mobilier à elle déposé ne pouvait prévoir que la valeur de ces meubles était supérieure à celle déclarée dans le contrat. Tout dépend bien sûr des usages de la profession. Le fondement de ces solutions prétoriennes est que, même si la victime doit être indemnisée de l'intégralité de son préjudice, l'auteur du dommage ne peut être responsable indéfiniment de toute la misère du monde.

La responsabilité individuelle s'oppose ici à sa propre

extension. Trop lourde et sans limites, elle finirait par perdre tout contour précis, tout relief net pour se diluer dans une automaticité inhumaine qui impliquerait paradoxalement l'irresponsabilité des autres. En effet, si l'on peut concevoir qu'un phénomène naturel produit inexorablement ses effets (par exemple la rupture dans la chaîne écologique due à une pollution va forcément engendrer une série de dommages en cascade), cette automaticité disparaît lorsqu'il s'agit du milieu humain qui n'est pas sujet à de tels déterminismes car il y règne une certaine liberté de choix. Ainsi, les créanciers de l'agriculteur dont la production est suspendue par la vache charbonneuse sont libres de le poursuivre tout de suite ou d'attendre un possible rétablissement. Le paysan lui-même est libre d'échouer ou de réussir. Peut être parviendra-t-il à se sortir de ce mauvais pas en empruntant auprès d'amis pour rembourser ses dettes, en exploitant une autre ferme, en s'engageant ailleurs comme ouvrier. Les chemins sont multiples. Rien n'est jamais sûr. Il y a un certain aléa et c'est cet aléa, caractéristique de la liberté de l'homme, qui est la limite de la réparation engendrée par la responsabilité. En d'autres termes la responsabilité est l'envers de la médaille de la liberté mais la liberté est elle-même en raison des aléas, des limites de prévision de l'homme, en fait en raison de sa nature propre, l'envers de la médaille de la responsabilité. *Responsabilité et liberté sont donc les deux faces d'une même médaille* : si l'individu libre est responsable de ses actes, la liberté veut qu'il ne soit responsable que de ses actes et non pas de ceux des autres. C'est pourquoi la responsabilité a par nature une limite sur laquelle s'exacerbe la controverse : faut-il admettre les clauses limitatives de réparation et les clauses pénales ?

1) *Limitations conventionnelles de réparation*

Celles-ci ont fait l'objet de vives et constantes critiques de la part des juristes interventionnistes, partisans de protéger le faible face au fort dans les contrats. L'argu-

ment majeur consiste à dénoncer l'illogisme qu'il y aurait à assumer une obligation, tout en limitant les conséquences de sa violation à une somme dérisoire.

Cette approche procède d'une confusion entre le domaine de la responsabilité et celui de la réparation, qui se cantonne à la seule question du dommage indemnifiable. Si la critique qu'on vient de rapporter n'encourt pas ce reproche méthodologique lorsqu'elle se concentre sur les seules clauses d'exonération de responsabilité, elle s'y expose lorsqu'elle attaque les limitations contractuelles. Il faut en effet bien comprendre qu'il y a dans les contrats trois stipulations distinctes mais qui se confondent souvent en une seule, ce qui est une source fréquente d'erreurs :

- par les premières on détermine l'étendue de son obligation,
- par les secondes on se déclare ou non responsable de l'inexécution de cette obligation,
- par les troisièmes on fixe le montant de la réparation de cette inexécution.

L'hôtel ou le garage qui déclinent toute responsabilité en cas de vol d'objets précieux dans les chambres ou les véhicules, et qui précisent que leur responsabilité sera limitée à 2 000 F en cas de vol ou de perte quelconque des objets confiés en dépôt à leur garde, disent ainsi trois choses :

- ils n'assument pas l'obligation de dépositaire dans les chambres, ou les voitures mais l'assument en revanche pour les objets à eux remis (*règle d'obligation*),
- ils ne sont de ce fait pas responsable en cas de vol dans les chambres ou les voitures (*règle exonératoire de responsabilité*),
- en cas de dommages aux objets qui leur ont été confiés ils limitent toute réparation à 2 000 F (*règle de réparation*).

Si le client dépose une somme de 1 700 F à la réception

de l'hôtel, et qu'un cambriolage soit perpétré à l'encontre de cet établissement, il va subir d'une part la perte matérielle de la somme et d'autre part les dépenses qu'il lui faudra exposer pour pallier cette perte. En effet, démuní, il a demandé à sa banque une avance par transfert et a subi des agios, ainsi que des frais de virement ; faute d'argent disponible immédiatement, il n'a pu payer le prix d'une excursion familiale de deux jours pour laquelle il avait payé 300 F d'arrhes, lesquels ont été retenus à titre de dédit. Au total le préjudice se chiffre à 2 100 F. Si la perte des arrhes est considérée comme une suite directe du vol, la victime se fera indemniser 2 000 F par l'hôtel (il en serait de même si elle avait perdu 5 000 F). Si cet événement n'est pas qualifié de direct, elle recevra 1 800 F de l'hôtel, le plafond n'ayant pas été atteint.

Imaginons maintenant que l'hôtel ait arrêté à 100 F le montant de la réparation à verser. La victime devra-t-elle s'en contenter ? Non car le deuxième alinéa de l'article 1152 du Code Civil pourra ici être invoqué : "le juge peut... modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est *manifestement* excessive ou dérisoire". Le mot "manifestement" est important car il souligne que le juge ne peut, sous couvert d'interprétation, arbitrairement refaire les conventions conformément à son idéal de justice. Les contrats n'ont pas à être reconstruits mais à être respectés tels qu'ils sont, sauf s'ils contiennent des pièges, c'est à dire des termes qui ont pour effet de retirer à d'autres termes leur portée pratique. En l'espèce une indemnité de 100 F est "manifestement dérisoire" et la clause serait par conséquent réputée non écrite.

En raison de l'article 1152, les limitations conventionnelles sont aujourd'hui condamnées à être d'un montant raisonnable et à prendre de plus en plus la forme de forfaits de réparation. C'est pourquoi leur réprobation n'est pas fondée. D'ailleurs, ni la législation ni la jurisprudence n'ont jamais proclamé une prohibition générale de ces clauses, même dans les contrats d'adhésion⁴¹. Il

faut cependant reconnaître que les tribunaux ne les aiment pas et s'arrangent souvent pour leur ôter toute efficacité, soit en dénichant quelque part une faute lourde qui prive le débiteur de leur bénéfice soit en les déclarant abusives (loi Scrivener) soit dans certains domaines (vente, transport, etc...) en appliquant une loi spéciale impérative qui comporte souvent elle-même son propre régime de limitation.

Or, les clauses limitatives sont pourtant justes et utiles. Justes parce qu'elles rappellent que la réparation du préjudice ne peut pas être illimitée dans la société des hommes où règne un certain aléa dû à la liberté et à l'absence de tout déterminisme. Utiles parce qu'en limitant ses risques financiers par des primes d'assurance moins fortes le prestataire de services pourra réduire ses coûts et faire payer moins à son client. On connaît la phrase "trop d'impôt tue l'impôt". Pareillement pourrait-on dire aussi "trop de responsabilité tue la responsabilité."

Regardons les régimes qui instituent des responsabilités écrasantes. Ils pèsent lourdement sur le budget des entreprises. George Gilder a montré combien le coût éventuel d'un procès en matière de responsabilité civile, d'atteinte à l'environnement, de droit de la consommation obérait gravement les bilans des sociétés américaines et affectait donc leur capacité d'investissement. Longtemps, dans certains états des USA, la responsabilité médicale a été si forte dans son principe et si étendue dans son quantum que les médecins, se sachant responsables de tout dommage même sans faute de leur part, craignant le procès, ont fini par éviter de prendre toute initiative, de donner le moindre conseil supplémentaire. La méfiance est revenue pervertir les mentalités.

Comme toujours, lorsqu'un individu sent que l'on veut lui faire supporter seul un préjudice collectif lié à un mode de vie dont il n'est pas responsable, il va consacrer une part de son énergie à des fins stériles pour échapper à

sa responsabilité. Ainsi, du transporteur d'hydrocarbures rendu responsable de la pollution causée par la nature propre de ces produits pétroliers plutôt que leur propriétaire. On voit alors se multiplier les sociétés à responsabilité limitée dont le capital sera très faible par rapport aux risques courus. Les éventuels responsables mettent au point de savants montages tendant à organiser une insolvabilité fictive. Tout ceci souligne à nouveau l'intérêt des solutions du droit invisible : liberté des parties dans l'expression de leur volonté, éventuellement modérée par le juge qui use rarement de cette faculté. Tel est le bilan des clauses limitatives. Voyons maintenant la situation inverse : les stipulations qui ont pour objet d'accorder au demandeur plus que son préjudice réel.

2) Augmentations conventionnelles de réparation : les peines privées

Ceux qui, croyant défendre la faible victime d'une violation du contrat, stigmatisent les limitations de responsabilité, devraient être satisfaits lorsque cette faible victime a droit à une réparation supérieure à son préjudice. Ils ne le sont pourtant pas davantage. Au fond, ce qui leur déplaît, c'est que les individus en prennent à leur aise avec la justice en organisant contractuellement la leur propre, démontrant ainsi qu'ils peuvent se passer des "services publics" et qu'ils entendent leur soustraire le règlement de leurs différends. Tous les jours se concluent des conventions où culmine ainsi une irrévérencieuse indépendance à l'égard du prince : une clause leur appliquant les usages du commerce et à défaut un droit étranger adjointe à une clause d'arbitrage les retirant à la supervision de la justice française, une clause pénale pour un certain type de situation couplée à une clause limitative pour un autre type de situation, de nombreuses stipulations fixant les obligations et prévoyant les cas d'exonération de responsabilité, etc.

Les augmentations de réparation posent la question de la peine privée. On évoquera par la suite le droit nord-américain et on déplorera cette maladie judiciaire moderne, la “réparationnisme”, véritable obsession d'allouer de fortes indemnités qui aveuglent l'impartialité des magistrats et des jurés. Examinons maintenant un autre aspect, plus positif, de ce droit : les “punitive damages”.

Si le conducteur d'une automobile blesse un piéton parce qu'il ne l'a pas vu traverser la chaussée, il pourra être tenu pour responsable mais il n'y aura pas lieu à “punitive damages” car le fait dommageable ne se sera pas accompagné d'une faute particulièrement grave ou d'une intention malveillante. Mais s'il est établi que ce conducteur roulait à une vitesse bien supérieure à celle autorisée ou était dans un état d'ébriété ou n'avait pas respecté les feux ou le “stop” volontairement, même si ces circonstances ne sont pas à l'origine de l'accident, de nombreux tribunaux américains et canadiens ont entendu les sanctionner non par des peines mais par l'allocation aux victimes d'indemnités sanctions.

De même, une rupture de contrat n'est pas en soi génératrice de tels dommages aux États-Unis, la réparation du préjudice se limitant à la perte financière effective résultant de la rupture. Mais si celle-ci s'accompagne d'une intention de nuire ou constitue une fraude engendrant un trouble important, des indemnités sanctions peuvent être allouées : ainsi lorsqu'une banque refuse d'honorer le chèque tiré par un de ses clients alors que le compte est provisionné, ou lorsqu'un agent immobilier tenu au secret professionnel le viole délibérément pour faire échouer l'opération projetée par son commettant et la faire réaliser par un concurrent.

Un des cas les plus connus en Europe est celui de la grève des aiguilleurs du ciel d'août 1981 dans les aéroports de New York, Chicago, Atlanta, Leesburg et Langmont (Colorado). Les exactions auxquelles s'était livré le

“Professional Air Traffic Controllers’ Organization”, dit PATCO, n’étaient pas seulement des obstructions à la liberté du travail par piquets de grève, mais plus généralement le fait même de la grève qui était illégale puisqu’interdite par le statut de la profession pour des raisons évidentes de sécurité. Le préjudice causé par une telle grève, en paralysant gravement le trafic aérien pendant plusieurs jours dans les aéroports, était immense. Le PATCO a été condamné à réparer celui déjà subi et à cesser pour le futur ses agissements, ceci sous astreinte. Mais, en plus du préjudice réel, les juges ont voulu sanctionner le caractère délictueux de la grève et surtout l’attitude brutale qui consistait à prendre le public en otage pour forcer l’Etat à accorder aux aiguilleurs, déjà fort bien rémunérés, tel ou tel avantage matériel supplémentaire. Pour éviter que cette forme de chantage, fréquemment utilisée par des syndicats sans scrupule, ne se reproduisît, ils ont accordé des dommages-intérêts punitifs aux passagers bloqués, à l’Etat fédéral, aux aéroports, bref aux victimes de ces méthodes. Ces indemnités, qui représentaient parfois le double, voire le triple du préjudice effectif, se montaient dans certains litiges à plusieurs millions de dollars.

Voici donc une façon de traiter le problème de la punition, dont la fonction est de dissuader la répétition de l’acte dommageable : transférer l’initiative de la poursuite et le bénéfice de la peine, de la société (représentée chez nous par le Parquet) à la victime elle-même, c’est à dire privatiser la punition. En Europe cette “privatisation” n’est possible qu’en matière contractuelle si les parties l’ont prévue.

L’article 1152 pose le principe : ces clauses sont valables et lient le juge, qui ne peut allouer ni moins ni plus, sauf la faculté de pondération qui lui est conférée (mais dont il use peu). La révision de la clause est donc l’exception et son application, le principe. Il est dès lors tout à fait possible qu’elle entre en jeu alors que l’inexécution de

l'obligation qu'elle sanctionne n'a causé aucun préjudice. Si le contrat prévoit une pénalité au cas où le fournisseur d'un produit ne le livre pas dans un certain délai et qu'à la suite d'un tel manquement (la livraison n'est pas faite à la date fixée), l'acheteur s'approvisionne auprès d'un autre vendeur qui lui facture un prix moins élevé que celui convenu dans la convention inexécutée, l'acheteur a en définitive tiré profit du défaut de son premier vendeur. Il n'en a pas souffert. La pénalité lui sera néanmoins due, simplement parce que la clause a pour but de punir et pas seulement de réparer.

On aurait pu craindre qu'un jour ou l'autre le juge ne prît ombrage de se voir dépossédé de la sorte du pouvoir de punir et ne profitât de la prérogative nouvelle que lui octroyait l'article 1152⁴² pour reprendre aux parties ce que celles-ci lui avaient ôté. Il n'en fut rien. La Cour de Cassation a constamment donné une interprétation restrictive au pouvoir d'intervention du juge dans la clause pénale, et ceci à plusieurs égards. D'abord, elle a censuré les arrêts qui ne motivaient pas suffisamment leur décision de modérer la pénalité, en rappelant qu'il s'agissait d'une exception à un principe. Ensuite, elle a refusé de qualifier de clauses pénales certaines stipulations qui ne se présentaient pas strictement comme telles (clauses résolutives, de non concurrence, d'indemnité pour remboursement anticipé d'un prêt ou pour immobilisation, majorations de retard). Enfin, elle a toujours cantonné le pouvoir du juge à la seule pondération de la peine, lui refusant celui de la supprimer ou même de la réduire à une somme inférieure au préjudice réel (cela est peut-être évident puisque la clause perd alors son caractère pénal, mais il valait mieux que cela fût dit clairement).

Il est rare, convenons-en, de voir une autorité user modérément et parfois refuser de se servir d'un pouvoir dont elle dispose. Cela montre d'une part le respect dans lequel les juges tiennent l'autonomie de la volonté exprimée par le contrat, et d'autre part les insensibles progrès

réalisés par la notion de peine privée ainsi que la faveur dont elle jouit dans l'esprit des magistrats en ces temps de montée de la criminalité et de défaillance des services publics de répression. Certes, on ne l'a pas encore accueillie dans le cercle respectable des idées officiellement admises et reconnues comme telles. Elle est encore dans l'antichambre ou le boudoir et, quand on la fait passer au salon, on l'affuble de quelque nom plus présentable tel que "préjudice moral", "pretium doloris" ou "perte commerciale indirecte", alors qu'aucune preuve sérieuse ne vient établir la réalité de ces qualifications. Qu'importe, un jour viendra où la peine privée entrera au salon par la grande porte et sans autre titre que le sien propre.

E. Les découvertes de la jurisprudence en matière de contrats spéciaux

Après avoir donné un aperçu de quelques règles non écrites régissant les obligations contractuelles en général, il n'est pas sans intérêt de se pencher sur les législations particulières réglementant séparément certains contrats. On sait tout le mal qu'il faut en penser et à quelles aberrations elles conduisent⁴³ par exemple en matière de location, de prêt, de monopole de fiscalité ainsi que pour les contrats de travail ou de vente à domicile.

Comparés à ces égarements des temps modernes, les principes du Code Civil paraissent plus raisonnables. Or, on reconnaît trop rarement qu'ils ne sont pas pour autant justifiés. Tant que le Code Napoléon se limitait à édicter des règles abstraites sur les obligations en général, il ne donnait pas de solutions toutes faites mais des outils pour trouver des solutions. Dès qu'il s'occupe d'aller dans le détail, il contrevient à cette neutralité. Souvent d'ailleurs, ses dispositions n'ont pas résisté à l'épreuve du temps. La furie législative s'en est emparé et les a modifiées, abrogées, réduites, découpées, manipulées au gré des caprices

ou des intérêts des politiques. Que reste-t-il notamment de ce qu'il édictait en matière de louage ?

Si d'autres portions de ce monument ont connu un sort plus enviable, cela tient à leur caractère supplétif.

1) *L'avantage des lois supplétives*

Contrairement aux lois impératives, les lois supplétives ne s'imposent pas aux parties contre leur volonté mais ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté contraire. Lorsque l'article 1583 déclare la vente "parfaite" dès que les parties ont convenu de la chose et du prix même si le prix n'a pas été payé, il offre là une solution qui s'appliquera si la convention est silencieuse sur ce point, ce qui est rare, mais il ne force pas les parties à se soumettre à un ordre. De fait, elles lui préfèrent souvent une clause de réserve de propriété qui retarde le transfert de propriété jusqu'au moment du paiement. Les personnes contractantes ont ainsi le choix : elles peuvent insérer une clause de réserve ou prendre une des autres formules que le commerce international met à leur disposition (F.O.B, C.A.F., C & F., Franco, poids délivré) qui sont autant de variantes ; elles peuvent enfin ne rien dire et c'est alors l'article 1583 qui intervient, mais uniquement parce qu'elles l'auront voulu. Dans une telle perspective, la loi étatique cesse d'être spoliatrice parce qu'elle n'a plus le monopole. D'autres formules sont en concurrence avec elle. Il suffit de choisir de l'adopter ou de l'écarter. Avec le marché unique européen, nous connaissons une renaissance des lois supplétives. En effet, les parties qui ont des contrats internationaux présentant des rattachements avec différents pays de la CEE peuvent choisir de se placer sous l'empire de l'un ou l'autre de ces systèmes juridiques. Les Etats, producteurs de lois, vont donc se trouver en compétition les uns avec les autres. Si un Anglais achète à un Français une usine à construire et que le constructeur soit allemand, les parties

auront le choix entre les droits de ces trois pays. Chacun préparera dans le cabinet de son conseil un projet de convention avec le droit qu'il estimera le plus favorable à ses intérêts : la loi allemande pour le constructeur, la loi française pour l'acheteur anglais, car elle est souvent utile aux acheteurs, la loi anglaise pour le vendeur français car elle est meilleure pour les vendeurs. Puis les parties négocieront. En échange de tel ou tel avantage de prix, de délai, de paiement, l'un consentira à l'application de la loi de l'autre. Ou bien ils trouveront une solution de compromis, un mélange de lois. De ces discussions, il sortira peut-être une loi nouvelle qui ne sera ni française ni anglaise ni même européenne, mais qui sera un mélange de lois anglaises et françaises recomposé à partir des besoins de chaque contractant.

Après quoi, lors du contrat suivant, instruites de quelques expériences heureuses ou malheureuses, les parties modifieront ceci ou cela dans la loi choisie, jusqu'à ce que les règles applicables leur paraissent être non pas les meilleures mais celles qui conviennent le mieux à leur situation. D'autres en feront autant dans un cas similaire. Et, petit à petit, par leurs pratiques, les personnes influenceront la loi elle-même et leurs producteurs, au lieu que ce soit ces derniers qui cherchent à les influencer. La tendance se sera inversée.

C'est là l'un de nos espoirs. Il n'est pas vain. Il a déjà commencé à se réaliser. En effet, pendant que les bureaucrates de Bruxelles contre-attaquent en essayant d'"harmoniser" les normes fiscales et sociales, c'est à dire d'unifier et de resserrer les chaînes dans lesquelles les citoyens sont tenus par les Etats, tous les jours les juristes des particuliers élaborent, conçoivent, innovent. De nouvelles conventions prennent vie qui empruntent ici au droit italien, là au droit néerlandais, là encore aux usages. Parfois on ne leur a même pas trouvé un nom et elles gardent les oripeaux de la location, du louage de service, de la vente jusqu'à ce que de savants juristes les qualifient

de crédit-bail, de transfert de technologie, d'affacturage, de "franchising", de "marketing". Les mots seront toujours en retard sur l'imagination et la créativité humaine, a fortiori les lois. C'est pourquoi leurs rédacteurs sont toujours bien inspirés lorsqu'ils font preuve de modestie et d'intelligence en donnant à leur œuvre un caractère supplétif. Ils délivrent ainsi un message d'espoir : "— Voilà, nous disent-ils, les règles qui nous semblent les meilleures, mais peut-être aurez-vous une idée différente, trouverez-vous un autre besoin, une façon nouvelle et originale de résoudre une difficulté sur laquelle nous butons tous depuis des années. Peut-être encore nous sommes-nous trompés ici ou là dans l'ordonnancement de nos principes. Aussi, nous nous refusons à vous y assujettir de force et nous entendons vous reconnaître le droit de les choisir s'ils vous conviennent comme de les écarter si vous leur en préférez d'autres, ou si vous estimez qu'ils lèsent vos intérêts ou choquent vos convictions."

Ce discours, apparemment utopique, pourrait être tenu dès demain par tout gouvernement dans l'exposé des motifs présentant un projet de loi purement supplétive. Il fut longtemps celui des auteurs du Code Civil. Et si, aujourd'hui, la norme supplétive a pris un nouvel essor, c'est parce qu'outre les dispositions de diverses codifications qui ne sont pas d'ordre public⁴⁴, le marché européen a eu pour effet de retirer à certaines règles leur caractère impératif. Il suffit en effet désormais de se trouver dans une situation internationale, c'est à dire, présentant des éléments extérieurs au droit français, pour pouvoir prétendre échapper à son application alors que normalement on ne peut y déroger. Le cadre français employé par une entreprise allemande pour une mission de deux ans en Espagne va peut-être pouvoir échapper au carcan du droit du travail français. Pourtant les trois législations française, allemande et espagnole, sont obligatoires ; nul ne peut y déroger. Mais ici, on hésite quant au critère d'application : est-ce la nationalité de l'employé ? celle de

l'employeur ? ou le lieu du travail ? On hésite parce que les systèmes étatiques sont en concurrence. *Bien qu'impératifs en théorie, ils sont devenus supplétifs par la force des choses.* Dans l'espèce en question c'est normalement le droit espagnol qui s'appliquera, l'Espagne étant le lieu d'exécution du contrat. Le droit français sera donc éliminé *bien que d'ordre public*. Mais peut-être les parties auront-elles prévu une clause attributive de juridiction en Allemagne, et de faire régir leurs relations par le droit français sur certains points seulement comme la retraite, les congés payés, etc... Dans ce cas, le litige éventuel devra être tranché par une juridiction allemande, mais conformément à la loi espagnole et avec certaines dispositions de droit français. L'interprétation des droits espagnol et français ainsi que de leur compatibilité par un juge allemand donnera en fait quelque chose d'autre, quelque chose d'un peu différent de ces droits eux-mêmes. Ainsi, la concurrence des lois nationales ne leur retire pas seulement leur aspect obligatoire : elle crée un droit autre, qui est le résultat de leur confrontation. De sorte que les dispositions impératives qui régissent certains contrats en France ont elles-mêmes commencé à changer de fonction.

2) *La spécialisation des droits nationaux, conséquence de leur concurrence*

On le sait, les législations autoritaires entendent favoriser certaines catégories de personnes au détriment d'autres. Comme les forces en présence ne sont pas toujours les mêmes d'un pays à un autre ni les groupes de pression, les systèmes divergent facilement. Vraisemblablement la concurrence dans la Communauté Européenne va accentuer certaines de ses divergences si la bureaucratie socialiste de Bruxelles échoue à étendre sa domination par des politiques d'"harmonisation" systématique.

Par exemple, la France est un pays très protecteur de la propriété littéraire et artistique alors que les États anglo-saxons sont plus favorables aux producteurs et exploitants commerciaux de ces œuvres. Les droits d'auteur connaissent ainsi différent sort et les contractants le savent. Chacun va donc insister pour faire régir le contrat par la loi qu'il préfère. Au service des artistes, la loi française s'affinera encore davantage pour tenir compte de leurs intérêts dans telle ou telle situation nouvelle. Le problème s'est déjà posé avec les projections vidéo. Rappelons la loi Fillioud qui interdit la projection vidéo des films qui viennent de sortir dans les salles de cinéma. Les droits anglais et allemands iront en sens inverse pour les producteurs, éditeurs, distributeurs, organisateurs. Les États et leurs légistes deviendront des sortes de syndicats ou de cabinets d'avocats proposant des textes à leurs clients. Ensuite les parties négocieront entre les deux textes tirés des règles étatiques, et un compromis contractuel émergera, indépendant des lois.

Ainsi, la concurrence provoque la "spécialisation" et celle-ci accentue à son tour la concurrence. Toutes deux agissent l'une sur l'autre et achèvent le processus de désacralisation de la loi.

3) La responsabilité du vendeur pour vice caché

Parmi les règles obligatoires les plus réputées et les plus anciennes figure la garantie des vices cachés qui figure dans le Code Civil. Elle est aujourd'hui devenue un argument de vente pour les fabricants et constructeurs français par rapport à leurs rivaux allemands, japonais et américains : "en achetant français vous avez en plus, et sans augmentation de prix, une garantie imposée par la loi que vous ne trouvez dans aucun autre système juridique ; vous êtes donc mieux couverts pour l'après-vente."

C'est exact, mais voyons en quoi consiste cette garantie

et si elle peut vraiment se limiter aux seuls textes des articles 1641 et 1643.

Pour expliquer ce qu'on en a fait, il faut d'abord rappeler le contenu de la règle :

“Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.”

Le besoin de sécurité, amplifié par le progrès matériel et technologique du monde moderne, a assuré le succès de cette modeste idée conçue au départ pour indemniser l'acheteur des dommages causés à sa chose et non par elle. Or, de nos jours il est apparu qu'un objet peut par ses défauts entraîner les plus graves préjudices. Dans l'affaire de l'Ocean Liberty une cargaison de nitrate d'ammonium avait, du fait de ses seules défectuosités internes, fait exploser un navire, répandu un violent incendie dans toute une ville et causé des morts ainsi que de très importants dégâts corporels et matériels. C'est pourquoi les tribunaux ont depuis une quarantaine d'années redécouvert l'article 1641 et l'ont abondamment exploité, souvent bien au-delà de ce qu'il dit.

La sévérité de cette jurisprudence s'explique fort bien. D'abord parce qu'agir autrement aurait condamné l'acheteur qui choisit un produit, à la “roulette russe”. Ensuite parce qu'en responsabilisant celui qui fabrique l'ouvrage, on l'incite à la plus grande vigilance dans son travail, à la perfection de ses contrôles, on fait peser la garantie sur celui qui est le seul à avoir la maîtrise de l'activité éventuellement dommageable. C'est en somme l'application aux fabricants d'un régime de responsabilité fondé sur une présomption de faute : l'existence d'un défaut dans l'objet vendu est présumée être une faute en soi. La faute consiste à avoir mis en circulation un objet défectueux.

Voilà pourquoi il a été jugé que le vendeur profession-

nel était censé ne point ignorer les vices non apparents que renfermait, la chose qu'il vendait et dont l'acheteur pourrait souffrir.

Une série d'arrêts assimilent le vendeur professionnel à "celui qui par sa profession était tenu de connaître les vices de la chose" et présument toujours la mauvaise foi du vendeur professionnel. Alors que l'article 1643 du Code Civil permet que le vendeur s'exonère par une clause des vices cachés qu'il n'aurait pas connus, les tribunaux, contre la lettre de la loi, déclarent aujourd'hui de telles stipulations sans effet. La raison est qu'un vendeur professionnel doit connaître les défauts de sa chose. C'est donc le professionnalisme du vendeur qui est le critère. S'il est un simple particulier, vendeur occasionnel, la règle ne joue pas, et la clause prévoyant par exemple que l'objet est vendu en l'état et aux risques et périls de l'acheteur, est valable.

Qui est professionnel ? Non seulement le fabricant fournisseur, mais le mandataire chargé d'accroître les ventes, le grossiste, le technicien. Cette solution demeure-t-elle identique si l'acheteur est également un professionnel ? La réponse fait apparaître un nouveau critère de sélection : elle est affirmative si l'acheteur est un professionnel d'une spécialité distincte de celle du vendeur, elle est négative si l'acheteur est de la même spécialité. Mais qu'est-ce qu'une spécialité identique ? S'il est facile de comprendre qu'un armateur et un chantier naval n'ont pas la même spécialité ou que deux fabricants de motocyclettes l'ont, il est plus difficile de se prononcer dans d'autres situations : le garagiste qui achète un camion a-t-il la même spécialité que le professionnel qui le lui vend ? Et le tapissier qui achète l'étoffe pour faire un fauteuil, le constructeur de maisons qui achète des tuiles pour le toit ?

Que va-t-il se passer si le produit acheté est dangereux en lui-même et si le vendeur a attiré l'attention de l'acheteur sur ces dangers ? S'il est d'occasion ou complexe, nouveau ou au contraire très banalisé et si des notices sont

venues là aussi souligner ces aspects pour l'utilisateur ? Et si cet utilisateur n'est pas le contractant ?

La garantie joue-t-elle également si la chose n'est pas défectueuse en elle-même mais inapte à un usage spécial ? On sait qu'un four à micro-ondes n'est pas destiné à sécher un chat (le procès a tout de même eu lieu !) mais qu'en est-il d'une jeep lancée l'été sur une pente de montagne très raide, ou d'un manteau de velours porté systématiquement les jours de pluie sans protection ?

La jurisprudence française n'applique pas ici la garantie des vices cachés au motif que l'objet incriminé, loin d'être impropre à l'usage auquel il est destiné, a été affecté à un usage pour lequel il n'était pas fait.

La jurisprudence nord américaine donne souvent une réponse différente et nous touchons là l'un des points de divergence entre l'Europe et l'Amérique du Nord. Pour une fois c'est l'Amérique du Nord qui a tort : en faisant sauter le dernier verrou, en détachant la responsabilité du fabricant de la faute, en lui étendant la responsabilité objective sans faute, les jurys (car ce sont souvent là-bas des jurés incompetents en droit et aveuglés par leurs émotions qui se prononcent en matière civile) et juges d'Outre-Atlantique ont ouvert la boîte de Pandore. Ils nous montrent ce qu'il ne faut pas faire. Au début comme toujours on trouve une idée généreuse : réparer le préjudice d'une famille gravement atteinte par la mort ou l'accident de l'un d'entre eux. Mais pour réparer il faut trouver un responsable qui va servir de victime expiatoire. Peu importe qu'il n'ait commis aucune négligence, que le consommateur n'ait pas respecté ses consignes et ait utilisé le produit dans des conditions imprudentes, il suffit de constater qu'un dommage a été subi et que le fournisseur de l'objet, étant assuré, est à même d'indemniser. On recherche alors le solvable⁴⁵ plutôt que le coupable. Telle est la conception qui règne aux États-Unis et au Canada, et qui a conduit des juridictions à condamner ici un centre d'équitation pour les chutes de cheval de ses cavaliers, là le

propriétaire d'un remonte-pente pour les blessures subies par des skieurs entrés en collision l'un avec l'autre à vive allure au motif que la pente aurait été trop forte, là encore le fabricant d'un shampoing particulier pour la décoloration des cheveux de consommatrices l'ayant utilisé sans observer les instructions données par la notice. La justification de ces diverses solutions caractéristiques de la "product liability" réside en fait dans l'assurabilité du responsable et mérite la critique à de multiples égards :

1. Philosophiquement, elle repose sur une vue purement matérialiste et immorale des relations humaines : les personnes sont jugées à l'aune de leurs ressources, et non pour la valeur de leurs actes. Si celui qui est solvable doit toujours payer, il sera tenté d'organiser son insolvabilité. C'est l'inverse de la fable de La Fontaine : "Que vous soyez puissants ou misérables, les jugements..." Mais cela est toujours aussi injuste et recèle toujours autant de menaces, car où s'arrêter ? On peut condamner n'importe qui avec un tel raisonnement, dès l'instant où il peut payer.
2. Pratiquement, les inconvénients sont certains : la prudence et la vigilance qu'on veut encourager chez le responsable disparaissent puisqu'elles ne sont plus le critère permettant de retenir une responsabilité ; donc peu importe le laxisme et la négligence, puisque de toute façon il est sûr d'être condamné. C'est encore pire chez les victimes qui ne sont plus incitées à assumer les conséquences des risques qu'elles prennent.
3. Sur le plan de l'assurance, l'effet est d'en augmenter considérablement le coût (donc le prix de la vente) et de faire supporter l'utilisation dangereuse ou inusuelle du produit non par ceux qui s'y livrent mais par l'ensemble des consommateurs. Est-il normal que l'acheteur d'une jeep qui l'emploie paisiblement

sur ses terrains agricoles paie pour celui qui s'en sert comme cascadeur dans des conditions tout à fait exceptionnelles ? La prime d'assurance ne devrait-elle pas ici être assise sur l'utilisateur et non sur le fournisseur ? Ce n'est plus possible lorsque la responsabilité de ce dernier l'expose à réparer des dommages sur lesquels il n'a aucun contrôle.

4. Parfois, le coût représenté par une telle prime additionnelle est tellement élevé que l'entrepreneur est obligé de renoncer à vendre le produit, voire de fermer purement et simplement s'il s'agit là de son activité principale. *Or le droit ne doit pas avoir pour résultat d'empêcher les activités, les services, les transactions.* S'il aboutit à de telles extrémités, c'est que, décidément quelque chose ne va pas, car *c'est le contraire même de sa vocation.*

En France s'est dégagée progressivement l'idée d'une *aggravation de la responsabilité du prestataire de services ou du vendeur professionnel* fondée sur la spécialisation des activités, donc sur la division du travail, mais ce concept jurisprudentiel est heureusement borné par une autre théorie, celle de *l'acceptation des risques*. De nombreuses décisions l'ont en effet élaborée pour exonérer en cas d'accident des clubs hippiques en soulignant que l'équitation était un sport dangereux, pratiqué en connaissance de cause et aux risques et périls des cavaliers, des stations de ski, des centres de vol à voile et autres organisations de sports. Bien sûr, si une faute est commise par l'exploitant du club, la responsabilité classique retrouve son empire, de même s'il s'agit de risques inhérents à la vie en société comme ceux attachés à la circulation automobile ou au transport aérien. C'est la prise de risques "anormaux" qui est ici considérée. On reviendra sur cette notion avec la responsabilité extracontractuelle, mais il était intéressant de l'évoquer d'ores et déjà pour montrer comment la jurisprudence a fixé des limites à ses propres règles d'inter-

prétation de la loi. Certes, elle a étendu et alourdi les responsabilités contractuelles, mais l'examen des cas soumis à son appréciation aura permis de mettre au point des repères :

- le vendeur est-il un professionnel ?
- l'acheteur en est-il un aussi ?
- sont-ils de la même spécialité ?
- est-ce un dommage causé au produit ou par le produit ?
- la chose est-elle banale ou complexe ?
- son usage est-il conforme à sa destination ?
- la victime a-t-elle accepté des risques anormaux ?

Toutes ces distinctions ont conduit à un lent affinement de la règle légale, dont l'application est souvent fort éloignée du sens littéral ou initial et continue d'évoluer à partir de données fondamentales de droit naturel *qui ne sont en fait écrites ou même explicitées nulle part*.

4) La découverte des chaînes de contrats

Voici l'occasion de démontrer le caractère grossier du droit décrété. Appliqué automatiquement et monolithiquement quelle que soit la situation, il aboutit à des absurdités. Prenons l'exemple de la vente en filière.

Une cargaison de blé est achetée par le monopole public d'importation des céréales en Algérie à une grande société multinationale, laquelle achète cette même marchandise à sa propre filiale qui achète à un courtier intermédiaire de Monaco, qui lui-même s'approvisionne auprès d'un petit producteur américain du Kansas. Il s'agit d'une *vente en filière*. L'opération est unique, mais susceptible de comporter de multiples partenaires. A la livraison, on constate que le blé est de mauvaise qualité ou avarié. Le courtier revendeur n'ayant aucune solvabilité, le groupe multinational peut-il exercer son recours directement

auprès du producteur avec lequel il n'a pas passé de contrat ?

a) L'action oblique

Le principe posé par l'article 1165 du Code Civil est celui de la relativité des conventions : les clauses d'un contrat ne peuvent s'appliquer qu'aux parties à cette convention ; elles sont inopposables aux tiers qui n'y sont pas parties, pas plus qu'elles ne peuvent leur bénéficier. Il n'y a donc pas d'action contractuelle possible contre le premier vendeur. Certes, la loi a institué pour certains contrats particuliers un droit d'action directe. Ainsi, la loi du 31 décembre 1975 permet d'agir directement contre le sous-traitant de l'entrepreneur d'une construction immobilière, la loi du 4 janvier 1978 rend le constructeur d'un ouvrage directement responsable des dommages envers l'acquéreur, la loi du 18 juin 1966 donne au frêteur d'un navire la faculté de poursuivre le sous-affrêteur de son affrêteur, l'article 1994 du Code Civil autorise le mandant à faire de même contre le mandataire substitué, mais ces régimes exceptionnels n'existent pas pour le négoce de marchandises. Il reste alors le recours à l'action oblique prévue par l'article 1166 du Code Civil dont la teneur déroge à la relativité des conventions : le créancier peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à la place de ce dernier. Les juges se sont penchés sur cette question : l'acheteur final insatisfait peut-il exercer les droits de son vendeur insolvable contre le vendeur suivant ou, en remontant la chaîne dans l'autre sens, le vendeur impayé peut-il exercer les droits de son acheteur contre l'acheteur suivant ?

Pris mot à mot, l'article 1166 répond par l'affirmative à cette question. Mais considérons maintenant la situation suivante : le vendeur du blé a conclu avec son acheteur à un prix de 70 la tonne, et ce dernier a revendu à un prix de 100. Appliqué à la lettre, l'article 1166, qui permet au

créancier d'exercer "tous" les droits de son débiteur, pourrait lui attribuer une prérogative insolite : celle de demander à l'acheteur final le paiement entre ses mains du prix de 100 conclu entre cet acheteur et le revendeur. Il y aurait manifestement un enrichissement sans cause puisque le vendeur initial, après avoir convenu un prix de 70, toucherait un prix plus élevé, et que le revendeur se trouverait ainsi dépouillé de tout profit. *Il était donc impossible d'appliquer brutalement la loi toute nue parce qu'elle aboutissait à des absurdités.* A nouveau les tribunaux ont dû la corriger, la compléter, la limiter, bref *lui faire dire ce qu'elle ne disait pas.* Pour y parvenir ils ont puisé dans le vaste réservoir juridique qu'est la notion d'intérêt à agir : le créancier peut agir certes, mais il doit établir son intérêt à le faire. La victime d'un préjudice, par exemple, ne démontre son intérêt à agir qu'en prouvant avoir effectivement subi ledit préjudice et l'assureur n'est admis à agir contre le responsable que s'il produit les documents justificatifs du paiement de l'indemnité à la victime assurée chez lui. Si le montant de cette indemnité d'assurance est inférieur à celui du préjudice, en raison d'une franchise, l'assureur ne pourra réclamer au-delà de la somme payée par lui au titre de la police d'assurance. De la même façon le vendeur qui a conclu à un certain prix ne peut réclamer plus que ce prix s'il n'est pas payé. Dans le cas que j'ai envisagé, le prix de 70 caractérise et limite tout à la fois son intérêt, il ne peut demander un centime de plus à l'acheteur final.

Dans cet esprit l'application de la règle posée par l'article 1166 a été modulée par de nombreuses conditions :

- il faut que le réclamateur ait lui-même une créance, et il ne pourra agir dans les droits de son débiteur qu'à hauteur de sa propre créance qui constitue son intérêt ;
- il faut que cette créance soit mise en péril par l'insolvabilité du débiteur ou le comportement de ce dernier (si le revendeur ne paie pas le prix qu'il doit mais est une

- grande multinationale, il n'est pas insolvable, et le vendeur initial ne pourra pas poursuivre l'acheteur de ce revendeur) ;
- il faut encore que le débiteur néglige d'exercer ses droits contre son propre débiteur ;
 - il faut enfin que la créance soit certaine, liquide et exigible.

Ce sont ces deux dernières conditions qui posent le plus de difficultés à l'heure actuelle dans les contrats en chaîne. En effet une créance pour non conformité de la marchandise ou avaries n'est pas, comme le paiement d'un prix ou d'un loyer, ce que l'on appelle une créance certaine, liquide et exigible. Dans l'exemple examiné, l'acheteur insatisfait par le blé qu'on a livré à son client algérien risque fort de voir son action oblique contre le producteur du Kansas, rejetée ou admise, mais vaine. Rejetée parce que son débiteur n'a pas négligé de poursuivre son propre débiteur. Certes le courtier monégasque n'a aucun actif et ne dispose que d'un bureau, d'un téléphone et d'une télécopie qu'il loue et peut rendre à tout moment. Mais précisément, il peut fort bien toucher l'indemnité et disparaître avec elle sans acquitter ses obligations à l'égard de son créancier. Vaine parce que la créance de la multinationale n'étant pas certaine dès le début du procès et ne le devenant qu'au moment où un jugement au fond la consacrera, c'est à dire après plusieurs années, il sera difficile de prendre préalablement à ce jugement des mesures conservatoires comme des saisies-arrêts pour garantir l'exécution du jugement à venir. Lors de cette exécution, le fournisseur américain n'existera peut-être plus.

Or, en l'espèce, l'acheteur algérien a obtenu réparation du préjudice de dépréciation constitué par la non-conformité du blé, le courtier monégasque peut obtenir une semblable réparation par le producteur américain, mais la multinationale ne le peut pas, en raison même de l'insolvabilité de ce vendeur intermédiaire. Il serait plus normal et

plus juste que l'action oblique puisse être exercée, même si le débiteur n'a pas négligé d'exercer ses droits contre le sous-débiteur et même si la créance n'est pas encore exigible, le juge ne l'ayant pas fixée. Cette approche suppose en fait que l'on admette enfin la chaîne de contrats comme une situation juridique particulière, nécessitant un traitement spécifique. Gageons que cette future "découverte" par la jurisprudence n'est plus très éloignée. Elle est tout à fait réalisable si un principe traditionnel est préservé : celui de l'indépendance des régimes de chaque contrat. Qu'on puisse poursuivre directement le débiteur de son débiteur (même s'il l'a lui-même poursuivi, voire même sans qu'il soit insolvable) est une chose, mais que le tiers poursuivi ne soit pas tenu par d'autres termes que ceux du contrat qu'il a conclu, en est une autre.

C'est pourquoi les juges ont toujours estimé que le créancier qui agissait contre un tiers du chef de son débiteur pouvait se voir opposer toutes les exceptions tirées par ce tiers de son propre contrat (même des contre-lettres). En maintenant ces solutions tout en assouplissant les conditions d'exercice de l'action oblique, les tribunaux garantiront l'autonomie et la relativité des conventions tout en reconnaissant et en donnant droit de cité à une réalité commerciale nouvelle : le *groupe de contrats*.

Ce ne serait d'ailleurs pas une révolution profonde, car cette réalité est déjà accueillie par d'autres biais dont il faut maintenant dire un mot. Il s'agit des actions directes.

b) L'action directe

Elle permet à un créancier d'agir contre une personne qui n'a pas de rapport contractuel avec lui mais avec son débiteur.

La loi en a institué plusieurs dans le domaine immobilier⁴⁶, dans celui du contrat d'entreprise, de louage,

d'affrètement, de mandat et surtout dans l'assurance lorsqu'en 1930 elle a donné le droit à la victime d'un dommage d'agir directement contre l'assureur de responsabilité de l'auteur de ce dommage. Mais, fait rare, la plupart de ces lois n'ont pas prétendu créer le droit ni changer la société. Elles se sont limitées sur ce point à constater l'évolution de la jurisprudence et à l'enregistrer sous la forme de règles légales. On dira peut-être alors que c'était inutile, que la jurisprudence suffisait et je ne suis pas loin d'être de cet avis. Cependant, mieux vaut des lois inutiles que des lois malfaisantes.

Au lieu d'imposer d'en haut des règles qui viennent perturber la spontanéité de la vie parce qu'elles lui sont contraires et qui, tôt ou tard, sont rejetées après de nombreux dégâts, le législateur se borne à enregistrer les usages. Ce sont ainsi les individus qui se sont trouvés à l'avant-garde : sans le soutien d'aucun texte de lois, l'acheteur d'une automobile d'occasion, mécontent de celle-ci, est passé par dessus le concessionnaire avec qui il avait traité, a demandé réparation au constructeur et celui-ci, soucieux de son image de marque, a accepté la réclamation. Rien dans le droit écrit ne permettait cela. Mais des particuliers l'ont fait. D'autres firent de même, et un usage s'est ainsi créé. Un jour un fabricant refusa. Il y eut procès. Les tribunaux eurent alors à décider d'admettre la pratique nouvelle des individus. Puis, des années après, la loi est venue consacrer (en arrière-garde) ce qui était venu d'en bas.

Si les lois qui ont procédé suivant cette méthode (la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, par exemple) sont toujours en vigueur, c'est peut-être qu'elles avaient choisi la bonne approche.

Nous sommes dans une semblable situation en matière de ventes successives d'un même bien. Aucune loi n'est venue instaurer une action directe du sous-acquéreur contre le vendeur d'origine ou intermédiaire avec qui il n'a pas contracté⁴⁷, mais la jurisprudence a déjà admis

une telle action qu'elle a qualifiée "nécessairement de nature contractuelle"⁴⁸.

Le réclamateur a donc deux fondements possibles pour justifier sa prétention :

- l'action oblique légale mais avec les restrictions jurisprudentielles que l'on sait,
- l'action directe non prévue par la loi mais admise par la jurisprudence sans restriction,

Il sera bien inspiré de se prévaloir des deux.

5. Le mandat d'intérêt commun

Kichito⁴⁹, un fabricant japonais de matériel électronique, peu connu en France, avait confié sa représentation à la SàRL Dubrazil, agent de plusieurs autres fournisseurs étrangers. Celle-ci, après avoir vendu les premiers postes de télévision, de radio, de vidéo, les chaînes Hi-fi, les magnétophones et les appareils de photographie fait faillite en laissant une dette considérable : plusieurs millions de francs. Les fonds récoltés par les ventes et incontestablement dus par l'agent à son commettant, avaient été engloutis dans le gouffre financier des multiples autres dettes de l'agent et avaient sombré dans la tourmente. Ni une plainte pénale pour vol, ni la production de la créance à la faillite n'auraient permis au groupe Kichito de récupérer sa perte. Il eut alors l'idée de trouver un autre représentant plus sérieux et plus solvable, la Société Lazare, et de lui confier le développement de ses réseaux de distribution et de sa clientèle française, à la condition que celui-ci prît à sa charge la dette de Dubrazil en la compensant pendant une première période avec ses commissions, jusqu'à extinction de la dette. Lazare accepta le marché, sentant que Kichito pouvait être voué à une grande expansion, et que la perte serait vite épongée par l'augmentation des ventes. Ce fut effectivement un

succès. En deux années, Lazare avait non seulement complètement absorbé la dette de Dubrazil mais multiplié les parts de marché de Kichito et s'était ainsi assuré des commissions confortables et beaucoup plus importantes que prévu. La troisième année, cette réussite donna une idée à Kichito : l'agence française étant très profitable, pourquoi ne pas l'attribuer à une société du groupe ? Il proposa à Lazare de remettre sa représentation à une entreprise commune (50 % Kichito, 50 % Lazare), ce qui revenait à réduire de moitié les profits de l'agent français. Celui-ci refusa. Kichito lui retira alors son mandat. Un procès commença.

Il ne s'agit pas ici de rendre compte de ce qui fut décidé, mais d'examiner l'affrontement de *principes* contraires dont cette affaire fut le siège. D'un côté il y avait la liberté du mandant de mettre fin à tout moment au contrat sans motif et quand bon lui semblait. Cette règle, contrepartie de la confiance nécessaire qui fonde le mandat et justifie la plénitude des initiatives laissée au mandataire, est rappelée par l'article 2004 du Code Civil qui autorise la révocation du mandat "ad nutum". De l'autre, il y avait une considération de justice : était-il normal de faire travailler un mandataire gratuitement et même à perte pendant plus d'une année, de le laisser ressusciter le groupe en France au-delà de toute espérance et, une fois cette œuvre réalisée, une fois sorti du tunnel, une fois les marrons tirés du feu, de le remercier pour prendre sa place ? N'y avait-il pas là une ingratitude choquante ?

Il faut alors, comme toujours, rechercher la *raison d'être* de l'article 2004. Son origine est ancienne et remonte au droit romain. Traditionnellement le mandat était une manière pour un absent de conclure une transaction sans être physiquement présent et en se faisant représenter gratuitement par un ami en qui il avait confiance et qu'il avait choisi pour cette raison. Dans ce contexte il était assez logique que la représentation fût consentie pour une opération ponctuelle et donc pour une durée très limitée.

Telle n'est plus la pratique aujourd'hui, au moins dans le commerce.

Le mandat ne porte pas nécessairement sur des transactions qui se concluent loin du mandant. De toutes façons avec la télécopie, le télex et le téléphone, cette distinction est devenue sans intérêt. Ces transactions peuvent fort bien se négocier à quelques mètres de son domicile mais il préfère, faute de temps, s'y faire représenter.

Le mandat ne peut plus être gratuit, il donne lieu à des rémunérations de professionnels.

Il n'est plus que rarement donné à un ami choisi en fonction de sa personne ("intuitu personae"); ce sont bien plus souvent des sociétés commerciales spécialisées dans l'activité en question qui sont engagées.

En somme, l'opération se noue non pas seulement parce que le mandant y a intérêt, mais parce que les *deux parties* y ont intérêt. C'est ce que l'on a appelé le mandat d'intérêt commun, dont la Cour de Cassation a donné une claire définition à la fin du siècle dernier : "Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut être révoqué par la volonté de l'une ou l'autre des parties, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause légitime reconnue."

Que faut-il entendre par "cause légitime" ? Une réorganisation des services de l'entreprise n'en est pas une, ni une restructuration, pas davantage une baisse de chiffre d'affaires ou de mauvais résultats et encore moins une résiliation dépourvue de tout motif.

Aucune "cause légitime" ne pouvant être invoquée dans l'exemple que j'ai donné, les tribunaux vont estimer que Kichito n'avait pas le droit de révoquer le mandat et vont le condamner à verser une indemnité substantielle à Lazare. La charge de la preuve pèsera sur Kichito qui aura à démontrer l'existence d'une cause légitime de résiliation. Si cette démonstration n'est pas apportée, le doute profitera à Lazare et la résiliation sera jugée infondée.

Il apparaît ainsi une fois de plus que la jurisprudence

n'a pas respecté les termes stricts de la loi, et a élaboré des solutions qui en sont très éloignées. La loi permet en effet la révocation à tout moment et sans indemnité, la jurisprudence ne l'autorise qu'après un contrôle et généralement avec une indemnité grâce à la notion d'intérêt commun.

Je ne viens pas dire ici que cette théorie prétorienne soit heureuse. Bien au contraire je pense qu'elle est vouée à disparaître à plus ou moins brève échéance : l'évolution du monde moderne et la rapidité des transactions l'exigent. En fait, elle s'apparente au vieux courant constructiviste et interventionniste qui a pris son ampleur il y a une centaine d'années et dont les sources vont bientôt se tarir. Comme souvent, elle a donné naissance à des enfants encore plus dénaturés qu'elle ; ainsi le décret du 23 décembre 1958 sur les agents commerciaux qui leur accorde, en cas de rupture, d'immenses indemnités calculées sur la moyenne des commissions des trois dernières années, ou la directive communautaire sur ce même sujet et la loi du 6 mars 1957 sur les V.R.P qui les privilégie encore plus en empêchant leur licenciement même en cas de faute simple. Pour tourner ces statuts spéciaux abusivement protecteurs toujours pour les raisons politiques que l'on sait⁵⁰, il suffit de conclure avec les V.R.P. ou les agents commerciaux des contrats à durée déterminée.

De même, pour éviter la jurisprudence que l'on vient de décrire, applicable à tous les mandataires non spécialement protégés par un statut et engagés sans limitation de durée, les contrats prévoient de plus en plus que le mandant peut à tout moment mettre fin au contrat sans motif et sans indemnité ; de telles clauses sont valables. Ceci nous montre que, si généralement c'est la loi qui est critiquable et la jurisprudence mieux inspirée, il arrive que ce soit le contraire qui se produise, et que les juges optent pour des solutions venant restreindre les libertés. Ici, la règle du Code Civil était bonne, et la jurisprudence est venue l'entraver. Il arrive donc que le droit invisible se

trompe. En l'espèce il n'était pas nécessaire de dire que Kichito n'avait pas le droit de révoquer. On pouvait très bien lui reconnaître ce droit et allouer cependant une indemnité de brusque rupture à Lazare en considération de son année de travail à perte qu'elle n'avait pu étaler ou amortir sur une longue période, comme les parties en avaient manifestement eu le projet au départ. La recherche de leur intention et de l'esprit de leur convention suffisait.

6. Le mandat apparent

Deux parties négocient un marché : l'une exige de l'autre une caution bancaire pour lui garantir le paiement promis ; une lettre d'engagement de la Banque Canadienne Nationale à l'en-tête de cet établissement est remise et l'affaire est conclue. Par la suite, des difficultés surviennent quant au paiement promis. Le créancier appelle la garantie. On s'aperçoit alors que l'engagement de caution a été signé par le Président Directeur Général de la banque sans qu'il en ait effectivement reçu le pouvoir par une délibération spécial du Conseil d'Administration comme les statuts le prévoyaient. Le dirigeant a en somme pris seul et sans pouvoir l'initiative de cautionner. La banque est-elle ou non engagée ?

L'article 1998 du Code Civil répond par la négative à cette question : "Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, *conformément au pouvoir* qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait *au-delà* qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement". Or, la banque Canadienne Nationale n'a ni donné pouvoir à son président, ni ratifié a posteriori l'acte de celui-ci. En vertu de la loi, le cautionnement devrait être déclaré nul. Pourtant les juges donnent une réponse différente. 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", le mandant est engagé. Ainsi une société peut se trouver tenue sans l'avoir voulu. On peut a priori trouver cela inéquitable mais voyons le problème dans son ensemble. Le juriste est ici comme Ulysse lorsqu'il dut passer entre Charybde et Scylla : s'il donne effet à l'engagement parce que le tiers croyait de bonne foi traiter avec un préposé dûment mandaté, il commet une injustice à l'égard du mandant qui se trouve tenu alors qu'il n'a instruit personne à cette fin et a tout ignoré, mais s'il déclare l'engagement nul parce que le mandant ne l'a point autorisé, il se fait l'auteur d'une injustice encore plus grande puisque le tiers innocent qui traite avec un professionnel va croire que celui-ci représente valablement sa société et va s'engager en toute confiance alors que l'engagement qu'il recevra et sans lequel il n'aurait pas contracté n'aura aucune valeur.

Entre ces deux maux, il fallait choisir le moindre. Entre le tourbillon Charybde et le monstre Scylla, Ulysse a choisi le monstre parce qu'avec ses gigantesques tentacules il ne pouvait emporter dans la mort qu'un très faible nombre des marins du navire mais pas tous, tandis que le tourbillon aurait englouti corps et biens dans leur totalité. De même, les juges ont préféré sacrifier la volonté du mandant sur l'autel de la sécurité des transactions parce qu'ils ont compris que le représenté avait plus de moyen de contrôler les actes de son représentant par la relative subordination dans laquelle il le tenait ainsi que par l'organisation interne de la société, que n'en avait le tiers vis-à-vis du mandataire, surtout à une époque où les contrats se nouent et se dénouent avec une intense rapidité.

Cette jurisprudence nouvelle, qui n'a pas trente ans, s'est beaucoup développée en s'appuyant sur l'idée qu'il y a faute à ne pas contrôler suffisamment son mandataire ou même, en l'absence de tout mandat, à laisser se créer une apparence de mandat. Il faut évidemment que le tiers qui a traité avec le mandataire soit de bonne foi. S'il a su

ou même soupçonné que le mandataire n'était pas autorisé à agir, s'il a fait part de ses réserves lors des négociations ou cru que le mandataire agissait en son nom propre et non pour le compte d'un mandant pour ne le découvrir qu'après, il ne peut plus invoquer l'apparence. La connaissance d'une partie même petite de la réalité lui interdit de se prévaloir de l'apparence.

Tout va dépendre des circonstances : autorisent-elles le tiers "à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir", comme l'a dit l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation le 13 décembre 1962 dans l'affaire de la Banque Canadienne Nationale ? La faible valeur de la commande, par exemple, le dispensera de cette vérification ; de même, l'ancienneté de la représentation, l'éloignement du mandant, ses liens familiaux avec le mandataire, la qualité d'agent d'assurances du mandataire ou de directeur de la société, bien que les statuts ne l'habilitent pas à faire un acte de disposition, ou de courtier habituel de la société mère même si c'est une filiale sans actifs qu'il engageait, etc.

Si au contraire la commande est très importante, si le notaire effectue un acte qui sort manifestement de ses attributions, si le mandat est tout nouveau, le mandataire inconnu du groupe qu'il est supposé représenter ou n'y exerçant qu'une fonction subalterne, si l'acte conclu vise la disposition d'un élément substantiel du patrimoine du commettant, dans tous ces cas on a estimé qu'en ne vérifiant pas les limites du pouvoir, le tiers avait été imprudent, et devait assumer les conséquences de son erreur illégitime.

L'émergence du mandat apparent est en fait l'une des manifestations du succès du mandat en général. Sans doute ce succès s'explique-t-il par cette extraordinaire faculté donnée à une personne puissante d'étendre son pouvoir de décision par l'intermédiaire d'autres, d'être présente dans plusieurs lieux à la fois par plusieurs agents, de jouer sur les nombreuses variations offertes par

ces règles fort souples. La convention de prête-nom en est un exemple frappant.

7. Les conventions de prête-nom

Lorsque M. Onassis voulait acheter un tableau de grande valeur ou une maison dans un lieu sauvage, il pouvait souhaiter éviter trop de publicité sur ces opérations qu'il envisageait de réaliser. En achetant en son nom il risquait de se signaler aux cambrioleurs, aux journalistes, à toute sorte de gens dont le métier est de suivre les célébrités pour s'y accrocher comme des sangsues et en obtenir quelques miettes. Il risquait aussi, en apparaissant trop ostensiblement, de faire monter les prix, de provoquer une surenchère. Aussi, pour échapper à ces inconvénients, il lui était plus commode de faire effectuer l'achat par l'un de ses hommes de confiance peu connus ou même par un courtier qui lui recédait ensuite le bien acquis.

Il y a bien un mandat entre Onassis et son courtier, mais ce mandat est secret : le courtier ne révèle pas au vendeur du tableau ou de la maison sa qualité de mandataire ; il traite en son nom propre alors qu'en réalité il agit au nom d'un autre auquel il a "prêté son nom". Ce type de convention n'est réglementé ni interdit par aucune loi ni aucune jurisprudence, sauf dans certains cas particuliers, comme les donations déguisées entre époux faites par personnes interposées (art. 1099) ou lorsque le but est frauduleux, par exemple transférer au prête-nom un bien de son patrimoine pour le soustraire à ses créanciers. Il présente une utilité certaine dans les cas où le mandant veut conserver l'anonymat. En voici une illustration typique : on se souvient des boycotts ou résolutions décrétés contre Israël par la communauté internationale des dictateurs bien-pensants. J'entends par là toute la bande de gouvernements terroristes qui règnent chez eux par la

torture, le massacre, le chantage, le pillage ou au moins la menace et qui, dès qu'un pays développé et plus ou moins respectueux du droit cherche à se défendre avec énergie, le condamnent avec indignation, prétendant leur donner des leçons de morale avec leurs mains tachées de sang. Ces malfaiteurs de grande échelle qui ont la majorité à l'O.N.U. ont fait voter plusieurs mesures hostiles à certains États. Contre Israël, la communauté des dictateurs arabes s'est coalisée pour organiser un boycott obligeant les sociétés commerciales qui veulent travailler au Moyen-Orient à s'abstenir de commercer avec l'Etat hébreu.

La convention de prête-nom fut la réplique du marché. Des entreprises occidentales ont conclu des contrats avec des sociétés israéliennes mais par l'intermédiaire de prête-noms spécialisés, de façon à éviter d'encourir les sanctions des Offices centraux de boycott d'Israël, organismes étatiques installés dans les différentes dictatures du Moyen-Orient.

De même, afin de s'approvisionner en pétrole, les importateurs sud-africains ont traité avec de petites entreprises européennes, souvent italiennes, qui ont acheté sous leur nom aux Etats du Moyen-Orient des cargaisons de brut pour les réexpédier vers Durban une fois arrivées en Europe.

Ce système d'interposition de personnes semble avoir bien fonctionné jusqu'à ce qu'on se rende compte de l'inefficacité des mises à l'index. Aujourd'hui, le vent semble tourner. Les donneurs de leçons, devant les abandons soviétiques, les échecs des méthodes terroristes et le bilan de la guerre du Golfe, commencent à craindre pour la stabilité de leur emploi. Il est maintenant question de lever les sanctions et de supprimer les boycotts. Acceptons-en l'augure et remercions les conventions de prête-noms qui ont permis à ces pays persécutés de passer des périodes difficiles.

La particularité du régime du prête-nom dégagée par les tribunaux est de donner deux recours à la partie qui

contracte avec le mandataire. L'un est contre celui figurant dans la convention officielle et qui est personnellement engagé vis à vis de son co-contractant, même si celui-ci a découvert ou est informé de sa qualité de mandataire. L'autre est contre le mandant qui s'abrite derrière son prête-nom, si le tiers a connaissance de cette convention occulte.

Quant aux relations nées de la convention occulte, elles sont régies, précise la Cour de Cassation, par les principes du mandat en général. Elles sont donc parfaitement admissibles. Seul leur résultat peut ne pas l'être, s'il est frauduleux ou délictueux.

8. Les contournements de l'exception de jeu

Il est toujours plaisant de se pencher sur le traitement juridique du jeu, le droit y semble si empoté et embarrassé que l'exercice en devient amusant. On a l'impression de suivre les pas d'une sorte de Tartuffe déguisé en gendarme qui se promène dans un tripot ou une maison de passe une sébille à la main, pour toucher sa dîme en s'exclamant à chaque détour : "Cachez ce sein que je ne saurais voir". Les souverains et leurs scribes les légistes nourrissent en effet des sentiments variés et confus à l'endroit du jeu. Tout y est : la réprobation, l'exclusion, l'hypocrisie, l'envie, la rapacité, la discrimination au gré de ses intérêts et le traitement de faveur. Au départ, nous avons une règle nette et claire qui refuse tout effet juridique aux activités ludiques : "la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari" dispose l'article 1965 du Code Civil. Évidemment, il eût été préférable que cette règle n'eût jamais existé mais elle est là. Il faut en tirer les fruits amers. Les voici.

Un ami vous emmène un soir au casino. Manquant de liquidités, il vous demande si vous voulez bien lui en prêter, ce que vous acceptez volontiers. Plus tard et déci-

dément passionné par la partie, il demande la même chose au casino qui y consent également. A la fin de la soirée, l'ami a perdu une somme assez coquette et signe à ses créanciers des reconnaissances de dette, voire des chèques qui reviennent sans provision. Si vous vous brouillez avec lui, allez-vous pouvoir obtenir remboursement en justice des fonds prêtés ou une condamnation pour chèque sans provision ? La loi dit non. Le casino et vous-même allez poursuivre votre débiteur et celui-ci pourra, en toute impunité et même en riant, vous dire : "je ne te dois rien ; tu m'as prêté de l'argent pour jouer, merci mais ce n'est pas bien, tu as encouragé mon vice, ce qui me permet de ne pas te rembourser. Je peux même te faire un chèque sans provision sans être menacé". En voulant punir ceux qui alimentent le jeu par leurs prêts, on ne manque pas seulement à la parole donnée, on donne une prime à celui qu'on veut dissuader. J'avoue avoir toujours eu du mal à comprendre l'intérêt de ce genre de dispositions qui, sous prétexte d'éloigner les gens d'une pratique légèrement déviante, encouragent le mensonge et le parjure, voire l'abus de confiance, défauts autrement plus graves.

"Il me plaît d'être battue" lançait avec courroux et fierté Martine, la femme de Sganarelle dans *Le Médecin malgré lui*, lorsque M. Robert prétendait s'interposer pour empêcher son mari Sganarelle de lui administrer quelques coups de bâton. Et s'il leur plaît de jouer ? Au nom de quoi irions-nous le leur interdire ? Au lieu de retirer la paille qu'ils croient trouver dans l'œil des joueurs, les légistes feraient mieux de s'occuper de la poutre qui est dans le leur.

Mais aujourd'hui le jeu est un divertissement pratiqué par des millions de gens, du tiercé à la loterie nationale et aux jeux radiophoniques. Il paraît difficile de lui dénier tout effet juridique. Il a donc fallu permettre des régimes dérogatoires : pour les courses hippiques, par exemple, l'exception de jeu n'est pas recevable non seulement de la part du P.M.U. mais encore par un parieur contre un

autre qui avait acheté en commun un ticket de tiercé et demandait sa part de gain.

Comment se fait-il donc que le jeu cesse d'être hors du droit lorsque l'État s'en mêle, l'organise, en perçoit les profits ? Par quel mystère serait-il devenu soudainement respectable ? Ne comporte-t-il pas les mêmes passions et les mêmes aliénations ?

Les dérogations posent toujours le même problème : pourquoi les permettre ici et les empêcher là ? Où doit-on s'arrêter ? Le contrat d'assurance n'est-il pas à sa manière une forme de pari ? Et pourtant ses effets juridiques sont bien reconnus. La seule solution juste et logique serait tout simplement d'accueillir le jeu et de sanctionner le parjure dans ce domaine comme dans les autres.

Chapitre 5

Le Droit invisible de la responsabilité extracontractuelle

Les obligations ne naissent pas que des contrats. Il en existe qui ont d'autres sources. L'automobiliste qui, par suite d'une fausse manœuvre, percute et blesse un piéton, ne se trouvait lié par aucune convention avec ce piéton qu'il ne connaissait pas jusqu'à l'accident. Aucune règle préalable ne peut donc avoir été convenue entre eux. C'est pourquoi il a souvent été soutenu que seule la loi pouvait régir cette forme de responsabilité. Les grands principes sont en effet posés par elle. Mais tout n'est pas ainsi tranché définitivement. Ici, comme ailleurs, il y a décou-

verte.

A. Responsabilité délictuelle

Certains articles réputés du Code Civil constituent les fondements de cet édifice. Ils sont relativement brefs. L'article 1382 établit la responsabilité pour faute, l'article 1384 la responsabilité sans faute, qui tient aux dommages causés par les choses plus que par les personnes, ainsi que quelques règles spéciales pour les parents, les commettants, les incendies. Dans ce cadre légal assez vaste, les problèmes se sont posés.

1) *Le non cumul*

Un dommage est subi au cours de l'exécution d'un transport maritime : une marchandise est mouillée par suite d'une erreur de manipulation lors du ballastage des cuves du navire. Si le propriétaire de la cargaison poursuit le transporteur sur le terrain contractuel, on pourra lui opposer l'exonération pour faute nautique et ensuite la limitation légale contractuelle par colis. Pour les éviter, pourra-t-il se placer sur le terrain délictuel, c'est à dire les textes que je viens de mentionner ?

Comme d'habitude ce n'est pas dans la loi qu'on trouvera la réponse mais dans la jurisprudence. Elle est négative. Lorsque le dommage consiste en une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle comme c'est le cas ici (la marchandise a été mouillée au cours du transport), le créancier de cette obligation "ne peut se prévaloir contre le débiteur des règles de la responsabilité délictuelle" dit la Cour de Cassation.

Cela reviendrait à se placer *en dehors de son contrat* pour reprocher à son partenaire une inexécution et cela, dit la Cour, il ne peut pas le faire. En d'autres termes les responsabilités contractuelle et délictuelle ne peuvent se cumuler. C'est l'une ou l'autre, et le choix n'appartient pas au demandeur. Il est dicté par l'existence ou non du

contrat. Une nouvelle difficulté va alors apparaître : que se passe-t-il lorsque la victime d'un dommage, sans relation contractuelle avec l'éventuel responsable, vient lui reprocher un manquement contractuel ? Le destinataire de la cargaison mouillée, par exemple, ne va pas poursuivre le transporteur mais l'armateur propriétaire du navire ayant servi à la déplacer, avec lequel il n'a aucun lien, en lui reprochant d'avoir failli à son obligation de fournir au transporteur un équipage compétent. Cette obligation figure dans un contrat d'affrètement auquel il n'est pas partie puisqu'il a été conclu entre l'armateur et le transporteur affrèteur. On peut citer un autre cas encore plus simple : un piéton blessé par une automobile dont le pneu, mal réparé, a éclaté agira-t-il délictuellement ou contractuellement contre le réparateur ? Le débat n'est pas purement académique car, les régimes n'étant pas les mêmes en ce qui concerne le délai, la charge de la preuve et la limitation de réparation, le demandeur peut avoir tout intérêt à agir sur le terrain délictuel où il trouvera moins d'obstacles qu'en matière contractuelle. Il le peut effectivement, décident les tribunaux, dès l'instant où il n'existe pas de contrat entre lui et celui qu'il recherche ou d'action directe en cas de contrats en chaîne. *Une faute contractuelle peut donc entraîner, en plus, une responsabilité délictuelle*, telle fut l'une des "découvertes", anciennes, de la jurisprudence.

A l'inverse, quelle est la nature de la responsabilité lorsque le dommage ne consiste pas en un manquement contractuel mais se produit au cours de l'exécution d'un contrat ? Pendant la réparation de sa voiture, l'automobiliste chute dans le garage et se blesse sur des outils. Venant faire des courses dans un supermarché, le client glisse sur le sol trop ciré.

La réponse est hésitante et basée sur une distinction : si la chose qui a causé le dommage était nécessaire à l'exécution du contrat, la responsabilité est contractuelle ; si elle ne l'était pas, elle est délictuelle. La cire dont le sol du

magasin était enduit n'était pas nécessaire, nous serons donc dans le domaine délictuel. Les outils du garagiste ont une relation directe avec la réparation, nous serons alors dans le domaine contractuel. Il faut avouer que ce critère n'est pas pleinement satisfaisant car il est trop flou. Que dire, en particulier, si l'automobiliste se blesse en tombant sur une tenaille qui n'était absolument pas nécessaire au remplacement de filtre à huile suivi d'une vidange, auquel procédait le garagiste ? Et si le consommateur du grand magasin glisse sur une banane qu'il venait d'acheter ? Son sort sera-t-il différent s'il glisse sur une pêche qu'il n'avait pas l'intention d'acheter ? De même pour le client du garage, sera-t-il traité différemment suivant qu'il est tombé sur un tournevis qui pouvait servir à l'opération ou sur une manivelle qui n'y servait pas ?

L'intérêt de la distinction est clair : si le réparateur a inséré dans le contrat une clause limitative de responsabilité et si le supermarché a prévu qu'il n'était responsable qu'en cas de faute prouvée, le client blessé aura avantage à éviter les rigueurs de ses clauses en attaquant sur le terrain délictuel où il lui suffit de démontrer que l'objet sur lequel il s'est heurté était sous la garde du garage ou du magasin, pour entraîner *ipso facto* la responsabilité de ce dernier, sans qu'aucune négligence ne soit nécessaire.

On le voit, la distinction tentée par la jurisprudence n'est pas d'une clarté limpide. C'est en fait parce que les deux formes de responsabilité n'ont pas une frontière parfaitement tracée et nette. Il existe un étroit domaine dans lequel elles se mêlent sans se confondre, et qu'il est difficile de réduire. Les juges ont du mal, les individus eux-mêmes ne savent pas trop où ils sont, on imagine que ce n'est pas le législateur avec ses gros sabots, qui pourrait trouver la solution à une question si délicate.

Ce préliminaire distinctif étant posé, abordons maintenant le contenu même des règles délictuelles. Le Code fait découler une responsabilité non seulement de la faute active et personnelle (1382) mais encore de l'abstention

fautive, de l'incurie qu'il appelle négligence (1383). Il reste à apprécier quand cette faute est constituée, ce qui est une tâche immense des tribunaux qu'il serait trop long et trop technique de résumer ici. Le lecteur non juriste retiendra simplement que la responsabilité *délictuelle* ne doit pas être confondue avec la responsabilité *pénale* et que dans ce droit civil, tronc commun de tous les autres droits, la faute ne requiert pas un élément intentionnel. Elle est même parfois si peu volontaire qu'elle peut consister à exécuter une obligation : la banque à qui l'on présente des documents apparemment conformes à la lettre de crédit est tenue de payer le bénéficiaire de ce crédit. Mais si les documents sont des faux dont le caractère frauduleux peut être mis en évidence par leur examen, le paiement par la banque caractérise une faute car il révèle la déficience de son contrôle des documents.

La faute civile n'est pas nécessairement intentionnelle, elle peut cependant l'être sans constituer pour autant une infraction pénale. Un cas typique peut-être trouvé dans l'"abus de droit".

2) *L'abus de droit*

"L'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui" dit notre cour suprême. Il peut paraître surprenant et paradoxal que l'exercice d'un droit soit fautif. De prime abord, les deux notions paraissent antinomiques. Lorsqu'un restaurant s'ouvre en face d'un autre il a bien l'intention de lui faire concurrence et donc de lui porter préjudice mais il use de sa liberté et ne fait ainsi rien de répréhensible. Il fait même quelque chose d'éminemment louable, il stimule son concurrent à s'améliorer pour le dépasser.

L'affaire Clément Bayard est souvent citée pour illustrer l'abus de droit. Le propriétaire d'un petit terrain

inoccupé, inexploité mais voisinant le siège de l'entreprise de montgolfières Clément Bayard, pour mieux persuader celle-ci de lui acheter sa parcelle, avait fait édifier au-dessus de ses murs des échafaudages terminés par de longs pics acérés sur lesquels les ballons dirigeables qui sortaient des hangars poussés par un vent dominant s'échouaient et se déchiraient régulièrement. En faisant installer ces dispositifs inutiles (puisque'il n'y avait pas de maison à protéger), le propriétaire avait manifestement l'intention de nuire à l'exploitant de montgolfières pour lui vendre son terrain à un prix élevé bien supérieur au prix de la terre. Quand on lui en faisait grief, il répondait qu'il était libre de faire ce qu'il voulait sur son fonds, qu'il exerçait son droit de propriété comme bon lui semblait et qu'il n'était pas interdit de chercher à vendre cher.

Les tribunaux lui ont pourtant donné tort en considérant que l'initiative n'avait été prise qu'à seule fin de gêner l'activité de Clément Bayard. Ils ont donc pénétré à l'intérieur de la conscience du propriétaire pour apprécier ses mobiles et ont cru devoir les sanctionner. On présente souvent cet arrêt de 1915 comme le début d'une limitation à l'absolutisme du droit de propriété mais en réalité ce principe y est réaffirmé solennellement. Il faut plutôt y voir une mise en lumière du critère de l'abus de droit : l'intention de nuire. Ce n'était pas la première fois. Soixante ans auparavant, la même approche avait été suivie par la Cour d'Appel de Colmar au détriment d'un propriétaire qui avait fait construire sur le toit de sa maison une fausse cheminée pour priver son voisin de la lumière du jour. D'autres juridictions s'étaient prononcées en ce sens. La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation a seulement systématisé la solution en 1915, ce qui a donné lieu à une multiplication de ses applications, par exemple dans les conflits du travail⁵¹ ou pour le droit d'ester en justice, avec cependant des limites qui sont venues plus tard. A été ainsi censurée une décision qui

avait estimé que le refus d'un bailleur d'autoriser un locataire à effectuer une transformation dans l'appartement qu'il occupait était inspiré par l'égoïsme et maintenu par entêtement "tout en admettant que le bailleur n'avait pas agi avec l'intention de nuire". En statuant ainsi la Cour de Cassation a voulu souligner que les tribunaux ne pouvaient pas décider à chaque fois à la place du propriétaire ce qu'il devait faire et s'ériger en juges de sa psychologie ou de sa morale. Ils ne peuvent intervenir que s'il y a intention malicieuse manifeste et même à mon humble avis, uniquement si cette intention est le seul motif de celui qui prend la mesure incriminée.

La théorie de l'abus du droit n'est pas instituée et organisée par la loi. J'avoue ne pas en être un partisan enthousiaste. Ce qui m'intéresse chez elle est différent : elle est une solution du droit invisible. Certes toutes ces solutions ne vont pas forcément dans le sens que personnellement je souhaite. C'est un risque que je suis prêt à prendre. Ici, les juges n'ont eu l'aide d'aucun texte pour résoudre le litige qui leur était soumis et devaient logiquement constater que l'exercice d'un droit ne pouvait être critiqué ; mais quelque chose dans le fond de leur conscience a dit "non". Une sorte de voix intérieure qui refusait l'évidence alors que rien ne le permettait. Ensuite, on a habillé tout cela d'un costume qu'on a appelé "abus de droit". Que disait donc cette voix ? Peut-être qu'utiliser un droit dans le dessein de faire du mal conduirait finalement les hommes à leur perte car cette maladie est contagieuse. Cela signifie-t-il que le cerveau humain tend à nous conduire dans une certaine direction, que notre chemin est libre mais balisé par endroits ?

L'abus de droit n'est en fait pas vraiment une règle non écrite précise mais plutôt un repère général susceptible de servir dans un grand nombre de situation très différentes les unes des autres. On l'évoque ici parce qu'il caractérise une faute mais on aurait pu tout aussi bien y faire allusion ailleurs.

3) *Le rôle passif de la chose*

Les rédacteurs du Code Napoléon avaient-ils envisagé qu'un jour l'homme volerait dans le ciel et que leurs textes seraient appliqués aux dommages causés par cette invention technique qui n'existait pas en 1804 ? Depuis 1985, les accidents de la circulation routière ne sont plus régis par les articles 1382 et 1384 mais par une loi nouvelle en vertu de cette technique pointilliste qui éloigne le droit des principes fondamentaux et a été dénoncée précédemment⁵². Mais tous les autres dommages demeurent soumis à ces textes, donc à la responsabilité "objective" sans faute instituée par l'article 1384. Il faut préciser que comme toujours ce sont les plaideurs, leurs avocats et les juges qui au siècle dernier ont découvert et dégagé l'utilisation qu'on pouvait donner à ce texte. Il serait inexact de croire que toute cette œuvre monumentale est le fait des quatre auteurs du Code Civil. Elle est en réalité le produit anonyme de la foule des individus qui se sont succédés dans les prétoires ou leurs antichambres pour faire valoir tel ou tel point de vue.

La responsabilité objective est assise sur deux concepts : la *chose* et la *garde*, sur lesquels les discussions se sont focalisées et les règles affinées.

Comme toujours lorsqu'ils donnent une portée très spacieuse à un principe, les juges le bornent par des limites. C'est ainsi qu'ils se sont demandés si la chose devait avoir été active pour être la cause du dommage.

Un visiteur tombe dans la cage vide d'un ascenseur en travaux qu'il croit trouver à l'étage où il est. La cage, qui est restée inerte lors de cette chute, a-t-elle été l'instrument des graves blessures subies par ce passant ? De même pour la vitrine d'un magasin contre laquelle un touriste se heurte, pour le tapis dans lequel il se prend les pieds, la fosse de graissage d'un garage dans laquelle il plonge parce qu'il ne l'a pas vue. Il ne s'agit pas ici d'un pot de fleurs qui est précipité par le vent sur la tête d'un

passant. Les choses ont plus subi le choc qu'elles ne l'ont provoqué. La règle est que leur gardien ne sera pas responsable parce qu'elles ne sont pas l'instrument du dommage.

Compliquons maintenant les faits. La cage d'ascenseur n'a pas été protégée par des barrières ou par une signalisation des travaux et du retrait de ses grilles et l'accident s'est produit de nuit. La vitrine n'était éclairée par aucune lumière ni aucun objet, la boutique étant désaffectée. Le tapis, insuffisamment aplati ou mal déroulé à la suite d'un passage, avait un pli qui formait une bosse. La fosse du garage venait d'être modifiée et agrandie à la surprise de tous.

On peut penser que de nuit, une cage d'ascenseur qui n'a plus ses grillages devient dangereuse si cette anomalie n'est pas signalée, que la vitrine non éclairée, le tapis qui fait un pli, la fosse dont la taille a été modifiée deviennent des objets dangereux. Ces anomalies les rendent "actifs" dans la production du sinistre. On peut même estimer que la vitrine, par la dureté de son verre a pu avoir un rôle actif. Il s'agit essentiellement de savoir si la chose était dans un état et une place normales. Par exemple il n'est pas normal qu'un tuyau soit bouillant mais si c'est le tuyau d'un hammam contre lequel un client s'est heurté et s'est brûlé, il est normal qu'il soit chaud puisqu'il sert à acheminer la vapeur dans cet établissement de bains à une température de plus de 80°.

Le critère est donc la normalité, ce qui pose de nouveaux problèmes pour les objets qui, par nature, sont doués d'un dynamisme propre, comme un gaz toxique, de l'essence, des chariots mobiles. Le contact avec de telles choses provoquant automatiquement la mise en mouvement d'un dynamisme susceptible d'endommager, peut-on parler de rôle actif ? L'acide chlorhydrique ou le feu dégraderont automatiquement la peau qui les aura touchés. Ils sont bien là dans leur état normal. La jurisprudence a dû préciser que ces choses étant dangereuses

par elles-mêmes, leur gardien en était responsable car il devait les contrôler.

Nous arrivons ainsi à la question de l'identité du gardien.

4) *Qui est le gardien ?*

L'article 1384 énonce une règle fort courte en canalisant la responsabilité sur le gardien de l'objet. En prononçant ce mot, le législateur n'est pas entré dans les détails. Il a simplement installé les fondations d'une responsabilité sans faute. Ce faisant, il a posé aux hommes plus de problèmes qu'il n'en a résolu car heureusement, il n'a pas dit qui est le gardien.

De nouveau le droit invisible s'est mis en marche lorsqu'a surgi l'interrogation suivante : le gardien est-il le propriétaire ?

Souvent propriétaire et gardien seront une seule et même personne, mais pas toujours. Le propriétaire d'une automobile qui lui a été volée n'est plus gardien de celle-ci. C'est le voleur qui l'est devenu et responsable à ce titre des accidents qu'il cause, comme l'a rappelé solennellement la Cour de Cassation dans le célèbre arrêt *Franck* en fixant la définition toujours suivie depuis : le gardien est celui qui a "l'usage, la direction et le contrôle de la chose."

Telle est donc la définition du gardien qui s'est dégagée. Mais toute définition étant une tentative d'énoncer un concept appréhendant une réalité variée et difficile d'accès, elle se heurte perpétuellement à la complexité de cette réalité qui la met sans cesse en défaut, l'obligeant ainsi à un affinement et à une précision quasi-permanents.

- a) Le gardien a-t-il par exemple toujours *l'usage* de la chose ?

L'employé qui conduit une voiture pour son employeur

et dans l'exercice de ses fonctions devient-il gardien puisqu'il utilise le véhicule ?

La réponse est non. Le préposé exécute des ordres, il est transparent, il n'est que le représentant de son commettant (et c'est bien pourquoi le quatrième alinéa de l'article 1384 asseoit sur ce dernier la responsabilité des dommages causés par le préposé). Ainsi, le commettant sera le gardien sans avoir l'usage de la chose. Les esprits logiques diront alors : ne serait-il pas plus simple de décréter que le préposé ne sera jamais responsable ?

Mais qu'ils considèrent la situation suivante : la voiture est conduite par le chauffeur de maître alors que ce dernier l'a soustraite à son employeur, et l'utilise à son insu à des fins personnelles. Le propriétaire demeurerait-il néanmoins gardien et responsable à ce titre des conséquences d'un accident sur la voie publique ? La réponse est encore négative. La jurisprudence dit qu'il y a ici *abus de fonction*, et a dégagé cette notion il y a bien longtemps en présence de dommages causés au cours d'une rixe entre deux bergers. Si les chiens d'un des troupeaux étaient allés attaquer les moutons de l'autre ou si un berger avait empêché l'autre de passer avec ses animaux sur les terres de son patron et qu'une bagarre en était résultée, il n'y aurait pas eu abus de fonction.

Mais la querelle suivie d'une violente empoignade avait fait sortir de leur fonction ces bergers. Leur haine réciproque nourrie depuis des années et qui éclatait ce jour-là leur avait fait oublier leur mandat. L'abus de fonction permet ici d'écarter la règle posée par le quatrième alinéa de l'article 1384. On doit y voir encore une de ces inventions de la jurisprudence pour restreindre le champ d'action des lois et constater que le gardien peut avoir l'usage de l'objet (et l'a le plus souvent) mais peut parfois ne pas l'avoir.

C'est ainsi que le transporteur de bouteilles d'air comprimé, à qui elles n'appartiennent pas, sera responsable si elles causent un dommage au cours de leur manipulation lors de leur déchargement. Que décider en

revanche si les bouteilles explosent dans le camion en raison d'une défectuosité interne non décelable et propre à leur nature ? L'accident est dû non à l'utilisation de la chose mais à sa nature propre, à sa "structure" a dit un auteur qui a découvert cette distinction et qui fut finalement suivi quelques années plus tard par les tribunaux. En effet, même si le propriétaire ou le fabricant fabricant conserve la *garde de la structure*, il peut transférer la *garde du comportement* à un tiers en se dépossédant de la chose, en se défaisant de son usage et de sa direction sans en perdre le contrôle. Dans une telle situation il a été parfois jugé que la garde ne pouvait être attribuée à un détenteur "ne possédant sur la chose aucun pouvoir de contrôle et aucune possibilité de prévenir le dommage." Ce critère a été appliqué à des postes de télévision qui implosaient, des pneus qui éclataient, des bombes désinsectisantes qui étaient pulvérisées sous l'action de la chaleur. Mais qui est le gardien de la structure ? Est-ce le fabricant ou le distributeur qui a rempli et dosé la bombe, la bouteille, le pneu ? Les solutions ne sont pas d'une clarté limpides.

b) Le gardien a-t-il toujours la *direction* de la chose ?

Pensons aux joueurs de ballon ou de tennis ayant collectivement l'usage de la balle. S'ils se la partagent, peuvent-ils en avoir la direction ? Y a-t-il garde lorsque plusieurs personnes possèdent en même temps des pouvoirs sur une chose, chacune devant compter avec l'autre, aucune ne pouvant agir en toute indépendance, par exemple des chasseurs qui se blessent en poursuivant et tirant ensemble sur le même gibier, des marins ou des dockers se tuant au cours de manœuvres de déhalage ou de déchargement d'un navire.

L'affaire de l'"Airel" est à cet égard symptomatique. Ce yacht avait participé à une compétition nautique et était manœuvré par une équipe de sept amis intimes, plaisanciers confirmés qui n'en étaient pas à leur première course, loin s'en faut. Après une journée de régate dans

une mer agitée et des coups de vents violents, on perdit pour toujours la trace de ce navire et de son équipage. Deux mois plus tard on retrouva le corps du propriétaire sur la côte corse mais jamais ni le corps des autres marins ni l'épave du bateau ne furent récupérés malgré d'intenses recherches qui demeurèrent vaines. Les familles des disparus engagèrent des procédures contre le propriétaire ou plutôt contre ses héritiers puisqu'il avait aussi trouvé la mort dans cette tragique aventure. Commença alors un long procès parsemé de décisions allant en sens divergents et qui n'est pas à ce jour terminé.

Les différentes juridictions qui eurent à statuer se prononcèrent en particulier sur la causalité et la preuve que le navire avait été l'instrument du dommage. Elles eurent ainsi à déterminer qui était le gardien, puisque les demandeurs poursuivaient sur le fondement de l'article 1384. L'assureur du propriétaire du yacht soutenait que la garde était commune à tous les membres de l'équipage qui dépendaient les uns des autres pour faire évoluer leur embarcation. Le barreur ne pouvait fonctionner utilement que si ses coéquipiers tendaient, dirigeaient et contrôlaient les voiles, tandis qu'un autre fixait une route et faisait le point, et ainsi de suite.

Si cette thèse était admise, cela signifiait qu'aucun des co-gardiens, ne pouvait recourir contre les autres, et invoquer l'article 1384, d'une part parce qu'ils cessaient d'être des tiers sans relation juridique entre eux, condition de la responsabilité délictuelle, d'autre part parce qu'un gardien ne peut se prévaloir de son propre fait pour faire prospérer sa demande. S'il est gardien il participe au fait dommageable de la chose : étant à la fois victime et co-auteur du dommage il ne peut se plaindre, le droit ne reconnaissant pas l'action contre soi-même.

De l'autre côté, on faisait plaider que le propriétaire du yacht était le vrai maître à bord et avait le contrôle des opérations, les autres marins n'étant que ses subordonnés ou ses exécutants. En résumé, le "skipper" avait la garde

exclusive. Telle fut la solution retenue par la Cour d'Appel de Lyon après cassation de l'arrêt de la Cour d'Appel d'Aix en Provence qui avait fait le choix inverse et appliqué en somme à la navigation de plaisance la jurisprudence sur l'exception de travail en commun.

Le débat reste ouvert mais, on le voit, la garde peut être commune. Tout dépend comme d'habitude des faits : si le passager simplement invité à effectuer une promenade en mer ne participe pas à la manœuvre donc à la garde du navire, il n'y a pas de communauté dans la direction de la chose ni même dans son usage ; s'il fait partie de l'équipage et y joue un rôle actif, cette communauté peut exister.

La *garde commune* heurte pourtant le principe suivant lequel la chose ne doit avoir qu'un seul gardien à chaque instant, la garde étant réputée alternative et non cumulative. Mais elle a été admise dès les années soixante, d'abord vis-à-vis des victimes étrangères au groupe auteur du dommage. La question se posa à propos de l'attaque d'un camp de scouts par une bande de voyous : un enfant blessé par l'un des agresseurs sans qu'il fût possible de déterminer lequel, avait poursuivi l'ensemble et obtenu la condamnation de tous les voyous. Apparemment la solution était contraire à l'individualisme de la responsabilité.

Mais c'est sans doute l'un des points où le droit civil se distingue du droit pénal : alors que devant un tribunal correctionnel il aurait fallu établir la culpabilité de chacun des assaillants dans les coups et blessures portés, il suffisait au civil de démontrer une faute qui pouvait consister à avoir conçu et réalisé l'agression et pas seulement à avoir frappé. Cette faute commune conduisit les tribunaux à la garde commune ou collective : par exemple le jet de pierres, dont une seule a blessé, permettait de déclarer coauteurs du dommage un groupe, de même pour le tir des fusils de chasseurs. Il était ainsi admis que la garde pouvait tout de même et exceptionnellement être cumulative.

Cette idée de garde collective étant mûre, les politiques

s'en sont emparés après les événements de mai 1968 avec la loi "anticasseurs" dont le but était d'étendre la responsabilité des dégâts causés par des manifestations. Ces dispositions ont malheureusement été abrogées peu après l'arrivée au pouvoir des socialistes, fidèles en cela à leur laxisme naturel. Une fois de plus se trouve démontré le caractère aléatoire de l'action législative (les gouvernements se succèdent, les lois changent) et par contraste la solidité du droit non décrété, beaucoup plus difficile à saboter. Car enfin, depuis l'abrogation de la loi "anticasseurs", les victimes de dégradations commises par les bandes qui se glissent dans les manifestations pourraient toujours poursuivre les organisateurs si on le leur conseillait au lieu de réclamer comme d'habitude une indemnisation à l'Etat. Il leur suffirait de se prévaloir des notions jurisprudentielles de "faute commune" ou de "garde commune" des objets ayant détruit ou abîmé.

Je me souviens de ces touristes anglais et belges navigateurs de plaisance qui étaient venus me voir parce qu'ils s'étaient trouvés bloqués dans le port de Cherbourg en août 1980 par une manifestation de marins pêcheurs et avaient subi des dommages matériels et corporels causés par un groupe de ces marins pêcheurs dont les noms pouvaient être trouvés sans qu'il fût possible d'identifier les agresseurs en particulier. Que faire, me demandaient-ils ? J'aurais pu leur donner la réponse classique : l'Etat n'a pas donné la police, malgré une réquisition de la force publique, assignons-le en réparation ou bien déposons une plainte pénale qui sera vite enterrée. Je décidai de leur donner un avis qui fut plus satisfaisant moralement : — Vous avez été agressés par des brutes, punissez-les en leur demandant de vous indemniser. Vous n'avez pas besoin de vous tourner vers l'Etat à chaque fois que vous avez un ennui. Trouvez les manifestants meneurs et je les poursuivrai.

— Mais sont-ils solvables ?

— Ils seront suffisamment nombreux pour l'être."

On suivit mon conseil et, au lieu de m'embarquer dans une procédure administrative de cinq à sept ans ou dans une procédure pénale hasardeuse, je lançai une assignation devant une juridiction civile contre tous les organisateurs du blocus. L'affaire fut réglée en trois ans, appel compris. J'obtins la condamnation au plein de ma réclamation et j'exécutai en saisissant tout ce que je trouvais : ici un bateau, là des recettes de pêche. Je me souviens encore du ton légèrement angoissé de l'huissier que j'avais chargé de cette funeste besogne. Il n'était pas chaud pour aller saisir les biens de gens dont il estimait les mœurs fort rudes, et se voyait parti au casse-pipes. Il me fallut insister en lui soulignant qu'il bénéficiait d'un monopole dans ce petit coin de Normandie et que je ne pouvais prendre un autre huissier. "Le monopole légal a ses attrait mais il a aussi ses rigueurs, le jour est arrivé pour vous de les expérimenter." Bref, mon homme était parti fort peu fier mais il revint beaucoup plus enjoué, m'annonçant qu'il n'y avait eu aucune altercation, qu'on l'avait laissé faire sans s'interposer et qu'en plus ces messieurs étaient disposés à payer. Il n'en revenait pas ! Il venait de comprendre qu'il habitait un pays de gens civilisés. C'est qu'en effet se produisit ce que j'avais espéré depuis le début : les marins pêcheurs poursuivis avaient constitué une caisse commune pour faire face à leurs éventuelles condamnations. Ils payèrent donc l'intégralité des sommes mises à leur charge et se promirent de ne plus jamais recommencer leurs bêtises d'août 1980.

Pour parvenir à ce résultat psychologique, qui est demain à la portée de tous, il n'y avait eu nul besoin de recourir à l'État ni à la loi "anticasseurs" ni à la presse ni à la police. Il avait suffi de diligenter une procédure civile privée et d'y plaider la "garde commune" des chalutiers agresseurs.

Seulement la "garde commune", personne n'en parle, c'est un concept *invisible*, tandis que la loi "anticasseurs", on connaît. La différence est qu'aujourd'hui comme hier

la première était et est toujours là parce qu'elle a été découverte et la seconde non, parce qu'elle a été décrétée.

Je me suis un peu attardé sur la détermination du gardien car c'est un point d'intense discussion qui montre bien la richesse du droit non décrété.

En résumé, le gardien n'est pas nécessairement le propriétaire si celui-ci a été dépossédé de la chose, pas plus qu'il n'en est forcément le possesseur si le dommage causé l'est par la structure de la chose. Il peut à cet égard avoir perdu la possession matérielle de l'objet et être resté gardien. C'est le cas aussi lorsque l'usage de l'objet est délégué à un préposé qui effectue une tâche pour le compte d'un commettant, c'est-à-dire qui exécute une instruction. La garde n'est pas transférée au préposé car elle suppose une maîtrise, un pouvoir "effectif, autonome et réellement indépendant". Ce pouvoir a été élucidé au fur et à mesure des litiges qui sont survenus et que les juridictions ont été appelées à trancher. Il a donc fallu du temps pour découvrir ces règles. Le droit a besoin de temps. Sans le temps il n'est rien.

5) L'acceptation des risques et le retour de la faute

Ces notions ont déjà été évoquées en matière contractuelle lors de l'examen comparatif des jurisprudences française et nord-américaine dans le domaine de la responsabilité des produits⁵³ ou médicale⁵⁴. L'acceptation des risques constitue la limite négative, l'envers de la médaille de l'incitation à la prudence générée par la responsabilité. Elle permet d'éviter que la victime et l'auteur d'un dommage ne deviennent indifférents à toute préoccupation de prudence.

De quel risque s'agit-il ? On pense surtout aux activités sportives. Le concurrent d'une course automobile en circuit "qui connaît les risques inhérents à pareille épreuve a par là-même, tacitement renoncé à invoquer contre un

concurrent la responsabilité édictée par l'article 1384" déclarait la Cour de Cassation en 1975. De semblables solutions furent adoptées pour des accidents d'équitation, de ski, de compétition hippique, de jeux de ballon. Mais elles peuvent intervenir dans toute occupation même anodine si elle s'accompagne de circonstances anormales, par exemple la conduite automobile en état d'ébriété.

Cela signifie-t-il qu'aucune responsabilité ne peut être retenue quand il y a eu ces prises de risques téméraires ? Il faut considérer le cas typique du match de boxe. Le coup dommageable porté par un boxeur à l'autre n'entraîne par lui-même aucune culpabilité puisque ses concurrents ont accepté les risques propres à leur affrontement mais la compétition est soumise à certaines règles sportives. S'il est établi que le coup n'a pas respecté les règles de l'art, il pourra alors y avoir responsabilité. En somme, le danger accepté fait disparaître la présomption de responsabilité instituée par le Code Civil mais n'empêche pas la victime de prouver une faute du défendeur. On est revenu au régime classique, dans lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur.

Ce retour de la faute se manifeste dans plusieurs domaines, en particulier dans celui de l'incendie d'immeubles. Depuis la loi du 7 novembre 1922, lorsqu'un incendie a pris naissance dans un immeuble et s'est communiqué chez des voisins, ces derniers devront établir la faute du gardien pour que celui-ci soit condamné.

Cette règle étant posée, il a fallu l'appliquer et des difficultés sont apparues, d'abord lorsqu'il y avait eu incendie et explosion. Joue-t-elle quand l'incendie a été précédé d'une explosion ou suivi par elle ou lorsqu'on ignore par quoi la catastrophe a commencé ? Les tribunaux l'écartent dans ce dernier cas et lorsque l'incendie n'a été qu'une conséquence de l'explosion mais la retiennent lorsqu'il a été la cause première.

Ensuite, on s'est beaucoup interrogé sur le cas des incendies dont la cause demeurerait inconnue. Pour que

l'alinéa 2 de l'article 1384 s'applique, peu importe que l'origine du sinistre ne soit pas déterminée. Il est nécessaire et suffisant, dit la Cour de Cassation, que l'incendie ait pris naissance dans l'immeuble du détenteur du fond, touché le premier, même si l'on en ignore la raison.

C'est ainsi qu'en présence de dommages provoqués par le feu qui se communique d'un immeuble à un autre et le ravage, le gardien occupant l'immeuble où tout a commencé ne sera responsable que si sa faute est établie. Souvent, cette démonstration s'avèrera impossible, soit parce que les motifs du déclenchement du feu demeureront inconnus soit parce qu'ils ne seront que vraisemblables ou hypothétiques et laisseront planer le doute : on subodore un mauvais entretien ou une vétusté du circuit électrique, sans en apporter la preuve formelle, on s'aperçoit qu'une fuite de gaz s'est produite sans pouvoir la rattacher à une négligence telle qu'une mauvaise fermeture des robinets. Or, dans les régimes de responsabilité fondés sur la faute, le doute exonère alors qu'il a l'effet inverse dans les systèmes de présomption de responsabilité.

La jurisprudence s'est de la sorte attachée à donner des bornes à une trop grande extension de la responsabilité sans faute, à percer des chemins de retour au régime classique de la faute ou à les élargir quand ceux-ci avaient été ouverts par le législateur, par exemple en ce qui concerne les instituteurs⁵⁵. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques, le régime fondamental et résiduel à tous les autres est celui fondé sur la faute. L'homme est d'abord lié par les actes qu'il a choisis avant de l'être par des événements sur lesquels il n'avait pas de pouvoir.

6) *La théorie de la confusion des patrimoines*

Un entrepreneur a quatre usines. Soucieux de limiter ses risques, il crée pour chacune de ces activités une société juridiquement autonome, bien distincte des autres,

et qui répondra des dettes éventuelles sur son patrimoine propre. Par suite d'un retournement inopiné de la conjoncture internationale (et non en raison d'une mauvaise gestion) l'une des sociétés fait faillite. Les créanciers vont-ils pouvoir poursuivre les autres entreprises pour se faire payer ? A cette question, on peut donner une réponse générale en édictant une norme de comportement à laquelle les individus doivent se soumettre. On peut dire par exemple que la séparation des patrimoines sociaux est la règle et que nul ne peut y déroger. Dans ce cas, la réponse est négative : les créanciers ne seront jamais indemnisés. On peut au contraire dire que l'ensemble des sociétés créées par cet entrepreneur constitue un groupe qui doit répondre de l'ensemble des dettes. C'est ce que décide la loi allemande du 5 septembre 1965. Dans ce cas les créanciers pourront être réglés mais, en permettant de transférer les dettes d'une société sur une autre, on aura lésé les clients, les employés, les créanciers, de ces autres compagnies car pour payer il faudra soit augmenter le prix des produits ou services offerts, soit réduire la progression des salaires soit emprunter ou prélever sur le capital social c'est à dire obérer la bonne santé financière de l'entreprise.

Contrairement à ce que l'on se figure souvent, il n'y a pas sur la scène juridique un bon et un méchant mais deux intérêts légitimes qui se trouvent temporairement en opposition. Comment régler ce conflit ? Si l'on procède par norme législative, il y aura toujours une injustice, quelle que soit la solution, ce qui souligne le caractère primitif du droit légiféré.

Il existe une autre méthode : recherchons, dans le cas donné comme exemple, comment la société en faillite fonctionnait. Était-elle réellement autonome ? Avait-elle un dirigeant qui prenait des décisions ? Un financement réellement indépendant et non point constamment alimenté par les fonds personnels du maître de l'affaire ou d'une de ses sociétés ? On examine alors son bilan, on interroge ses responsables pour en savoir davantage.

Dans le fameux procès de l'“Amoco Cadiz”, l'Etat français poursuivait la Standard Oil of Indiana pour la responsabilité de sa filiale, Amoco International Oil Co, propriétaire du pétrolier pollueur. Les dirigeants de cette société furent interrogés contradictoirement par les avocats. En les entendant, l'on s'aperçut qu'ils ne prenaient jamais aucune décision seuls, qu'ils n'avaient pas la libre disposition de fonds propres (les bilans des entreprises du groupe étaient d'ailleurs consolidés), qu'ils en référaient constamment à la société mère. Au bout d'un certain temps d'entretien détendu, l'avocat des demandeurs glissa une question presque anodine :

— Vous souvenez-vous d'avoir conclu le contrat de construction de l'Amoco Cadiz ?”

Un silence lourd et intense suivit. Puis la réponse tomba :

— *Non, je ne me souviens pas.*

— Vous rappelez-vous d'avoir conduit les négociations de ce contrat ?

— Non plus.

— Avez-vous participé d'une quelconque façon à la préparation de ce contrat ?

— Non.

— En connaissiez-vous l'existence ?

— Non.

— Le nom du chantier de construction ?”

Là-dessus, l'avocat du défendeur intervint pour protester contre cette pratique consistant à reposer plusieurs fois la même question au témoin. Mais le mot était lâché : le directeur d'Amoco International ignorait jusqu'à l'existence du contrat conclu avec Astilleros España pour construire son pétrolier. Il avait en somme implicitement avoué qu'il ne dirigeait rien du tout et n'était qu'un homme de paille.

Plus tard le président de la Standard Oil, interrogé à son tour, reconnaissait avoir appelé Amoco International son “département marine”.

Il était ainsi apparu que cette société de droit libérien n'avait aucune liberté de gestion et se trouvait entièrement captive, entre les mains de la Standard Oil. L'étanchéité des sociétés n'étant plus observée par les acteurs, on déduisit de ce comportement qu'ils avaient implicitement opté pour une société unique de fait. On pouvait dès lors concevoir d'étendre les dettes d'Amoco International à Standard Oil qui la contrôlait et la gérât réellement sans pour autant sacrifier le principe de la séparation des patrimoines sociaux avec les inconvénients que cela aurait présenté. Telle est la manière de procéder aux États-Unis.

Sa supériorité par rapport à l'autre technique, normative, saute aux yeux :

1. Elle intervient a posteriori et non a priori. Au lieu de dire à l'avance "les sociétés d'un même groupe seront responsables solidairement des dettes de chacune d'entre elles" ou "ne seront pas responsables...", au lieu de décréter ce qui doit être, on laisse l'individu libre d'agir comme il le juge bon, en fonction de ses intérêts. Ainsi, la Standard Oil avait estimé devoir contrôler Amoco International sans laisser à sa créature aucune réelle autonomie. C'était son choix et il fallait l'élucider, le mettre en lumière. Il fallait analyser une gestion, une politique, un comportement, une psychologie pour en déduire une règle et non le contraire.
2. Cette méthode respecte la diversité des situations et en approfondit l'analyse. Dans une société de plus en plus complexe et raffinée, elle est à la fois plus souple et plus vraie, plus adaptée à la réalité, donc plus efficace. Elle scrute la réalité économique au lieu de s'en tenir à la surface juridique qui parfois occulte cette réalité.

Par d'autres moyens, on arrive en France au même résultat : considérer la société débitrice comme une fiction, un écran à opacité ajustable au gré des nécessités du vrai maître de l'affaire. Il y a en fait un seul et unique patrimoine, les séparations dressées n'étant que des illu-

sions ne correspondant pas à la réalité et montrant des sociétés dépourvues de l'autonomie nécessaire à leur existence. On "perce le voile social". Cette approche est essentiellement jurisprudentielle. Certes, on en trouve quelques applications dans la législation sur la société en participation et la gestion de fait, sur l'extension des dettes d'une faillite aux dirigeants en cas de faute lourde de gestion ou en cas de poursuite d'une activité déficitaire, mais aucune règle générale systématisant cette technique.

Observons comment cette théorie est née et s'est développée.

Tout a commencé dans les années 60 lors des beaux jours de la promotion immobilière. L'affaire mérite qu'on s'y attarde.

Des particuliers désireux de se faire construire en Seine et Oise, à Villiers le Bel, des appartements dans des logements collectifs, souscrivent en 1958 à un programme de construction proposé par la Société Civile Immobilière "La Cerisaie", dont la gérance est assurée par la Compagnie Générale d'Administration et de Gestion. Les contrats sont conclus avec "La Cerisaie" et non pas avec l'Immobilière Lambert, le point a son importance, car c'est cette dernière société qui propose et négocie le programme alors que c'est l'autre, moins solvable, qui signe les contrats. A l'achèvement des travaux, il s'avère que les appartements livrés n'ont pas une superficie correspondant à celle convenue dans les contrats, les promoteurs ayant rétrocédé 5 600 m² à la commune sans le consentement des souscripteurs. Les acquéreurs des appartements assignent alors non seulement leur cocontractant "sur le papier", c'est à dire la Société Civile Immobilière "La Cerisaie", mais les deux autres entreprises avec lesquelles ils n'ont pas normalement de lien de droit.

Les diverses juridictions saisies leur donnent raison et la Cour de Cassation approuve ces décisions le 13 décembre 1967 en jugeant que même si les actes des sociétés filiales n'engagent pas les sociétés mères, même si le groupe n'a

pas d'existence juridique, l'"apparente unité créée aux yeux des cocontractants par ces sociétés... justifiait leur maintien en cause" et en rappelant les termes de l'arrêt d'appel :

"... si la société "La Cerisaie" fait figure de maître de l'ouvrage, l'Immobilière Lambert, par le contrôle qu'elle exerce sur elle, par les moyens qu'elle a mis à sa disposition, et le rôle essentiel qu'elle a joué dans toute l'opération, apparaît comme le véritable animateur de l'ensemble de l'affaire... que chacune des sociétés apparaît comme un simple rouage juridique par le truchement duquel le promoteur a pu individualiser l'opération entreprise, et en retirer le profit qu'il escomptait ; qu'en dépit d'une personnalité morale distincte, par le concert organisé et mis en œuvre par la société promotrice, chacune a concouru au même but."

L'intérêt de cette décision est d'admettre l'existence d'une sorte de groupe de sociétés de fait responsable de toutes les dettes de chaque société lorsque les créanciers ont pu légitimement croire qu'un tel groupe existait juridiquement et qu'ils traitaient avec lui. Ainsi, il n'est plus nécessaire qu'il y ait eu faute de gestion pour que le passif soit étendu, il suffit d'avoir créé une apparence trompeuse aux yeux des tiers, cette apparence étant en soi la faute. L'idée est que, lorsqu'une société mère constitue une filiale fragile, qu'elle contrôle totalement et se présente régulièrement comme le soutien essentiel de sa "créature", elle doit assumer les conséquences de la situation artificielle qu'elle a créée si elle vient à se retirer intempestivement du jeu ainsi conçu.

Par plusieurs décisions successives, nos tribunaux ont franchi un "Rubicon" qu'ils n'avaient jusqu'alors jamais osé traverser. Depuis ce jour, la théorie de la confusion des patrimoines, qui venait de naître, ne cessera plus d'étendre son empire et connaîtra une brillante carrière.

D'abord présentée, non sans une certaine prudence, avec le soutien de la théorie de l'apparence, elle s'en

écartera progressivement et prendra son autonomie. Admironons cette belle évolution spontanée au travers des sentences rendues. C'est d'abord la Cour d'Appel d'Aix en Provence qui, reprenant le flambeau des juridictions parisiennes, déclare qu'une "entreprise dominante engage sa responsabilité envers les fournisseurs d'une entreprise subordonnée insolvable quand les interférences existant entre les deux sociétés ont engendré dans l'esprit des tiers une confusion certaine, laissant croire que la société subordonnée était une filiale ou une simple succursale bénéficiant de la garantie financière de l'entreprise dominante, et conférant à la société subordonnée un crédit apparent auquel elle ne pouvait prétendre", tandis que le Tribunal de Commerce de Marseille, dans une espèce aujourd'hui célèbre, affirme sans détour qu'il s'agit de sanctionner "l'attitude des débiteurs qui, ayant trompé leurs créanciers par l'apparence de l'unité de personne morale, essaient de se soustraire ensuite à leurs obligations en alléguant la pluralité de sociétés juridiquement distinctes."

Quelques années plus tard les juges normands succèdent à leurs collègues provençaux, affirmant que "*le groupe est connu... c'est donc au groupe que l'on fait confiance plutôt qu'à la filiale.*" A partir de 1980 c'est l'avalanche, la théorie fait rage. On s'en empare à tout propos. Certains contentieux internationaux sans relation avec la France s'y trouvent précipités par le jeu des saisies de navires, avions, cargaisons et autres biens meubles. La Cour de Cassation fixe alors la doctrine et consacre pour longtemps sa distinction d'avec la théorie de l'apparence. Il n'est plus dès lors nécessaire que la confusion soit apparente⁵⁶. Elle peut être cachée et découverte. La Cour d'Appel de Caen avait déjà osé dire, dans l'affaire de l'*Achilles*, que ce qui importait, c'était la réalité économique et non point les montages juridiques destinés à cacher cette réalité.

Notre cour suprême déclare dans la même perspective

que deux actifs "bien qu'enregistrés comme appartenant à des personnes morales distinctes" (c'est l'apparence) "étaient la propriété de sociétés dont les patrimoines se trouvaient unis à travers les membres d'une même famille par une communauté d'intérêts" (c'est la réalité). Dans un autre de ses arrêts, elle juge encore plus fermement en allant dans le détail de la réalité :

"selon les indications résultant des listes des conseils d'administration et des représentants légaux de ces sociétés, celles-ci étaient dirigées par les mêmes personnes, avec les mêmes capitaux, détenus par M. K. Mamidakis, la même adresse et les mêmes références commerciales ; que la Cour d'Appel, qui a ainsi analysé les documents versés aux débats, a considéré que les différentes opérations liées à l'exploitation du navire ont été dissociées à l'initiative de la société Mamitank Shipping entreprises par l'intermédiaire de son courtier pour réaliser un montage juridique qui lui soit avantageux et qu'en conséquence les autres sociétés n'étaient que des sociétés de façade sans réelle autonomie."

Il ne restait plus qu'un mur à abattre : la confusion des patrimoines s'applique-t-elle aux Etats ?

Il faut ici raconter l'affaire du *Filaret*.

L'Etat roumain avait constitué différentes sociétés pour se livrer à des actes de commerce. L'une d'entre elles, répondant au nom de Prodexport, était débitrice de sommes substantielles et avait été condamnée par la High Court of Justice de Londres. Il était évidemment hors de question de tenter une exécution en Roumanie des condamnations prononcées contre cette société.

Les créanciers eurent alors l'idée originale de saisir le navire "Filaret" qui appartenait à une autre société roumaine, la *Navrom*. Il furent autorisés par le juge de Rouen à pratiquer une telle saisie et la Cour de Rouen confirma la décision par une motivation audacieuse et courageuse :

"Dans les pays socialistes, l'Etat est propriétaire de tous les biens et moyens de production."

La République socialiste de Roumanie n'y fait exception, de sorte que pour le monde extérieur les navires battant pavillon roumain — et en particulier le navire saisi — sont la propriété de l'Etat. Si le fait que, pour des raisons pratiques évidentes, la gestion des navires est confiée à un organisme spécialisé d'Etat, cela n'empêche pas ledit Etat d'être le propriétaire réel du navire en cause, même si au plan interne l'organisme gestionnaire est doté de la personnalité morale."

Avec cette décision et quelques autres qui l'avaient précédée, la *théorie de l'émanation* était née : les Etats se voyaient traités comme les entreprises capitalistes ; s'ils se dissimulaient derrière un écran artificiel ils pouvaient être poursuivis, le voile pouvait être levé. Il devenait impossible d'échapper à ses obligations, même en s'abritant derrière la raison du plus fort. Cette jurisprudence était lourde de menaces pour toute la confrérie internationale des brigands d'Etat et autres spoliateurs publics.

Quelques années plus tard la Cour de Cassation cassait l'arrêt de Rouen. On a souvent présenté cette importante décision comme une condamnation de la théorie de l'émanation. C'est possible, mais elle n'a jamais condamné l'application aux Etats de la théorie de la confusion des patrimoines. Notre cour suprême a seulement dit qu'il ne suffisait pas, pour être dépourvu de la personnalité morale, de dépendre de l'Etat et a censuré la Cour de Rouen seulement parce qu'elle n'avait pas expliqué en quoi "Navrom ne disposait pas d'un patrimoine propre distinct de celui de Prodexport".

C'est incontestablement un regrettable recul, mais il demeure encore possible de démontrer que le patrimoine de deux entreprises d'un Etat communiste ou socialiste est confondu. L'absence de toute autonomie réelle, l'impossibilité de prendre des décisions importantes sans en référer au gouvernement, l'utilisation indifférente des patrimoines des sociétés par l'Etat au gré des nécessités de sa politique, la situation de "créatures captives" qui peut apparaître dans les documents sociaux, tout cela peut

encore permettre d'étendre la théorie de la confusion des patrimoines aux Etats. Et c'est ce qui semble avoir été admis tout récemment par un arrêt concernant une entreprise cubaine.

On pourrait multiplier les illustrations des règles invisibles de la responsabilité délictuelle et écrire un traité. Il y aurait en effet beaucoup à dire, en particulier dans tout ce qui a trait au *lien de causalité* entre le fait dommageable et le dommage. Par exemple le propriétaire d'une voiture qui l'a laissée la nuit dans une rue sans la fermer à clef peut-il être poursuivi en raison de cette négligence pour l'accident causé par le voleur qui s'est emparé de l'automobile, ou encore la faute de la victime qui vient se cumuler avec une faute du gardien de la chose peut-elle entraîner l'exonération partielle de ce dernier ? La loi ne peut donner de réponse précise à ces problèmes. C'est toujours la jurisprudence qui doit les régler et elle a évolué encore récemment⁵⁷. Mais le but de cet ouvrage est simplement d'éclairer le grand public et d'ouvrir des pistes aux spécialistes. J'arrêterai donc là mes analyses sur les obligations délictuelles, espérant avoir apporté la démonstration de leur inévitable soumission au droit invisible.

B. Responsabilité quasi-contractuelle

Il est des obligations qui ne sont ni contractuelles ni issues du domaine délictuel. Le Code Civil leur donne un nom et une définition : des faits purement volontaires dont il résulte un engagement envers un tiers. Certains de ces "quasi-contrats" ont fait l'objet de règles écrites précises. Le voisin qui, spontanément et sans en être instruit, fait des travaux sur la toiture d'une résidence secondaire habitée l'été pour éviter que les pluies n'entrent par un trou qui s'est formé au cours de l'hiver et n'inondent l'habitation, gère les affaires d'autrui. Celui qui se croit débiteur et paie une dette qu'il ne doit pas dispose de

l'“action en répétition de l'indu”. Ces obligations sont fixées par la loi. D'autres ne le sont pas, comme l'enrichissement sans cause⁵⁸, mais existent cependant. Examinons-les.

Un commerçant avait vendu à crédit une substantielle quantité d'engrais à un agriculteur qui avait fait faillite peu après et s'était trouvé dans l'incapacité d'honorer sa dette. L'agriculteur louait le terrain qui avait pris de la valeur du fait des engrais. Le créancier impayé poursuit le propriétaire de ces terres qui fit valoir que la convention conclue entre le fermier et le marchand d'engrais lui était inopposable et qu'on ne pouvait l'obliger à payer les dettes d'un autre. Le commerçant répliqua qu'il ne demandait pas à être payé du prix par application du contrat mais à être indemnisé de la plus-value procurée à la terre par les engrais. Nous étions en 1889. Les actions directes dans les chaînes de contrats n'étaient pas encore à l'heure du jour. La loi ne prévoyait rien, en dehors de la gestion d'affaires qui était exclue quand le service rendu n'était pas purement altruiste mais consistait en l'exécution d'une obligation contractuelle. Il n'y avait que cette vieille coutume de droit romain appelée action “de in rem verso” que les tribunaux inférieurs ressortirent de ses poussières. Ils reçurent la bénédiction de la Cour de Cassation qui constata lapidairement :

“n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; il suffit... d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit.”

Cette phrase est plus importante qu'il n'y paraît. Son sens immédiat est clair : pour pouvoir exercer l'action “de in rem verso”, le demandeur a simplement à démontrer qu'il s'est appauvri au profit du demandeur qui s'est enrichi. Notre cour suprême passera près d'un siècle à regretter son audace en assujettissant l'exercice de ce droit à un grand nombre de conditions non prévues au départ,

de façon à éviter tous les abus qu'il risquait de susciter. Et elle a eu bien raison car le danger était réel de voir pulluler et proliférer une masse de demandes inspirées par l'envie, le ressentiment ou la volonté d'égalitarisme et recouvertes des manteaux rutilants de l'"égalité" ou de la "justice sociale".

Ainsi dans sa motivation superficielle, l'arrêt Patureau de 1892 était maladroit et a été heureusement corrigé. Mais c'est le sens caché et inconscient de la phrase qui m'intéresse ici. Les juges constatent l'existence de règles qui ne sont écrites nulle part et qui viennent du fond des âges transmises par la seule tradition, tombées dans un sommeil profond pendant des siècles, et que l'on vient réveiller un jour. Ils laissent entendre qu'il existe un ordre juridique enfoui dans le passé et qu'il suffit d'y puiser pour résoudre le présent. Lorsque la Chambre des Requêtes écrit que l'action "de in rem verso", "*n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois*", n'est soumise à aucune condition", elle signifie deux choses :

- la première souligne le caractère aléatoire et contingent de la loi ; il arrive qu'un droit soit réglementé mais ce n'est pas une condition nécessaire à son existence ; la règle, même non écrite, préexiste. Le législateur ne la crée pas, il la constate ;
- la deuxième est l'idée fausse qu'une obligation ou un droit non réglementé n'est soumis à aucune condition ; cette idée, contradictoire avec celle qui précède, est une erreur profonde car il y a toujours des conditions à l'exercice d'un droit même si celles-ci ne sont pas décrétées par le législateur ; l'homme n'est pas un animal qui agit dans une jungle au gré de ses pulsions et sans rien respecter, il est obligé de tenir compte de l'autre, il est un "animal politique" pour reprendre les termes d'Aristote.

Mais ce qui s'est produit après cette décision judiciaire de 1892 est encore plus passionnant. Les tribunaux

avaient donc à cette date plus ou moins inconsciemment dit deux choses, l'une exacte (l'existence d'usages juridiques naturels) et l'autre inexacte (l'absence de conditions pour l'exercice de ces usages). Or, par l'expérience pratique des litiges qui lui seront soumis ultérieurement, la Cour de Cassation va s'apercevoir de son erreur et la regretter. Voici comment elle est revenue dessus.

Une vingtaine d'années après l'affaire Patureau, une nouvelle demande d'"enrichissement sans cause" lui était présentée : l'entrepreneur chargé de la construction à forfait d'un bâtiment d'après un plan arrêté avec le propriétaire du sol, avait réalisé des travaux supplémentaires en accord, disait-il, avec ce propriétaire, mais sans que cet accord ait donné lieu à une modification écrite du plan et du prix. Cet entrepreneur demandait donc le paiement des travaux supplémentaires sur le fondement du contrat mais, sentant peut-être la fragilité de son argumentation sur ce point, il avait développé un moyen subsidiaire : "si vous n'admettez pas le supplément de prix que je réclame, vous ne pourrez que reconnaître que ces travaux additionnels ont enrichi le patrimoine du propriétaire et appauvri le mien puisqu'ils n'ont pas été rémunérés. J'ai par conséquent une action 'de in rem verso'."

De l'autre côté le propriétaire soutenait d'abord que s'il y avait eu enrichissement de l'un, il ne pouvait y avoir eu appauvrissement de l'autre puisqu'il y avait eu rémunération forfaitaire de ses services par exécution d'un contrat, et d'autre part que l'action pour enrichissement sans cause était fermée à ceux qui se trouvaient en relation contractuelle. Ce dernier argument, s'il était admis, supposait qu'il existait bien des règles implicites applicables en la matière même si la loi ne les fixait pas. Par son arrêt du 2 mars 1915 la Cour l'adoptait, infirmant rétrospectivement sa motivation de 1892 : l'action ne pouvait être admise qu'à défaut d'une autre possibilité juridique mais si le demandeur disposait d'une action contractuelle ou délictuelle, il ne pouvait l'abandonner pour échapper aux rigueurs de ses règles.

Par la suite les tribunaux ne se sont jamais départis de cette ligne de conduite, rejetant notamment les actions d'un garagiste pour travaux supplémentaires non commandés par le client et d'un locataire ayant édifié des constructions sur le terrain qu'il louait alors que le bail stipulait que ces constructions appartiendraient au bailleur sans indemnité.

De la même façon ils ont débouté le demandeur qui avait agi au bénéfice d'un défendeur mais dans son intérêt et à ses risques et périls.

L'expérience de plusieurs procès a ainsi conduit les tribunaux à rectifier et à perfectionner leur approche. En somme, le juge rend d'abord un arrêt, puis les procès postérieurs à cette décision viennent en éprouver la justesse. Ainsi se sont dégagées plusieurs conditions non écrites constituant le statut de l'enrichissement sans cause :

- non cumul des régimes de responsabilité,
- "illégitimité" de la cause de l'enrichissement (l'exécution d'un contrat par exemple est une "cause légitime"),
- absence de faute de l'appauvri,
- défaut d'intérêt personnel de l'appauvri lors de l'initiative entreprise (l'électrification d'une propriété profite aux voisins mais aussi à celui qui y a procédé, donc l'action est irrecevable),
- l'indemnisation ne doit excéder ni le montant de l'appauvrissement ni celui de l'enrichissement.

Ces principes ne sont édictés par aucune loi générale mais ils ont plu au législateur qui en a fait des applications ponctuelles éparées en matière d'indivision (l'article 815-13 institué par la loi de 1976), de propriété (l'article 555 instauré par la loi de 1960), de succession (l'article 862 mis en place par la loi de 1971), de régime matrimonial (c'est le mode de calcul de l'indemnité conçu par la loi du 23 décembre 1985). On en trouve même des utilisations

dans le Code Napoléon d'origine : les frais de conservation de la chose doivent être remboursés à l'acheteur évincé (article 1634) et au possesseur de mauvaise foi (article 1381). Mais ces formules ne sont que des émergences visibles d'*une norme invisible universelle : nul n'a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui et sans son accord*.

De ce jeu de miroirs entre loi, jurisprudence et coutume il ressort que des solutions se sont progressivement imposées. Au lieu d'être unilatéralement fixées d'en haut, elles ont été testées, comparées avec d'autres, critiquées par les professeurs ou les avocats. Certaines n'ont pas survécu à cette période d'essai. Quant à celles qui se sont maintenues, c'est qu'elles avaient fait leurs preuves. Parfois d'ailleurs, le Code Civil les a recopiées et transformées en lois, croyant ainsi leur décerner un prix d'excellence.

Jusqu'à présent, je me suis efforcé de décrire le droit spontané dans son contenu en m'attachant à ses deux édifices fondamentaux : le contrat et la responsabilité extracontractuelle. Il est temps d'aborder un sujet moins noble mais tout aussi essentiel : *comment* se pratique ce droit ?

Chapitre 6

La pratique du Droit invisible

Si le légiste a bien en tête les problèmes qu'il veut résoudre avant de rédiger son texte, le juriste, quant à lui, ne peut rien préparer préalablement à son action car il ne sait pas ce qui va se passer, ni pourquoi on va le consulter.

Il est ainsi dans une beaucoup plus grande dépendance vis-à-vis des faits à venir. C'est bien là sa servitude, comme c'est aussi sa force. Il va devoir composer avec les faits, s'y adapter, parfois dans la nécessité d'y trouver une solution urgente. Or, il sait que pour faire face à l'aléatoire, il ne peut recourir à la violence. Il est ainsi voué à employer son intelligence dans un temps parfois très bref (songeons aux référés d'heure à heure, aux saisies de biens mobiliers, aux défenses en cas de flagrants délits). En définitive, il fait la guerre sans violence physique comme un soldat sans arme. C'est un exercice souvent frustrant car le penchant naturel des hommes, lorsqu'un conflit éclate, va dans le sens opposé. Notre drame est bien là. Nous sommes tous pour la liberté et la civilisation mais il suffit de

quelques minutes de conversation passionnée pour que, le ton montant, nous foulions au pied et l'une et l'autre. Nous sommes le siège d'une double tension : tapi dans l'ombre l'animal qui est en nous est prêt à bondir pour agresser mais l'ange gardien lui dit : "Non, tu as mieux à faire que cela." "Je prends plaisir à la loi de Dieu selon l'homme intérieur, mais je vois dans mes membres une autre loi qui lutte contre la loi de mon entendement." dit Saint Paul dans l'épître aux Romains.

Et pourtant, sans l'animal aurions-nous eu le courage et le goût d'agir ? Il nous faut donc et l'ange et la bête.

Tout l'art humain consiste à transformer l'énergie de l'un par l'esprit de l'autre, à canaliser une force destructrice vers des fins créatrices. C'est une aventure mentale exaltante mais contraire à nos instincts. Le Droit est l'un des chemins. C'est pourquoi il est un appel à l'intelligence et il lui faut une part d'improvisation, laissant place à la découverte, l'observation, l'imagination, l'intuition, toutes qualités qui ne sont plus requises dès lors que l'on se borne à appliquer une loi détaillée, non susceptible d'interprétation.

Le juriste est comme un acteur à qui l'on n'aurait pas donné de texte à répéter et qu'on aurait poussé sur la scène vu l'urgence du rôle à tenir. Le voici dégringolé en plein drame qui a commencé sans lui et qui finira sans lui, mais en attendant, il lui faut donner la réplique, mettre au point un plan d'attaque, envisager une stratégie. Il élabore donc une approche qu'il s'apprête à appliquer à l'histoire qui se déroule sous ses yeux. Mais, coup de théâtre, tout change soudainement : aux piquets de grève succède une séquestration, à la fissure dans le mur une inondation, et l'action dont il avait méthodiquement arrêté le projet doit être abandonnée en cours d'exécution. Il est ainsi constamment astreint à tenir compte des faits qui viennent se bousculer devant lui. La première fois, reconnaissons-le, il patauge lamentablement. C'est qu'il ne peut compter que sur ses connaissances rationnelles conscien-

cieusement apprises à l'Université. Mais le mouvement tumultueux de la vie vient les perturber et leur imposer un rythme difficile à soutenir. Après quelques piteux errements, un jour vient où l'apprentissage est achevé : notre homme a l'intuition nécessaire, le flair approprié, le coup de main ; il réfléchit, bien sûr, mais il *sent* aussi. Comme un enfant arrive un jour à savoir parler la langue qu'il entend autour de lui, de même notre nouveau juriste parvient à adapter sa science à la vie grâce à l'expérience qu'il a engrangée. Souvent d'ailleurs, il ne se rend même pas compte de cette transformation intérieure, et se contente d'en bénéficier sans se mettre en peine d'en chercher les raisons. Mais le résultat est là. Il sait dompter l'événement car il a appris à y réagir en opérant ce que j'appellerai une *ritualisation du temps*. Au début, un drame fait rage ou au moins un conflit dont l'issue naturelle serait la violence. L'intervention juridique consiste à exorciser la violence en interrogeant le passé : qu'ont fait ceux qui se sont déjà trouvés dans une telle situation ? Était-ce vraiment la même situation ? N'y a-t-il pas lieu de distinguer ? Les problèmes vont être sériés et énoncés, des concepts vont surgir qui vont donner raison aux uns, tort aux autres. Les parties en litige vont prendre du recul. Un certain ordre va spontanément s'organiser.

Pour affronter des obstacles imprévus et pourvoir à des besoins nouveaux, le juriste pourra toujours puiser dans l'immense réservoir du passé, ici des coutumes bien établies, là des solutions prétoriennes choisies dans des cas similaires⁵⁹. Mais il lui sera aussi loisible de faire appel à des règles de procédure, à des techniques de savoir-faire, qui ne donnent pas la conclusion mais seulement une clef permettant d'aboutir à un dénouement. Il ne s'agit pas de principes substantiels mais plutôt de recettes de cuisine utilisables dans de multiples et diverses situations, exactement comme la sauce au beurre blanc peut être servie avec de nombreux plats. Passons donc à l'office et mettons de l'ordre dans ces procédés.

A) *Les adages*

1. "*Specialia generalibus derogant*"

Imaginons un contrat qui comporte deux clauses susceptibles de s'appliquer au litige. L'une stipule que le mandant ne sera responsable qu'en cas de faute lourde de sa part, et l'autre prévoit que les conséquences des éventuelles erreurs de conversions des devises en francs français seront supportées par le mandant. Laquelle des deux stipulations prévaudra si le mandataire commet une erreur de compte dans le calcul des devises qu'il a encaissées pour le compte de son commettant et lui a transférées ? Normalement, en l'absence de faute lourde du mandant et en présence d'une faute légère du mandataire (qui a reçu insuffisamment de devises et ne s'en est pas aperçu), ce dernier devrait prendre à sa charge le préjudice. Mais l'autre clause stipule dans l'autre sens, et c'est elle qui l'emportera parce qu'elle vise une situation particulière plus restreinte que le cas général.

L'adage latin signifie qu'un accord sur un point particulier déroge à tous les autres termes contractuels parce que sa précision est plus révélatrice de l'intention des parties. Il sera préféré, en cas de conflit, exactement comme une clause additionnelle, négociée et dactylographiée, aura le dessus sur une clause imprimée dans un proforma de convention-type, parce que les parties l'ont davantage voulue.

2. "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"

Pour réaliser une fraude et un abus de biens sociaux, le directeur d'une entreprise parvient à obtenir d'un tiers un document mentionnant une fausse date sans que celui-ci soupçonne l'usage qu'il veut en faire. L'escroquerie étant découverte, le coupable est obligé de réparer le préjudice

et de payer des dommages-intérêts. Il se retourne alors contre l'émetteur de la pièce comportant une date inexacte et lui réclame le remboursement des sommes qu'il a dû verser en soutenant que c'est à cause de ce document qu'il a eu tous ces ennuis.

Le propriétaire d'un tableau de Rembrandt demande à un artiste de lui en faire une copie pour qu'il puisse l'exposer chez lui en souvenir après avoir vendu le vrai chef-d'œuvre car il est à court d'argent. Mais une fois la copie faite, il la vend comme étant la vraie peinture. La supercherie est éventée par expertise. Pour se disculper, le vendeur poursuit le peintre.

On est là dans des situations paradoxales : les plaignants qui se posent en victimes sont les auteurs mêmes des fraudes.

Parmi les différents moyens de défense à la disposition des défendeurs, il en est un qui est résumé par cette maxime : nul ne peut invoquer sa propre turpitude. Or, le faux n'a été fabriqué qu'à la demande de celui qui aujourd'hui s'en plaint. Celui-ci est dès lors irrecevable à réclamer quoi que ce soit. En se faisant l'auteur ou le complice du délit, il a par là même renoncé à la protection de la règle.

3. *“L'accessoire suit le principal”*

Un mineur non émancipé vend des valeurs mobilières qui lui appartiennent. Le contrat est nul puisqu'il a été conclu par une personne dépourvue de la capacité attachée par la loi à la validité des conventions. Le mineur pourra donc, après avoir fait constater la nullité, obtenir la restitution des biens vendus. Chaque partie devra rendre à l'autre ce qu'elle lui aura donné⁶⁰. L'acheteur devra ainsi rétrocéder à son vendeur les actions en bourse. Sera-t-il aussi débiteur des dividendes distribués par ces actions pendant les années au cours desquelles la transaction nulle s'est exécutée ?

L'adage "l'accessoire suit le principal" donne une réponse. Ici, les fruits produits par le bien doivent être rendus avec le bien lui-même puisqu'il ne devait pas être cédé. On dit que le sort de ces gains secondaires dépendra du sort décidé pour le capital qui les a engendrés. Il existe cependant d'autres réponses qui considèrent les fruits comme des revenus à consommer distincts du capital. Dans cette perspective, la loi du 17 mai 1960 a modifié l'article 549 du Code Civil en dispensant le possesseur de bonne foi de restituer ces fruits au propriétaire.

Le précepte de l'accessoire n'est pas la panacée et ne connaît aucun automatisme dans son application. C'est une technique commode qui est là, prête à servir en cas de besoin. Parfois l'on en use, parfois on l'ignore. Ses emplois sont multiples.

Ainsi, les intérêts d'un prêt sont traités comme la somme en principal sur laquelle ils portent ; les glaces et tableaux faisant corps avec la boiserie de la maison sont censés mis à perpétuelle demeure et deviennent des *immeubles par destination*, accessoires des murs ; de même, les animaux de la ferme, la carte grise et la vignette pour une automobile, les privilèges et hypothèques grevant un bien et qui le suivent en quelques mains qu'il passe. La caution, dont le sort est scellé à celui du débiteur qu'elle garantit, peut se voir opposer les mêmes obligations par le créancier. Elle est tenue de suppléer l'insolvabilité du débiteur et lui est de ce fait unie d'intérêt.

4. "*Fraus omnia corrumpit*"

Lors de l'enlèvement d'une cargaison de machines en vue de son déplacement et de sa livraison, le transporteur constate des avaries par rouille. Il s'apprête à apposer des réserves sur le titre de transport qu'il a émis, mais l'expéditeur lui propose de s'abstenir, en échange de quoi il lui remet une garantie attestant qu'en cas de réclamation du

destinataire il l'indemniserait et prendrait à sa charge tous les frais. À l'arrivée, comme c'était à craindre, le destinataire constate les avaries ainsi que l'absence de réserves sur le titre de transport au vu duquel il a acheté et payé la marchandise, et engage une procédure à l'encontre du transporteur. Celui-ci se retourne contre le chargeur en excipant de la garantie. L'autre se dérobe à son engagement en faisant valoir que celui-ci est nul. En effet, il était frauduleux à l'égard de l'acheteur de ne pas décrire l'état avarié des machines quand elles ont été chargées, et de dissimuler cette circonstance au moyen d'une contre-lettre secrète pour que le destinataire paie la marchandise sans regret. La responsabilité du transporteur envers ce réclamateur est donc certaine. Mais qu'en est-il de l'expéditeur ? L'application de la maxime "*fraus omnia corrumpit*" a pour effet de rendre nulle la lettre de garantie. Si elle est nulle, tout ce qui est en elle est réputé ne pas exister. Concrètement cela veut dire que le chargeur va pouvoir échapper à toute responsabilité, ce qui est pour le moins curieux puisqu'il est le vrai coupable initiateur de la fraude. Pourquoi aboutir à ce résultat ?

La raison se trouve dans la politique prophylactique des nullités. Au-delà du litige en question, on veut dissuader tous ceux qui pourraient être tentés de prêter leur concours à la fraude et, pour les mieux persuader, on leur fait comprendre que leur punition sera de perdre tout recours contre leur donneur d'ordre.

Là encore, on retrouve l'iniquité des règles qui veulent sanctionner l'injuste par du plus injuste encore. Oui, je l'avoue, cet adage m'a toujours paru illogique et sot. La seule vraie dissuasion est que celui à qui profite le crime, comme on dit, en subisse les conséquences. Or cet important objectif est tout simplement sacrifié avec la maxime "*fraus omnia corrumpit*".

En outre, son étroitesse d'esprit apparaît au grand jour avec l'une de ses conséquences : si la clause d'un contrat est frauduleuse, toute la convention est frappée d'ana-

thème et annulée, ce qui peut souvent faire l'affaire des fraudeurs. Il serait bien plus raisonnable de limiter la sanction à la seule stipulation affectée en la déclarant non écrite. Mais il y a de tout dans cette bouillabaisse de préceptes et pas seulement de bonnes choses. Signalons au passage qu'on peut néanmoins contrer "fraus omnia corrumpit" avec "nemo auditur". Il suffit de faire valoir que celui à qui profite la manœuvre est irrecevable à s'en prévaloir pour soutenir sa nullité. On le voit, ces techniques permettent parfois de les utiliser les unes contre les autres.

5. *"Nul n'est contraint d'accepter"*

Il est inutile d'épiloguer sur ce principe, qui est limpide. Très présent dans les contrats (une offre peut toujours être refusée, comme on l'a déjà vu), comme d'habitude mis à mal par la législation prédatrice moderne (pensez aux lois qui transforment de légitimes refus de vente en fautes voire en délits), il est plus qu'un simple adage : il prospère et imprègne de sa bonne santé morale l'ensemble des branches du droit.

6. *"Contra non valentem non currit praescriptio"*

Poursuivi pour malfaçons au bout de plusieurs années, un entrepreneur se retourne contre le sous-traitant étranger auquel il avait confié le travail, mais la convention conclue avec ce dernier avait réduit à une année le délai pour agir.

Encourt-il la prescription alors qu'à la fin des 12 mois fixés par ce contrat il n'avait pas encore été recherché par le client et ignorait donc l'existence d'une réclamation ? Ce n'est que trois ans après les constructions qu'il l'a su, et ce n'est qu'à ce moment qu'il a pu agir.

Se référant à ce vieil adage romain, toujours en usage sous l'ancien régime avec les pouvoirs d'équité dont disposait le juge en matière de délais, malencontreusement abandonnés lors des codifications de la fin du XVIII^e siècle, la pratique a su le faire revivre et adopter par la jurisprudence : "la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention soit de la force majeure."

Voici donc une règle non écrite qui, toute seule et malgré son grand âge, parvient à s'imposer contre les lois fixant de courtes prescriptions, contre la volonté des rédacteurs du Code Napoléon, pour une simple raison : les praticiens et les juges l'ont trouvée juste, même si elle n'avait pas trouvé grâce aux yeux des légistes, qui la jugeaient trop compliquée et trop perturbatrice pour la sèche sécurité des délais qu'ils avaient fixés et qu'ils entendaient sans doute voir tomber comme des couperets de guillotine !

7. "Nul en France ne plaide par procureur"

L'importateur d'une marchandise a nanti celle-ci au profit de sa banque envers qui il est fortement endetté. Il lui remet donc en gage les titres représentatifs de la marchandise. Au cours de son transport la cargaison est perdue et périt. Le porteur des titres dispose de l'action contre le transporteur mais celui qui a subi la perte n'est pas le porteur, c'est l'importateur qui a acheté et payé la marchandise qu'il ne pourra revendre. L'intérêt et la qualité à agir ne se trouvent pas réunis dans les droits de la même personne : la banque a la qualité (elle est titulaire du titre) mais n'a pas l'intérêt (elle n'a pas subi le préjudice) ; l'importateur a l'intérêt mais n'a pas la qualité.

Une solution⁶¹ à ce problème serait de permettre à l'importateur d'agir à la place de la banque. Le principe

“nul ne plaide par procureur” s’y oppose, pour éviter sans doute une multiplication des recours pour autrui et le risque d’abus que cela représente. Voilà un usage non écrit qu’il sera intéressant de suivre pour observer comment il résistera à l’épreuve du temps. Son avenir, en effet, ne paraît pas brillant car le monde évolue contre lui : mandats et délégations sont monnaie courante, la pratique des cessions de créance, de dette, de droits s’est répandue dans le commerce, l’assurance pour le compte de qui il appartiendra, les ventes en filières font se transmettre un contrat à des personnes inconnues, des groupes d’intérêts se constituent pour gérer leur réclamation. Mais jusqu’à ce jour il n’a pas encore fléchi.

8. *Autres adages*

Tout le droit civil et processuel est parsemé de ces anciennes techniques de savoir-faire qui sont toujours en vigueur et respectées comme des codes. Certaines, qui n’ont qu’un ou deux siècles d’existence, ne sont pas particulièrement des armes de liberté et expriment plutôt la pensée positiviste (“pas de nullité sans texte”) voire jacobine (“pas de crime sans loi”) en prétendant s’élever contre l’arbitraire du juge de l’ancien régime. J’avoue qu’entre l’arbitraire d’un homme qui peut se tromper dans une affaire et être infirmé par un deuxième degré de juridiction et l’arbitraire d’une majorité politique dont les erreurs législatives affecteront des millions de gens pendant de nombreuses années, avec des possibilités de rectification très limitées, je n’hésite pas. Ce n’est plus le choix entre Charybde et Scylla mais entre Charybde et Perrin Dandin !

La plupart de ces vieilles recettes de cuisine, résultat spontané des pratiques de millions d’individus, sont beaucoup plus anciennes. Le plus souvent, elles ont un lien profond ou ténu avec l’ordre imperceptible de la liberté et en manifestent la solidité.

“Jura vigilantibus prosunt” : les règles de droit ne sont pas faites pour protéger les négligents ou les imbéciles mais les gens responsables, “vigilants”. Voilà une conséquence directe de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée.

“Donner et retenir ne vaut” : ce proverbe populaire est encore utilisé pour justifier la nullité de certaines conditions purement potestatives⁶² dans les donations, libéralités et autres actes gratuits. Il est lui aussi un prolongement de l'autonomie de la volonté et il invite à rechercher à quoi s'est engagé le donateur (peut-être à rien s'il a assorti son don gratuit d'une condition qui ne dépend que de sa seule volonté à venir).

“Pas de nullité sans grief” est tellement évident qu'il a été adopté par le Code de procédure : celui qui argue de la nullité d'un acte en raison de l'inobservation d'une forme doit, pour voir reçue son exception, démontrer que cette irrégularité lui cause un préjudice. La nullité est relative et non absolue. Le plus souvent, le défendeur qui allègue la nullité d'un acte (comme l'exploit d'huissier qui l'a assigné) s'avère incapable de prouver le tort qu'elle lui cause.

Ces règles sont parfois reprises par la loi et transformées en langage plus moderne mais, curieusement, *la vieille formule se maintient*. On dit par exemple “pas d'intérêt, pas d'action” et non : “l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention” comme dispose l'article 31 du Code de procédure.

On dit “le criminel tient le civil en l'état” au lieu de citer l'article 4 du Code de procédure pénale “Il est sursis au jugement de l'action exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement”, “nul n'est tenu de rester dans l'indivision” alors que la loi de 1976 a cru devoir préciser “nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision”, mais l'illustration la plus frappante est une ancienne coutume de Paris adoptée par

la loi. Plusieurs siècles après, les notaires disent toujours : “Le mort saisit le vif” et non “les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la succession.” Il faut reconnaître que l’adage est tellement plus parlant, concis et spirituel par sa charge métaphorique, qu’il a survécu à toutes les époques.

Beaucoup d’autres de ces maximes ne sont édictées par aucun texte, même si l’on en trouve quelques applications législatives ponctuelles. Elles n’ont aucune force contraignante, elles pourraient être rejetées, oubliées, contournées, mais non, elles sont toujours là alors qu’elles viennent de la nuit des temps !

En voici quelques-uns : “Nul n’a le droit de se faire justice à lui-même”, “*Non bis in idem*”, “le juge de l’action est le juge de l’exception” et, moins anciens, “la faute lourde est équipollente au dol”, “le demandeur doit poursuivre le défendeur devant la juridiction de ce dernier”.

“Nul n’est censé transférer plus de droits qu’il n’en a lui-même”. Cette phrase, traduite encore du latin, est d’un grand secours pour résoudre les conflits qui naissent sur la possession d’un bien acquis de bonne foi mais vendu par quelqu’un qui n’en était pas le propriétaire (les acquisitions “*a non domino*”). Le principe contraire, qui peut jouer mais sous certaines conditions, est également disponible : “En fait de meubles, possession vaut titre”. Il est même consacré par la loi puisqu’il trône à l’article 2279 du Code Civil et se trouve ainsi en concurrence, créant une tension salutaire.

“*Locus regit actum*” : la forme d’un acte juridique est régie par la loi du lieu où il a été fait. Les applications sont nombreuses en droit international privé, quand il s’agit de déterminer suivant quel système de droit le litige sera examiné.

Consacrée par la loi depuis quatre siècles, la coutume “Lettres passent témoins” impose une suprématie des preuves écrites préconstituées sur les témoignages.

Plus triviale, l'expression "on ne peut avoir le beurre et l'argent du beurre" a de très fréquentes applications en droit commercial : Peut-on cumuler une indemnité pour privation de jouissance d'un bien non restitué et les intérêts qui ont couru pendant cette période sur la valeur de ce bien ? Peut-on demander à la fois une indemnisation pour une perte de marchés par une société du fait de l'accident ayant frappé son patron et pour une aggravation des dépenses du fait que le salaire a continué à être versé alors qu'il ne travaillait pas ? Les Anglais disent : "*you cannot have your cake and eat it, too.*" Chaque peuple a sa version comme son style, mais le raisonnement demeure identique et il n'est point besoin d'un décret pour couronner la faveur dont il jouit au fond de nos consciences.

Nombreux sont les proverbes populaires qui ont des emplois juridiques fréquents : "Il ne faut pas vendre la peau de l'ours avant de l'avoir tué", qui incite à ne pas prendre d'engagement ferme tant qu'on n'a pas la disposition de ce que l'on veut vendre, "la plume est serve, mais la parole est libre", qui permet aux magistrats du Parquet de s'éloigner de leurs réquisitions écrites, "se tromper est humain, persister dans son erreur est diabolique", "un tien vaut mieux que deux tu l'auras", etc., etc.

Tous ces adages influencent heureusement juristes et légistes. La liste est loin d'être close. Elle serait fort longue. Arrêtons-là ici.

B) *La privatisation de la justice*

Il ne s'agit pas de traiter de l'octroi d'une réelle indépendance au corps des magistrats. On examinera ce point à la fin de cet ouvrage.

Il ne s'agit pas non plus de rêver à un marché des juges, qui n'est pas pour demain, mais essentiellement de décrire ce qui se passe actuellement en ce qui concerne le fonctionnement de la justice.

Nous vivons aujourd'hui un paradoxe. D'un côté, le malaise régulièrement exprimé par la profession, à la suite des différentes manipulations législatives opérées par le pouvoir socialiste pour blanchir certains fraudeurs ou faire obstruction aux enquêtes engagées sur certains scandales, l'impuissance face à l'insuffisance de moyens et à l'encombrement des tribunaux traduit un sentiment général de dégradation.

Le désaisissement du juge Jean-Pierre dans l'affaire *Urba Gracco* prend à cet égard valeur de symbole : en France le pouvoir judiciaire est depuis 200 ans en liberté surveillée, chaque régime, ou presque⁶³, s'est rendu coupable de manipulations et pressions en coulisse quand ce n'était pas des actes caractérisés de mise en tutelle. Le régime Mitterrand y aura sacrifié comme les autres, plutôt davantage que la moyenne sans doute, en particulier sous le ministère Arpaillage qui a poussé la chasse aux sorcières à son paroxysme. Ce n'est d'ailleurs pas cela qui est le plus grave car il n'y a rien de tel qu'une bonne dose d'arbitraire et d'intrigues favorisant les courtisans aux dépens des esprits indépendants, pour inspirer le dégoût et engendrer le rejet.

Plus grave est la lente dévaluation du fonctionnement de la justice, parallèle à celle de la santé et de toutes les professions qui, peu ou prou, dépendent de l'Etat.

De l'autre côté, par cette étrangeté que nous réserve parfois le destin, non seulement les usagers n'ont pas définitivement cessé de croire en la justice mais ils en demandent plus. L'essor de cette idée que l'on appelle l'état de droit, la prise au sérieux de l'efficacité de la règle de droit, l'explosion du droit sous toutes ses formes dans la C.E., le développement des contre-pouvoirs juridiques face aux princes qui nous gouvernent, sont le signe d'un changement profond des mentalités en France. Progressivement et sans nous en apercevoir nous sortons de l'arbitraire, comme je l'ai expliqué dans les premiers chapitres.

Le paradoxe peut être vite résolu : plus les gens prennent au sérieux le Droit, plus ils se montrent exigeants sur le fonctionnement de la justice. Il est donc parfaitement légitime que les juges s'insurgent. Cela souligne leur attachement à la qualité du service qu'ils entendent accomplir.

Deux obstacles se dressent sur la route de leurs efforts : le premier conscient et le second, inconscient.

D'abord, la politique socialiste a mis un maître mot dans les têtes : "évacuez les dossiers". Puisque les prétoires sont encombrés de litiges et les juges submergés de dossiers, il faut accélérer les choses. Transformant les magistrats en techniciens du droit chargés de débiter des sentences à peine motivées et d'avoir une bonne statistique malgré l'absence criante de moyens, on leur demande d'accélérer leur cadence de production, de faire vite avant de faire bien.

Certes, je sais bien que beaucoup de magistrats ne l'entendent pas de cette oreille et se moquent bien de leur carrière comme de leur statistique. Avant d'être fonctionnaires ils sont juristes, croient en leur métier et cherchent la vérité. Ils sont plus nombreux qu'on ne le pense et ils auront certainement une heureuse influence sur les autres. J'admire leur courage et leur désintéressement en ces temps où règne l'égoïsme à courte vue, mais je constate tout de même une évolution inquiétante, une baisse sensible de la qualité de motivation des jugements. Parfois la décision, qui se réfère à des dossiers d'avocat très argumentés et complexes, comporte quelques lignes seulement de motivation et ne se rattache à aucun raisonnement précis, à aucune conception approfondie. Disons-le franchement, cette pauvreté donne une impression de copie bâclée. Voilà sans doute les fruits de la politique d'évacuation des dossiers : un retour à l'arbitraire !

C'est là que les hommes politiques ont une responsabilité à assumer. Combien de fois les entend-on suivre le cortège des pleureuses et se plaindre de la lenteur de la

justice ! Il faut cesser cette démagogique récrimination et répondre énergiquement que ce n'est pas vrai. La justice française est l'une des moins lentes du monde. Avec le référé provision, le référé d'heure à heure, les astreintes, les saisies, les procédures à jour fixe, nous avons des moyens très efficaces, que beaucoup de pays nous envient, de faire progresser une demande.

Voilà la première réponse mais la deuxième est plus importante encore. L'opinion publique peut parfaitement comprendre que rapidité et profondeur de la justice sont inconciliables.

Il faut savoir ce que l'on veut. Si vous voulez une justice rapide, gratuite et sans trop d'efforts, vous l'aurez (comme on a des fast food) ; mais ne vous étonnez pas si les juges sont serviles à l'égard du pouvoir politique, superficiels voire paresseux et laxistes. A l'extrême limite on pourrait concevoir un système plus rapide encore : supprimons les audiences et les plaidoiries et confions à une commission administrative le soin de décider de tout en choisissant entre deux mots "admission de la demande" ou "rejet". On croirait déjà pénétrer dans les mondes "meilleurs" de George Orwell et d'Aldous Huxley. Ceux qui aujourd'hui se plaignent des lenteurs de la justice ne se rendent pas compte qu'ils travaillent à son abaissement.

J'ai l'espoir que ce premier obstacle soit franchi une fois qu'avec un autre gouvernement, la politique d'évacuation aura été abandonnée.

Il reste le second, plus difficile à passer car plus insidieux. Les dirigeants d'un pays sont évidemment un symbole. Or, comment perçoit-on aujourd'hui la nomenclatura socialiste de l'Etat ? Certains d'entre eux ont détourné des fonds publics à grande échelle, se sont enrichis avec l'argent du contribuable, ont tenté de mettre la main sur des sociétés privatisées par des procédés irréguliers ou, plus modestement, ont placé quelque ami dans quelque poste en évinçant un autre plus compétent mais moins "ami". Pour leurs petits ou grands abus de

fonction, ont-ils été inquiétés et condamnés ? Non, et encore l'un d'entre eux s'est permis d'insulter publiquement le corps magistral.

"Ils étaient coupables et ils s'en sont sortis" voilà ce que pense l'opinion publique, et c'est à cela que l'on reconnaît que nous ne sommes pas encore dans un état de droit⁶⁴.

Si l'homme de la rue pense cela, certains vont sans doute se dire :

"et pourquoi pas moi ? puisque tout s'arrange, faisons une petite malhonnêteté, je m'en sortirai". Nous touchons là le mécanisme pervers le plus grave que les socialistes aient enclenché depuis quelques années dans la société française.

Jusqu'au début des années 80, les socialistes ont fait du mal parce qu'ils étaient incompétents en économie. Dix ans après, ils font toujours du mal mais cette fois-ci c'est parce que leur mépris du droit met dans les esprits des idées malhonnêtes et donc malsaines.

Tout le monde peut être affecté par ce mode de pensée. Au palais de justice, on peut se dire : "à quoi bon se fatiguer puisque de toute façon le mal n'est pas puni et le bien pas récompensé ? pourquoi dès lors soigner la rédaction et la motivation du jugement ? pourquoi écouter les avocats ? pourquoi même poursuivre ?". Commence alors un processus de détérioration et c'est ce que nous ressentons.

C'est pourquoi il est urgent que l'exemple donné par le pouvoir politique soit un peu plus édifiant qu'il ne l'est actuellement si l'on veut éviter que la décadence ne s'accroisse encore. Il est aussi urgent que les juges prennent conscience du danger de cette mentalité indifférente et désabusée, véritable venin que nous injectent à petite dose les hommes du pouvoir en place. Nous devons refuser cette drogue, refuser de devenir des "âmes mortes". Nous devons aimer ce que nous faisons et rechercher la perfection. Nous ne devons pas accepter de devenir des machines. Nous méritons mieux que cette tiède médiocrité ! Il suffit d'oser le dire.

Je pense que les deux obstacles seront levés en raison du puissant besoin de justice manifesté par l'opinion publique et du changement à venir du paysage politique. Mais je pense aussi que cela ne sera pas suffisant pour éviter une progressive privatisation des mécanismes judiciaires.

Ce phénomène a déjà commencé et l'on ne s'en est pas encore rendu compte. Certes la plupart des gens se sont aperçus des difficultés et dysfonctionnements que je viens de dénoncer. A eux seuls, ils pourraient déjà en éloigner beaucoup des prétoires mais il s'y ajoute une complexification croissante des litiges.

Il devient de plus en plus délicat pour une même personne de toucher à tout en droit. Les magistrats sont donc condamnés à se spécialiser car nul ne peut tout savoir.

Il existe aussi une autre façon de procéder : faire complètement sortir le litige du circuit judiciaire et le soumettre à des personnes privées qui ne sont investies par l'Etat d'aucune fonction à ce titre, mais sont choisies par les parties. C'est ce qu'on appelle l'*arbitrage*.

L'arbitrage est la véritable réponse du marché aux problèmes de justice, il est devenu une pratique courante qui ne cesse d'augmenter en importance.

Les raisons sont claires et ont déjà été exposées. Plus une société est libre, plus elle se diversifie et plus les différends présentent un caractère de technicité nécessitant l'intervention de véritables spécialistes dont la compétence et l'expérience ont été éprouvées. C'est sans doute pourquoi il y aura de plus en plus d'arbitrages et pourquoi je ne serais pas étonné de voir peut-être vers l'an 2000, se régler par cette procédure les contentieux actuellement soumis aux tribunaux, par exemple pour des saisies ou des référés, matières relevant toutes actuellement de l'*imperium* du juge judiciaire. Nous n'en sommes pas là. Restons en donc "au jour d'aujourd'hui".

1. Le succès de l'arbitrage

Imaginons un litige complexe opposant plusieurs entreprises à propos de la construction d'un aéroport ou d'un hôpital à l'étranger : après l'achèvement du chantier, plusieurs réclamations croisées sont formulées les unes pour malfaçons, avaries, mauvaises performances, les autres pour travaux supplémentaires, solde du prix, restitution de garanties bancaires. Le contrat a été conclu et exécuté par plusieurs sociétés qui se sont pour certaines groupées pour travailler, pour d'autres associées sous la forme de la participation, il concerne aussi plusieurs compagnies d'assurance et de réassurance. Le litige pose de multiples questions techniques mais aussi juridiques, en particulier sur la compétence juridictionnelle, la loi applicable, le conflit entre une clause et une Convention internationale choisie par le contrat mais non ratifiée par le pays où il s'est exécuté, la recevabilité des actions, les subrogations des assureurs, l'opposabilité de certaines stipulations contractuelles et leur validité au regard de telle ou telle règle. Les dossiers sont très volumineux. Il faut des camionnettes pour les déplacer.

Si une semblable affaire est présentée à un tribunal ordinaire, il faudra que le président trouve dans son rôle déjà très encombré une demi-journée de plaidoiries pour y placer l'audience, entre une demande de remboursement de prêt, une contestation de loyer, un différend relatif à un cautionnement et plusieurs assignations en liquidation. Après quoi il faudra examiner les documents, ce qui prendra beaucoup de temps, et se trouver dans un état de sérénité et de concentration qu'il est parfois difficile d'atteindre quand on est absorbé sans cesse par le flot montant des petites et moyennes affaires, les sujétions de la mise en état et bien d'autres soucis.

Au contraire, les arbitres sont payés par les parties en litige spécialement pour fournir cette prestation. Etant souvent plus disponibles car retirés des affaires ou ayant

une profession moins agitée ou encore parce qu'ils ont tout simplement décidé de se consacrer à ce contentieux qui les intéresse, ils écoutent et étudient.

Au lieu d'expédier une audience en une ou deux heures, ils lui réservent la journée entière pendant laquelle ils entendent, examinent, posent des questions aux avocats et aux parties. Un dialogue s'instaure et se développe. On cherche à comprendre, on confronte ses expériences. L'arbitre ancien ingénieur n'aura aucune difficulté à appréhender l'aspect technique et à l'expliquer aux autres membres du collège. On évitera ainsi des malentendus et l'on gagnera du temps. Mais l'ingénieur ne connaît pas le droit et il aurait commis une lourde erreur de procédure si son collègue juriste, professeur à la Faculté, ne lui avait pas expliqué qu'il faisait fausse route. Et voilà qu'il faut faire les comptes : l'un des trois arbitres a précisément eu une formation de comptable, il s'en chargera. Après l'audience, on délibère. Un point de désaccord apparaît :

- “ — Pour en avoir le cœur net, interrogeons ceux qui ont vécu ces événements.
- Ils demeurent en Allemagne.
- Fixons une nouvelle audience pour les y convoquer.
- Mais s'ils ne viennent pas, occupés par d'autres tâches sur d'autres chantiers à l'étranger ?
- Nous irons alors les auditionner nous-mêmes là où ils sont, en présence des avocats.”

Peut-on concevoir pareil dialogue dans l'antichambre d'un tribunal ?

Il faudrait assurément manifester un intérêt tout à fait exceptionnel à l'affaire et une conscience professionnelle remarquable pour décider de tenir une audience supplémentaire bousculant à nouveau le rôle, pour entendre des témoins, ce qui se fait hélas fort rarement en France en dehors des tribunaux correctionnels.

Je ne dis pas que cela n'arrive jamais. J'ai bien vu, il n'y a

pas si longtemps, des magistrats se faire projeter contradictoirement deux films exposant les faits avec des croquis, avant d'écouter les avocats. Il existe en certains lieux des oasis épargnées par la tourmente. Mais le plus souvent le juge, débordé et sans moyens matériels ni soutien logistique, renoncera à tout projet tant soit peu compliqué. A la rigueur il nommera un expert, ce qui ne sera utile que si les témoignages portent sur des points techniques et non sur ce qui s'est passé exactement ce jour là. Quant au déplacement du juge sur les lieux où se trouvent les témoins, il est en matière civile inconcevable.

Au contraire, les arbitres vont se donner cette peine. Ils vont chercher, enquêter ou laisser les avocats le faire et les observer. La procédure sera dynamisée. Au lieu de se limiter à deux plaidoiries ennuyeuses ou monotones sur des œuvres mortes (les papiers) entendues passivement, elle sera plus vivante. Souvent les arbitres sont des professionnels. En droit maritime, par exemple, on plaide devant d'anciens armateurs, capitaines, courtiers ou des assureurs, des consignataires, des négociants. Ces personnes ont connu les difficultés qu'on évoque. Elles ont vécu les problèmes et les appréhendent de ce fait plus facilement. L'intérêt pour l'affaire est manifeste quand on a déjà expérimenté personnellement la chose dont il est question. Ce n'est plus seulement un papier sur lequel sont écrits des mots, c'est un fait "vivant" dont on se souvient.

Et puis, arrive le moment de la rédaction de la sentence. Celle-ci est inévitablement plus complète et approfondie parce que les arbitres peuvent y passer plus de temps et soigner leur motivation.

En d'autres termes les arbitres, exerçant un métier libre et ne dépendant d'aucune hiérarchie, n'ont qu'un seul moyen de travailler beaucoup : être connus et appréciés de ceux qui les désignent. Pour cela c'est fort simple, nul besoin d'être ancien ou en odeur de sainteté auprès du pouvoir politique ou de sa profession, il suffit d'être

compétent et efficace dans le déroulement de l'instance et de rendre des sentences bien motivées. En somme, l'arbitre est naturellement poussé à s'améliorer. C'est donc un système sain, dans la mesure où il ne s'embourbe pas dans la bureaucratie ou le corporatisme.

Je ne doute pas qu'il soit promis à un grand avenir, même dans les matières où il est aujourd'hui interdit, et je me demande si je serai toujours sur cette terre lorsqu'on autorisera l'arbitrage dans les derniers bastions des fonctions régaliennes de l'Etat : divorces, successions, conflits familiaux sur un régime matrimonial, droit administratif et, pourquoi pas ? droit pénal. Cette dernière suggestion va probablement en faire bondir plus d'un, même à une époque où l'on songe à instituer des prisons privées. Elle mérite quelques précisions. Les procédures arbitrales offrent un attrait surtout pour les litiges lourds. La plupart des divorces sont aujourd'hui prononcés par consentement mutuel et ne présentent pas de difficultés majeures. En revanche, certaines instances sont particulièrement complexes et douloureuses. Il en est de même du règlement de certaines successions. Les personnes en conflit dans ce type de contentieux ont parfois l'impression que la justice ne leur accorde pas l'attention nécessaire et les confond avec les divorces d'accord ou les successions simples qui ne posent pas de problèmes.

Pourquoi, dans ces conditions, ne pas en confier le règlement à des spécialistes ? Après tout, faire juger un divorce liquidant un régime matrimonial par Jean Carbonnier ou Philippe Malaurie, un recours administratif par Georges Vedel, n'est-ce pas une garantie de sérieux et d'objectivité ?

La loi interdit certes à l'Etat français de compromettre mais il a bien fallu qu'il oublie cette règle lorsqu'il a conclu un compromis d'arbitrage avec le gouvernement néo-zélandais et l'organisation Greenpeace pour trouver une issue au contentieux né du sabotage du Rainbow Warrior. En droit international, les Etats se retrouvent à égalité et

sont bien obligés de recourir aux techniques qu'ils réprouvent chez eux, forts de leur toute-puissance et de leurs souveraines prérogatives. Quant au droit pénal, je ne vois pas ce qui empêcherait des arbitres, pour des accusations portant sur des faits troubles et obscurs (en particulier en droit pénal des affaires), de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence d'un prévenu sans pour autant intervenir dans le choix et la fixation de la peine infligée, qui relève plus de la sécurité publique. C'est d'ailleurs bien ce que font les jurés de la Cour d'Assises pour un crime.

2. L'objection tenant à la vengeance privée

L'objection viendra inévitablement : on ne peut privatiser la justice pénale car ce serait revenir à la vengeance privée et violer le principe "Nul ne peut se faire justice à lui-même". Il est facile de répondre que cet adage constate l'impossibilité pour les individus d'être juges de leur *propre* cause mais ne précise pas qui jugera à leur place et ne proscriit nullement de s'en remettre à toute autre personne qu'eux, quels que soient son rang, son métier et son instruction.

Souvenons-nous du procès d'Oreste, proie de la malédiction des Atrides, poursuivi pour le meurtre de sa mère Clytemnestre ainsi que de l'amant de celle-ci, Egiste, par les Erinnyes. Ces effrayantes divinités aux yeux de sang et aux cheveux de serpent déployaient leurs grandes ailes de chauve-souris et pourchassaient le criminel jusqu'à le rendre fou. De fait, après son matricide, Oreste fut saisi de crises de folie furieuse et dut prendre la fuite. Cet exil dura une année, à l'issue de laquelle il comparut devant l'Aréopage d'Athènes, l'aînée des Erinnyes jouant le rôle du procureur et Apollon celui de l'avocat. C'était nouveau, car jusqu'alors la distinction entre juge et procureur n'était pas nette.

En somme, les redoutables Erinnyes symbolisent la loi de la vendetta : elles appartiennent au clan et celui qui a tué un membre du clan doit être tué à son tour. Peu importe qu'Oreste ait perpétré ce crime pour venger son père Agamemnon, assassiné par Clytemnestre. Peu importe que l'ordre lui en ait été donné par Apollon sous peine de se voir fermer l'accès des temples et frapper par la lèpre. Peu important les mobiles, les intentions et les circonstances atténuantes, le sacrifice rituel doit laver dans le sang les forfaits de la famille, l'inéluctable destin doit s'accomplir. Mais voici Apollon, véritable concepteur du funeste projet, qui vient défendre son exécuteur et plaide la primauté du père sur la mère. Après quoi l'Aréopage vote et se partage en deux moitiés égales. Oreste est donc acquitté, au grand courroux des Erinnyes qui menacent Athènes des pires malheurs. Elles finissent cependant par être apaisées par la déesse Athéna, qui propose de leur vouer un culte, et se transforment en pacifiques Euménides, veillant sur la bonne fortune des Athéniens.

La justice a alors remplacé la vengeance. Le pouvoir de punir a été transféré par les dieux à des êtres humains, *étrangers au clan* et qui ne seront plus intéressés au litige par leurs liens familiaux ou leurs passions. Aux tortures, aveux et serments succèdent des *procès*, donnant lieu à un véritable débat contradictoire avec reconstitution des événements pour mieux les exorciser et y mettre un point final. Se trouve ainsi rompue la chaîne fatale de la malédiction des Atrides.

Cette œuvre d'Eschyle est captivante parce qu'elle décrit l'*émergence du droit pénal* par rapport à la vengeance privée magique et rituelle et souligne les origines religieuses des règles de procédure ainsi que du pouvoir de faire régner l'ordre, délégué par les dieux aux hommes.

L'enseignement juridique à en tirer est simplement que les clameurs du poursuivant et la sérénité du juge ne peuvent s'investir dans la même personne. Il suffit donc

que la justice soit rendue par un tiers indépendant. Or, cette neutralité n'est pas réservée aux seules personnes désignées par l'Etat. Dans l'Aréopage d'Athènes ne siégeaient pas seulement des chefs mais aussi de simples citoyens. L'impartialité est la seule condition, qui se trouve réalisée aussi bien avec un magistrat qu'avec un arbitre ou un membre de jury. La justice pénale peut être publique ou privée, il suffit que la société y soit représentée par un procureur suivant des modalités qui peuvent varier.

3.8. L'objection tenant à la désacralisation

Une autre objection est à envisager : la généralisation de l'arbitrage ne risque-t-elle pas de "désacraliser la justice" ? Les palais et prétoires sont en effet marqués par le sacré dans leur architecture comme dans la disposition des lieux qui les constituent. Les formes du rituel qui s'y tient aux audiences sont là pour l'accentuer. Jean-Marc Varaut a décrit avec bonheur⁶⁵ les fastes de la liturgie judiciaire et ses symboles, inhérents au fonctionnement de l'institution. On est en effet frappé par la beauté de nos antiques palais, qui inspire le respect. Sans doute faut-il voir là l'un de ces lieux et l'un de ces moments où s'accomplit une rupture de l'homogénéité de l'espace et du temps. Pour l'homme religieux, dit Mircea Eliade⁶⁶, il y a hétérogénéité de l'espace et du temps car le sacré les déchire et les sépare. Il y a avant et après, dehors et dedans. Ce sentiment que l'on peut éprouver en entrant dans un palais, proche quoi que d'intensité bien moins forte, de celui qui s'impose au porche d'une église, éclaire de sa lumière la mission des juristes avant qu'il ne revêtent leurs habits noirs de cérémonie. Ils comprennent ainsi qu'en prononçant certains mots, ils participent comme bien d'autres avant eux au rite de la recherche du juste, et que leur travail personnel, souvent limité et modeste, vient s'ajouter à d'autres pour prendre sa véritable dimension au regard de cet objectif.

Devant ces splendeurs, on est parfois déçu du style désinvolte et relâché de certaines audiences. Je me souviendrai toujours de cet après-midi passé dans un tribunal correctionnel de province. Deux témoins étaient venus de fort loin pour être entendus. De nationalité étrangère et ignorant les usages en France, l'un d'entre eux avait demandé fort poliment s'il devait prêter serment sur la Bible.

Réponse irritée du président :

— “ici, on est un pays de droit laïc, on ne jure pas sur la Bible mais si vous tenez à jurer sur quelque chose, tenez, Monsieur le Greffier, donnez lui donc un Code Pénal.”

Et le greffier de jeter nonchalamment ledit code ! En un instant tout était anéanti. Le serment n'avait plus rien de solennel. Il paraissait même grotesque, ridicule. Nous étions revenus au monde profane. Le témoin, écouté d'une oreille distraite et ennuyée, n'était plus tendu par le souci de dire des choses précises et rigoureusement exactes, et parlait approximativement. L'homme ne cherchait plus à se dépasser. Tout était gâché. Je voyais le moment où certains allaient fumer une cigarette. Qu'allaient penser ces étrangers de la justice de mon pays en rentrant chez eux ? Comment pouvait-on être si peu sensible aux formes et, même si ce juge n'avait que faire du sacré, comment pouvait-il ne pas voir la perte d'efficacité et de qualité que prenait son audience en raison de son style ? Heureusement pour moi, cette malheureuse expérience demeure isolée et ne s'est pas répétée.

Cependant, pour beaucoup, certaines séances judiciaires sont comme certaines messes d'après Vatican II. On y manque de foi et on aurait presque envie de parodier Georges Brassens : “Sans le latin, sans le latin, la messe nous...”.

En comparaison, beaucoup de réunions d'arbitrage paraissent avoir presque plus d'ordre et d'harmonie. Mais ces procédures sont en marge de la majesté judiciaire et ne

sauraient lui porter ombrage. Toutes les sentences arbitrales demeurent en effet soumises au contrôle de la Cour, au moins par le jeu de ce que l'on dénomme l'appel-nullité. Cette voie de recours est précisément concentrée sur la forme plus que sur le fond. La justice et sa pompe ne sont donc pas absentes. Pour se manifester moins souvent, leur prestige n'en est que plus grand.

Surtout, les usages naturels et autres coutumes de la "lex mercatoria" que les arbitres appliquent, sont le plus souvent examinés et interprétés à la lumière des grands principes fondamentaux qui traversent notre droit, donc avec les mêmes règles que celles pratiquées par les juges. Ce fond commun juridique contraint l'arbitre à parler la même langue que le juge et lui dicte souvent les mêmes règles de forme.

Le premier pas a été franchi : par son succès et son essor, l'arbitrage démontre avec éclat qu'on peut se passer du "service public" si l'on est prêt à payer le prix d'une qualité supérieure. Il en est de cette matière comme de toutes les autres : une élite a commencé d'y goûter, d'autres ont suivi, d'autres viendront encore jusqu'à ce que cette pratique devienne monnaie courante et étende son empire à des champs nouveaux, inexplorés jusque là. Il en fut ainsi de l'électricité, de la photographie et de toutes les grandes inventions scientifiques. Il en sera ainsi de l'assurance privée de la maladie suppléant la sécurité sociale, de la retraite à la carte et de tous les systèmes privés qui coexistent aujourd'hui avec des "services publics", silencieusement mais efficacement.

C) *Le raisonnement*

Le droit ne se limite pas à l'observation de faits et à la découverte d'une solution. Entre les deux, on suit un chemin tantôt direct, clair et dégagé, tantôt tortueux, obscur et laborieux. C'est celui du raisonnement. Et là tout

est libre et vaste. Nulle loi ne vient nous contraindre à suivre cette route plutôt que ce sentier, à passer par cette forêt plutôt que ces bocages. La seule sujétion, c'est que nous partons d'un point donné et que parfois nous sommes obligés par quelque légiste, d'emprunter un couloir, de passer sur un pont, voire d'aboutir à un lieu incontournable.

La pensée discursive et rationnelle est apparemment très présente en droit, spécialement dans la législation qui est l'une de ses créatures. Elle l'est aussi dans le droit invisible, mais d'une façon bien différente et qui supporte fort bien la comparaison. Alors que la règle générale écrite s'appuie sur un raisonnement qui est, dès le début, universel (pour les bonnes lois bien sûr, pas pour celles de circonstances destinées à servir un intérêt spécial), la solution d'un cas particulier va se heurter à un écueil : ce qui peut paraître juste dans une espèce doit être éprouvé universellement. Une salutaire tension se fait sentir entre ces deux pôles et c'est d'elle que naît le progrès du savoir juridique.

Prenons l'exemple de l'homme qui met le feu à sa maison pour toucher l'indemnité d'assurance et dissimule ensuite les traces de son forfait. L'escroquerie est cependant découverte et le coupable est châtié et incarcéré. Ayant purgé sa peine, il continue de réclamer l'indemnité à l'assureur en se prévalant du contrat qui n'exclut pas expressément ce risque. Pour le débouter, le juge civil se réfère à l'adage "Nul ne peut se prévaloir de sa turpitude" (*Nemo auditur*) ou, autre motivation, constate que la commission d'une infraction par le demandeur le prive du bénéfice de l'assurance si la réalisation du risque a été causée par le délit.

Considérons maintenant une autre situation : conduisant en état de fatigue et à une vitesse excessive, un automobiliste a un accident qui entraîne la mort de son passager. La famille de la victime le poursuit et il se retourne contre sa compagnie d'assurance. Celle-ci, forte

du cas précédent, décline sa couverture en faisant valoir que son assuré ayant commis un délit d'homicide involontaire, il a perdu ses droits. Cela signifie-t-il que les assureurs ne couvrent plus aucun accident automobile s'il y a eu infraction ? Une contravention au stationnement a-t-elle pour effet d'annuler toutes les polices d'assurances ?

Le raisonnement est pourtant similaire mais, à l'épreuve des faits, il bute sur une difficulté. Il faut donc approfondir.

On recherchera sans doute la "ratio juris" de la première décision et l'on s'interrogera sur l'intérêt général qui a pu conduire à prononcer la déchéance des droits de l'assuré. Était-ce parce qu'il avait commis une infraction qu'il devenait de ce seul fait irrecevable ? N'était-ce pas plutôt parce qu'en admettant la demande on aurait dangereusement encouragé les escroqueries par dégradations volontaires de biens, donc menacé la loyauté et la sécurité ? Apparaît alors un critère qui n'était pas immédiatement perceptible : ne pas donner une prime au mensonge et à la dissimulation. C'est *l'intention* criminelle qu'on vient ici réprimer. Or, dans l'autre affaire, l'automobiliste a peut être commis une négligence en conduisant trop vite et fatigué, mais il n'a *pas voulu* ce qui s'est passé. Sa volonté est de toute évidence absente dans l'accident. Dès lors, la politique prophylactique qui marquait la première décision serait ici inefficace car il n'est nul besoin de persuader ou de menacer ceux qui n'ont pas voulu le mal qu'ils ont fait. On s'aperçoit que l'acte illégal commis n'a pas ce degré de préméditation qui fait qu'indemniser l'assuré irait à l'encontre de l'intérêt public.

Deux conséquences peuvent être tirées de ce qui précède. D'abord, la solution du second cas pourra être contraire à celle du premier : l'assurance jouera. Ensuite, la recherche d'un dénouement dans cette deuxième décision va *signaler les failles* ou les insuffisances de la motivation de la première. Elle aurait dû plus insister sur l'aspect intentionnel, qui n'était qu'implicite. En se bornant à

blâmer l'infraction sans plus de précision, le juge ne s'est pas aperçu qu'il pouvait englober sous ce vocable de multiples actes et les entraîner hors de la protection contractuelle. Ainsi, chaque mot doit être pesé et soupesé à la lumière des effets qu'il pourrait avoir sur tous les autres hommes. De nouveau ressort *l'aspect dynamique et non figé, abstrait et universel du droit naturel*. Dynamique parce que les raisonnements sur lesquels il s'appuie permettent une lente évolution, un long mûrissement grâce à une abondance d'expériences qui viennent sans cesse les éprouver et donc les éliminer ou les améliorer. Abstrait, parce que ses règles concernent tout le monde indistinctement.

Par son universalisme, le raisonnement va passer par-dessus les règles explicites et visibles et, les ignorant superbement, aboutir à une conclusion à laquelle il veut faire adhérer celui à qui il s'adresse.

La médiation de la loi écrite ne sera pas nécessaire, parce que seules seront invoquées les raisons profondes de cette loi, ses fondements moraux. Le discours se tiendra au delà du droit positif, il sera métajuridique. En apparence extérieur à la discipline juridique, il sera en réalité immergé dans le droit invisible.

Pour illustrer cette affirmation, prenons quelques exemples de raisonnement visant à convaincre de la justesse d'une thèse et, sortant de nos sphères jurisprudentielles habituelles pour oublier les règles et leurs prescriptions, tournons-nous cette fois-ci vers la littérature, toujours riche en comportements archétypiques.

1. *Exemple balzacien*

La Comédie humaine est évidemment un terrain de choix. Parmi ses inestimables trésors, il en est un tout à fait fascinant qui nous raconte l'exécution d'une tragique convention : en contrepartie d'un substantiel raccour-

cissement de sa vie, le héros obtient la réalisation de ses désirs les plus brûlants. Le prix de ce pacte ne prend donc pas la forme d'espèces sonnantes et trébuchantes mais d'années, de mois, de jours, car chez Balzac on doit toujours compter et payer à un moment. On aura reconnu *La Peau de chagrin*. Plaçons-nous à un moment crucial, celui de la conclusion du contrat fatal : Raphaël de Valentin a découvert le redoutable pouvoir que confère ce talisman et pense déjà accepter l'offre écrite qui lui est formulée par sa devise. Le vieux marchand, qu'il interroge pour savoir s'il a essayé cette magie, tient un raisonnement dont le but est de dissuader le jeune homme de son projet.

L'argumentation commence par une réplique concrète et métaphorique pour capter l'attention : "Essayer ! Si vous étiez sur la colonne de la place Vendôme, essaieriez-vous de vous jeter dans les airs ?"

Suivent des remarques psychologiques sur la pauvreté et la versatilité du jeune homme : "Vous aviez résolu de vous suicider ; mais tout d'un coup un secret vous occupe et vous distrait de mourir. Chacun de vos jours ne vous offrira-t-il pas une énigme plus intéressante ?... Comme vous j'étais dans la misère ; j'ai mendié mon pain ; néanmoins... je suis devenu millionnaire."

Puis le tableau étant campé, le courant de sympathie passant, la fine perspicacité de l'orateur ainsi que l'intérêt altruiste qu'il porte à son interlocuteur ayant été démontré, il élève le débat, passe sur le plan moral : "Je vais vous révéler en peu de mots un grand mystère de la vie humaine". Cette phrase assure la transition : on traverse le sas qui va du particulier au général, la pensée va s'universaliser. L'atmosphère se sacralise. Nul doute que l'orateur ne fasse ici une pause. Après cette subtile préparation, il envoie son message :

"L'homme s'épuise par deux actes instinctivement accomplis qui tarissent les sources de son existence... Vouloir nous brûle et Pouvoir nous détruit, mais

Savoir laisse notre faible organisation dans un perpétuel état de calme. Ainsi le désir ou le vouloir est mort en moi, tué par la pensée ; le mouvement ou le pouvoir s'est résolu par le jeu naturel de mes organes. En deux mots, j'ai placé ma vie, non dans le cœur qui se brise, non dans les sens qui s'émoussent ; mais dans le cerveau qui ne s'use pas et qui survit à tout."

Mais attention ! Ce discours ne serait-il pas trop loin des réalités ? Il faut y revenir pour mieux l'étayer :

"J'ai prêté mon argent à un Chinois en prenant pour gage le corps de son père, j'ai dormi sous la tente de l'Arabe sur la foi de sa parole, j'ai signé des contrats dans toutes les capitales européennes, et j'ai laissé sans crainte mon or dans le wigwam des sauvages, enfin j'ai tout obtenu parce que j'ai tout su dédaigner."

Puis, nouvelle rupture, on nous remonte vers les hauteurs de la philosophie :

"La pensée est la clef de tous les trésors, elle procure les joies de l'avare sans en donner les soucis."

Après quoi nous redescendons vers les exemples personnels :

"Mon âme ayant hérité de toute la force dont je n'abusais pas, cette tête est encore mieux meublée que ne le sont mes magasins. Là, dit-il en se frappant le front, là sont les vrais millions."

Dans ce va et vient incessant mais harmonieusement rythmé, il nous faut à nouveau repasser le sas dans l'autre sens :

"... le mal n'est peut-être qu'un violent plaisir. Qui pourrait déterminer le point où la volupté devient un mal et celui où le mal est encore la volupté ?... Le mot de Sagesse ne vient-il pas de savoir ? et qu'est-ce que la folie sinon l'excès d'un vouloir ou d'un pouvoir ?"

C'est sur ce beau point d'orgue que s'achève cette plaidoirie quasi-bouddhiste en faveur du détachement.

La parole est maintenant à la défense dont l'argumentation sera plus courte. Alors que le marchand avait attaqué sans se découvrir par une tactique socratique procédant pas à pas et faisant progresser son auditeur vers sa conclusion en l'apprivoisant tout au long du chemin, Raphaël a saisi l'avantage d'un contraste et adopte l'approche entièrement opposée. Il est vrai qu'elle sied mieux à la thèse qu'il soutient. Il entre tout de suite dans le vif du sujet et annonce, bille en tête, la couleur :

“Eh ! bien, oui, je veux vivre avec excès”.

Il commence par la conclusion. Quelle erreur, vont dire les esprits logiques ! Mais précisément cette erreur est habile. Elle décontenance, désarçonne l'auditeur et capte ainsi son intérêt, exactement comme au début du premier discours.

Suit la justification de l'audacieux aveu qui se fonde en premier lieu sur deux considérations purement personnelles :

1^{er} moyen :

“J'avais résolu ma vie par l'étude et par la pensée mais elles ne m'ont même pas nourri.”

En langage plus trivial, on dirait : j'ai déjà suivi ces conseils et ils ne m'ont rien rapporté ; c'est l'argument *a contrario* ou “d'utilité”.

2^e moyen :

“Je ne veux être la dupe ni d'une préméditation digne de Swedenborg, ni de votre amulette orientale ni des charitables efforts que vous faites, monsieur, pour me retenir dans un monde où mon existence est désormais impossible.”

En d'autres termes : comme je ne crois plus à rien et que je n'ai plus goût à la vie, peu m'importe de courir le risque de mourir plus tôt ; votre argument sur la sagesse qui vient avec le temps m'indiffère donc totalement. C'est le rai-

sonnement qui s'en prend au postulat, aux prémisses de la pensée adverse pour tenter de l'anéantir.

Mais, tel un archer qui a longtemps tendu son arc et ne peut plus attendre davantage, Raphaël lance son troisième moyen qui est en réalité sa meilleure démonstration. Il décrit les folies auxquelles il aspire et que son imagination a d'autant plus impétueusement fait surgir que sa pauvreté l'en frustrait irrémédiablement :

“Je veux un dîner royalement splendide, quelque bacchanale digne du siècle où tout s'est, dit-on, perfectionné ! ...

Que cette nuit soit parée de femmes ardentes ! Je veux que la débauche en délire et rugissante nous emporte dans son char à quatre chevaux, par delà les bornes du monde.”

Ici l'ambition, quoiqu'intense, est encore limitée à la personne du héros. “Ma vie contre une partouze !” telle est sa devise.

Mais la suite prend une dimension de délire totalitaire :

“je commande à ce pouvoir sinistre de me fondre toutes les joies dans une joie.

... Aussi souhaitai-je et des priapées antiques après boire et... des baisers sans fin dont la clameur passe sur Paris comme un craquement d'incendie, y réveille les époux et leur inspire une ardeur cuisante qui les rajeunisse tous, même les septuagénaires !”

L'argument développé ici relève de l'ambiance, s'adresse à la sensibilité et au rêve contre lesquels la raison ne peut rien. Il nous rappelle que le raisonnement ne doit pas négliger l'élément lyrique ou ludique de toute démonstration, car ni la justice ni ceux qui la rendent ne sont de froids robots.

2. Exemple chez Dostoïevsky

Une autre célèbre technique de raisonnement se trouve dans *Crime et châtiment*.

Raskolnikov, torturé par le meurtre qu'il a commis et en

proie au remords comme à l'angoisse, n'a pu s'empêcher de venir faire une visite au juge qui instruit le dossier, Porphyre Petrovitch. En dehors de tout interrogatoire judiciaire, les deux hommes parlent à bâtons rompus. Le juge est persuadé de la culpabilité de Raskolnikov et cherche à obtenir ses aveux. Il a recours à une singulière approche qui avance crescendo. Tout d'abord, pour détendre l'atmosphère et endormir la vigilance de son visiteur, le juge sort du dossier et se place délibérément dans une situation hypothétique : "supposez que je sois chargé d'instruire une affaire et que je sache, ou mieux, que je croie savoir que le criminel est celui-ci ou celui-là."

Et comme même cette hypothèse pourrait inquiéter Raskolnikov, il ajoute pour le rassurer et lui donner une distanciation :

— Vous vous destinez, n'est-ce pas, à la carrière juridique...

— Oui, je faisais mon droit.

— Eh bien, voici, pour ainsi dire, un petit exemple qui pourra vous servir plus tard... Oh ! ne croyez pas que je veuille vous donner des leçons..."

Mais cette distanciation se révèle en réalité une arme redoutable. Porphyre Petrovitch décrit sa politique quand il a un soupçon sur une personne et un début de preuve. C'est du moins ce qu'il fait croire. Certes il prend soin de parler en général. Il tient un discours sur un autre sujet que celui qui préoccupe son interlocuteur mais insensiblement il y glisse par petites touches, par allusions croissantes qui se font de plus en plus insistantes et sont destinées à fragiliser l'autre psychologiquement, à lui présenter un futur menaçant et incertain :

"si je le coffre trop tôt, est-ce que je ne lui apporte pas, par là même, une sorte d'aide matérielle ? ...

... Est-ce que je ne me prive pas ainsi des moyens qui l'amèneraient à se démasquer plus amplement ? Pourquoi ? Mais parce que je lui ai, pour ainsi dire, assigné une position déterminée ; en d'autres termes, l'ayant

fixé, je l'ai rassuré d'un point de vue psychologique, aussi m'échappera-t-il et rentrera-t-il dans sa coquille..."

Il lui laisse alors entendre qu'il a des preuves, mais qu'il ne les dévoile pas, qu'il sait tout, mais qu'il ne dit rien :

"Je laisse le monsieur tout seul, je ne l'importune pas, je ne l'arrête pas, mais s'il sait qu'à toute heure, qu'à toute minute même, je sais tout, et que je le surveille sans fermer l'œil, s'il est perpétuellement en proie au soupçon et à la crainte, alors je vous jure qu'il sera pris de vertige et viendra de lui-même."

Se faisant plus précis Porphyre s'attaque aux faiblesses de Raskolnikov :

"Et puis il y a les nerfs, les nerfs, que vous semblez tout bonnement oublier ! Ce sont les nerfs qui aujourd'hui sont faibles, malades, irrités."

Le jeune homme commence à pâlir, son interlocuteur se saisit aussitôt de cette circonstance dans son cas imaginaire :

"il pâlit à dessein comme pour s'amuser, mais il pâlit un peu trop naturellement, un peu trop comme si c'était vrai, et voilà qu'il a encore fourni un indice."

Ce harcèlement indirect s'intensifie et, après que le suspect se fût senti au bord de l'évanouissement, une fois que toute la mise en scène psychologique a porté ses fruits, le juge sort d'un ton badin sa dernière botte secrète destinée à porter le coup fatal. Ce n'est même pas une question, c'est une affirmation :

"Voyons, je sais bien que vous êtes venu pour 'louer cet appartement' à la tombée de la nuit, que vous avez tiré le cordon de la sonnette, posé des questions au sujet du sang, déconcerté les ouvriers et les portiers."

Ce type de raisonnement utilise la technique de la montée de la tension. Au lieu de poser dès le début de l'entretien la question relative à la visite nocturne sur les

lieux du crime, le juge la garde en réserve et attend que l'ambiance psychologique s'y prête. Par un bon dosage de remarques tantôt humoristiques tantôt inquiétantes, il intrigue Raskolnikov et l'emmène sur le terrain qui lui est le moins favorable, celui de l'inconnu. Progressivement, il a changé l'atmosphère.

3. Exemple chez Molière

Abandonnant pour l'heure les longs plaidoyers en forme de monologues, admirons un instant dans les dialogues les raisonnements nécessairement plus concis mais non moins bien charpentés. Il faut pour cela observer une conversation où chacun des participants poursuit un but différent et adopte à cet effet une argumentation appropriée.

La scène qui se déroule entre Elmire et Tartuffe est à cet égard fort plaisante : Orgon est caché sous la table et entend tout, Elmire veut amener Tartuffe à dévoiler son imposture tandis que Tartuffe, ignorant le stratagème, cherche à la séduire. Le premier mouvement vient d'Elmire qui feint d'accéder enfin à la flamme de son soupirant. L'accueil est un peu froid ("vous parliez tantôt d'un autre style") et il s'agit de lever la méfiance naturelle de cet arriviste rusé et sans scrupule.

L'argumentation repose sur trois moyens. Le premier tient aux règles de savoir vivre :

"Quelque raison qu'on trouve à l'amour qui nous dompte,

On trouve à l'avouer toujours un peu de honte."

Transposé en termes plus actuels, cela donne : je n'ai pas osé vous ouvrir mes bonnes dispositions car le rang que j'occupe dans cette maison et ma pudeur féminine m'en ont empêché, mais insistez encore un peu et je céderai.

Le deuxième moyen est plus psychologique :

“Aurais-je pris la chose ainsi qu'on m'a vu faire,
Si l'offre de ce cœur n'eût eu de quoi me plaire ?”

On fait ici comprendre que si les avances de Tartuffe n'ont pas été immédiatement accueillies, il n'a pas pour autant été sèchement éconduit et le temps passé à l'écouter sans l'interrompre est déjà un bon signe.

Quant au dernier moyen, il se concentre sur un fait, la résistance opposée par Elmire au projet d'Orgon de marier sa fille Marianne à Tartuffe, qu'il utilise pour démontrer “l'intérêt qu'en vous on s'avise de prendre.”

Cet habile discours porte ses fruits et donne des ailes à Tartuffe qui fonce tout droit dans le piège et livre sa passion sans retenue. Le raisonnement se développe en deux temps. Il exprime d'abord sa joie :

“C'est sans doute, madame, une douceur extrême
Que d'entendre ces mots d'une bouche qu'on aime.”

Puis, profitant de l'occasion, il pousse ses avantages toujours plus loin :

“Pour m'obliger à rompre un hymen qui s'apprête,
... je ne me fierai point à des propos si doux
Qu'un peu de vos faveurs, après quoi je soupire,
ne vienne m'assurer tout ce qu'ils m'ont pu dire.”

En somme, il lui met le marché en main : assez de paroles, couchez avec moi d'abord et je renoncerai après au mariage projeté.

La situation devient délicate pour Elmire, prise à son propre jeu et obligée d'assumer un rôle qui ne lui plaît pas. Elle se réfugie dans une réponse féminine classique :

“Quoi ! vous voulez aller avec cette vitesse
Et d'un cœur tout d'abord épuiser la tendresse ?”

Ce léger retrait incline le soupirant à modérer ses ardeurs. Il reprend un ton plus modeste :

“Pour moi, qui crois si peu mériter vos bontés
Je doute du bonheur de mes ténérités.”

Mais c'est pour mieux rebondir sur une conclusion

dépourvue de toute équivoque, qui reformule la proposition initiale :

“Et je ne croirai rien que vous n’ayez, madame,
Par des réalités su convaincre ma flamme.”

Acculée dans ses derniers retranchements, Elmire opère alors une astucieuse reconversion en ayant recours à l’argument religieux et en plaçant Tartuffe sur ce terrain essentiel aux yeux d’Orgon. Cette manœuvre est doublement adroite, d’abord parce qu’elle détourne la conversation de son sujet scabreux et ensuite parce qu’elle a pour objet d’inciter l’autre à se démasquer.

“Mais comment consentir à ce que vous voulez
Sans offenser le ciel, dont toujours vous parlez ?”

La réponse ne se fait pas attendre :

“Je puis vous dissiper ces craintes ridicules,
... Le ciel défend, de vrais, certains consentements ;
Mais on trouve avec lui des accommodements.”

Suit l’argumentation qui comme d’habitude procède en trois moyens :

1. “Il est une science... de rectifier le *mal de l’action*
Avec la pureté de notre intention.”

C’est le raisonnement subjectiviste tenu à l’époque par les casuistes.

2. “Je vous réponds de tout et prends le mal sur moi.”

Il s’agit ici d’une sorte de garantie d’irresponsabilité.

3. “Ce n’est pas pécher que pécher en silence.”

La discrétion et le secret sont présentés comme des cas de rémission ou d’exonération.

Dépouillé de son travestissement moral, l’imposteur est sur le point d’être confondu. Elmire est ainsi pratiquement parvenue à ses fins et a hâte d’en terminer. Il lui reste un dernier détail à régler :

“Ouvrez un peu la porte, et voyez, je vous prie,
Si mon mari n'est point dans cette galerie.”

Le brigand, dont toute la malice s'est évaporée sous le charme de celle qu'il courtise, lui livre l'aveu sur un plateau :

“Qu'est-il besoin pour lui du soin que vous prenez ?”
C'est un homme, entre nous, à mener par le nez.”

A cet instant, le masque de l'escroc est tombé et ses heures dans la maison Orgon sont comptées.

Pour parvenir à cette issue, il n'aura fallu qu'un discours argumenté, suivant méthodiquement un raisonnement construit pour emporter la conviction.

Le raisonnement est une faculté naturelle de l'homme qui ne s'exprime pas que dans le domaine juridique, comme le démontrent les trois situations que l'on vient de rapporter. Il est à l'œuvre partout et caractérise l'une des manifestations pratiques du droit naturel.

Il arrive aussi que, loin des passions et des grandes idées, le raisonnement se développe sur de petits détails de la vie quotidienne car tout lui est bon. C'est assurément l'une des caractéristiques essentielles de la pratique du droit invisible.

Chapitre 7

*Petit programme d'action
en matière de justice
à l'usage
des hommes politiques
pour qu'ils y puisent
ce qui leur plaît
à la mesure de leur audace*

Puisque l'action législative est nuisible et à éviter, faut-il en conclure que toute action politique est inutile, qu'il ne faut rien attendre du monde politique, que le combat libéral ne sert à rien dans une démocratie s'il n'est pas individuel ? Certainement pas. Les partis et les hommes politiques ont un rôle à jouer, comme l'ont prouvé les innovations entreprises par Ronald Reagan et Margaret

Thatcher. Il est en effet parfois nécessaire d'avoir recours à la loi pour libérer ou remettre en ordre une situation dénaturée.

Les *privatisations*, qui ont été partout et toujours un succès, ne pouvaient se faire sans loi. La *suppression du contrôle des prix* supposait l'intervention d'une loi pour abroger l'ordonnance de 1945. La technique législative n'est donc pas à proscrire systématiquement ; on doit parfois l'utiliser mais encore faut-il en user avec une modération extrême, et de façon négative, c'est à dire toujours pour libérer ou pour sanctionner mais jamais pour dire aux gens ce qu'ils doivent faire. C'est aux individus de trouver par eux-mêmes leur chemin, ce n'est pas aux légistes de faire cette démarche à leur place. Contrairement à ce que tant de grands penseurs ont prétendu, la vraie révolution ne vient jamais d'en haut mais de l'intérieur de soi-même. "La révolution est morale ou n'est pas" disait Charles Péguy.

C'est pourquoi il ne faut pas tout attendre des choix politiques. On l'a vu, le plus souvent c'est le droit invisible qui influence le droit visible mais le mouvement inverse existe aussi, ce qui me conduit à la question suivante : que pourrait faire dans le domaine juridique un gouvernement libéral ou conservateur pourvu de convictions solides et décidé à passer à l'action sans états d'âme, ni désir de ménager quiconque et surtout pas ceux qui ont toujours été ses adversaires ? Le présent chapitre a pour objet de dresser un inventaire non limitatif des mesures possibles à l'usage des milieux politiques. Après avoir rappelé que l'essentiel était ailleurs, il est bon de rechercher comment cet essentiel peut être complété.

L'un des objectifs d'une politique libérale authentique devrait être de réduire voire d'anéantir l'absolutisme de la loi, donc de mettre en place des mécanismes solides de contrôle de l'œuvre des politiques. J'en propose trois :

- l'exception d'inconstitutionnalité,
- le référendum d'initiative populaire sous contrôle judiciaire,

- la constitutionnalisation de certains principes.

A) L'exception d'inconstitutionnalité

Avec la signature du Traité de Rome nous sommes sortis de l'ère de la dictature de la loi. Il est devenu en effet possible de la contester en prenant appui sur une norme hiérarchiquement supérieure à laquelle elle devait se conformer.

Après une première réaction de refus (arrêt du Conseil d'Etat dit "Syndicat Général des Fabricants de Semoule"), les tribunaux français ont admis une fois pour toutes que les dispositions du traité communautaire étaient non seulement supérieures à celles des lois internes mais encore directement applicables dans l'ordre juridique interne. C'est l'arrêt "Jacques Vabre" qui en 1975 a sonné le glas du jacobinisme juridique, en consacrant une ligne jurisprudentielle plus timide qui avait ouvert la voie.

Depuis, de nombreuses batailles ont été engagées pour empêcher, paralyser ou réduire l'application de tel ou tel texte nouveau promulgué postérieurement au Traité de Rome. Certaines ont été perdues, beaucoup ont été gagnées. La Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg ont joué ici un rôle majeur. Le législateur a ainsi été mis sur la défensive.

Un deuxième facteur favorable est venu lui aussi du pouvoir politique : en ouvrant à l'opposition le recours au Conseil Constitutionnel *le Président Giscard d'Estaing a encore élargi les possibilités de contrôle.*

Voilà deux exemples, rares il est vrai, d'initiatives politiques aboutissant à cantonner et gêner l'action gouvernementale. On doit la première au génie des rédacteurs des traités qui ont jeté les bases du marché commun et du futur marché unique et la seconde au souci de "décrispation" qui animait l'ancien Président de la République.

Après quoi le Conseil Constitutionnel a développé une juris-

prudence dont certaines règles, peuvent paraître contradictoires les unes avec les autres⁶⁷ mais qui a tout de même l'avantage de fixer au-dessus des lois des *principes constitutionnels fondamentaux non écrits*.

Le plus grand pas reste à faire, celui qui devrait nous mettre, et pour longtemps, à l'abri d'un certain caprice du souverain, d'un certain arbitraire. Les temps sont mûrs, les esprits sont prêts. Les socialistes, actuellement plus préoccupés de sentir leur opinion, l'ont saisi lorsqu'ils ont proposé d'étendre le recours constitutionnel à tous les citoyens.

Pour une fois, ils étaient dans la bonne direction. Malheureusement, ils ont à nouveau succombé à leurs démons centralisateurs en canalisant ce recours sur le seul Conseil Constitutionnel au risque d'engorger cette juridiction d'un grand nombre de procès dont la simplicité ne nécessitait pas de monter si haut. C'est sans doute ce qui démontre que décidément socialistes et libéraux ne peuvent s'entendre sur rien, même sur les sujets où ils ont apparemment le même objectif. Il y a en effet accord sur la nécessité de ne plus réserver l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi à la seule classe politique et d'ouvrir cette faculté à l'ensemble des particuliers comme beaucoup de grands pays modernes l'ont fait. Mais les socialistes raisonnent toujours en intellectuels jacobins. Ils pensent au contrôle *a priori*, c'est à dire avant la promulgation du texte en discussion, et non point à la contestation ponctuelle *a posteriori* qui est dépolitisée. Ils imaginent toujours une discussion politique sur une loi, les uns étant pour et les autres contre. Or, ce n'est pas ainsi que les choses se passent. Les hommes ne sont pas *a priori* contre une loi (sauf les idéologues bornés de mon espèce). Ils découvrent qu'elle les lèse et ils lui deviennent alors hostiles.

C'est pourquoi il importe de ne pas confondre l'extension de la saisine du Conseil constitutionnel (ce que nos adversaires proposent) et l'exception d'inconstitutionnalité (ce que nous devrions proposer). Alors que l'extension

de la saisine a pour effet de concentrer tout vers le haut, l'exception aurait l'effet inverse. Elle descendrait à tous les échelons judiciaires et imprègnerait toute la culture juridique française. Elle rénoverait même cette culture en y apportant un souffle frais de l'extérieur.

Concrètement, il s'agit de permettre à tout plaideur, devant tout tribunal et pour toute affaire, de soulever, parmi les moyens d'irrecevabilité qu'il oppose à son adversaire, une exception d'inconstitutionnalité ayant pour objet non point de faire annuler la loi mais beaucoup plus modestement d'en empêcher ou d'en suspendre l'application à son cas personnel.

Il ne s'agit nullement de transformer chaque juridiction en petit Conseil constitutionnel (ce qui ne serait d'ailleurs pas légalement possible) mais de lui laisser filtrer les contestations vers cette institution sans jamais lui donner la possibilité de se substituer au législateur en abrogeant une loi. Réservons la saisine de la plus haute instance ou sa consultation aux cas les plus compliqués ou les plus exemplaires. Laissons les juges apprécier ce point dans chaque cas et les parties relever appel de leurs décisions si elles l'estiment utile. Le principe de subsidiarité affirme qu'il n'est pas nécessaire de remonter au plus haut degré de la hiérarchie pour prendre une décision. Un juge, même non spécialiste de droit constitutionnel, est parfaitement capable d'apprécier sous le contrôle éventuel d'une juridiction supérieure si une loi est ou non conforme à la Constitution.

Alors qu'il y aurait ici une arme à saisir, peu de voies s'élèvent en faveur de ce projet qui suscite souvent un scepticisme certain.

Je voudrais combattre ce scepticisme et expliquer l'utilité d'une telle mesure qui, je l'annonce aux réticents, n'a pas même besoin d'une loi nouvelle pour entrer dans les réalités. Je m'adresse ici aux avocats et aux juges qui me lisent : *vous pouvez demain juger ou faire juger qu'il y a lieu d'écarter l'application à un cas d'une loi se révélant contraire à la*

Constitution, rien ne vous l'interdit. Il vous suffit d'oser et c'est bien sûr aux avocats de commencer.

Certes, la bataille ne se gagnera pas en un jour ni même en une année. Si vous osez, nul doute que vous vous heurterez à de nombreuses objections qui seront souvent formulées par des personnes d'horizons très différents.

1. *L'objection des jacobins*

Il y aura d'abord les défenseurs du jacobisme qui vous diront : "en jugeant la Loi, qui vient des choix du Peuple, vous *portez atteinte à la Souveraineté populaire* qui s'exprime par le Suffrage Universel et par les majorités qui en sont issues." A cette objection, vous pouvez répondre de deux façons. La première réplique admet le postulat de l'infailibilité de la majorité et se concentre sur sa dénaturation par le milieu politique :

"Le peuple ignore les lois que voteront ceux pour qui il vote et *n'adhère pas forcément à tous les textes que confectioignent ses élus* ou plutôt leur bureaucratie. Le plus souvent, les lois sont en réalité faites par les fonctionnaires des ministères en concertation avec les fonctionnaires du Parlement sans même que ces parlementaires ne participent à ce travail. En fait, la législation est le produit exclusif d'une profession et l'on ne voit pas pourquoi cette œuvre devrait être revêtue du sacre du tabou et ne pouvoir jamais être corrigée ou écartée. La majorité des gens est loin d'avoir toujours les mêmes idées que ceux qu'elle élit. Elle est par exemple pour la peine de mort alors que ceux qu'elle a élus sont contre et agissent dans le sens de leur propre opinion, contrairement à celle de leurs électeurs."

Ils en ont formellement le droit puisqu'il n'y a pas de mandat impératif en France. Mais la contrepartie logique de ce droit des élus est le donner aux électeurs la faculté de les contester.

La deuxième réponse s'attaque au dogme même de l'infailibilité du peuple :

“La majorité n’a pas toujours raison. Il arrive qu’elle se trompe. Cela est même fréquent. Rectifier ponctuellement ses erreurs, sans remettre en cause le suffrage universel est une sage méthode qui présente l’avantage de ne pas paralyser l’action politique puisqu’elle n’a pas pour sanction d’annuler la loi.”

2. L’objection au nom de l’efficacité de l’action gouvernementale

Vous rencontrerez également les partisans de l’absolutisme de la loi, qui ne sont pas que des socialistes et qui comptent parmi eux d’ardents nationalistes. Ceux-là vous diront : “En jugeant la loi, vous empêchez un gouvernement énergique d’agir efficacement car vous lui soustrayez une partie de ses pouvoirs en le plaçant sous la surveillance d’une sorte de gouvernement des juges”. Là, les gens de gauche ajouteront “une élite de spécialistes à l’esprit conservateur” et les nationalistes diront plutôt : “des hommes à l’esprit laxiste prompts à mettre des bâtons dans les roues à une politique nationale.”

Chacun voit évidemment midi à sa porte et perçoit tout de suite le juge comme un ennemi, un empêqueur de danser en rond. Pourtant tout juge qui se respecte doit oublier ses sentiments ses préjugés et ses sympathies quand il revêt la robe de sa fonction, exactement comme un prêtre lorsqu’il exerce son ministère et administre les sacrements. Sans doute cette remarque fera-t-elle sourire certains, en ces temps où règne souvent un cynisme grossier. Il est alors de bon ton d’évoquer les “juges rouges”, les juges fous, certains animateurs du Syndicat de la Magistrature, bref quelques cas très marginaux. Mais ceux qui, comme moi, pratiquent les tribunaux, savent bien qu’il y a très peu de magistrats animés d’une partialité politique délibérée. Le principal problème n’est pas du tout là, mais plutôt dans le préjugé inconscient ou l’ignorance par certains de la complexité du droit (comment

tout savoir dans un monde où tout se complique ? Tel est le défi du monde moderne au juge). Il m'est arrivé plusieurs fois de plaider contre de puissants syndicats, vénérables institutions de gauche, devant des juges de même tendance. Ils ne m'ont pas pour autant donné tort. De même, la procédure en diffamation intentée contre Jean-Marie le Pen à propos du calembour lancé au sujet du ministre Michel Durafour a été déférée à un tribunal présidé par M. Groslier, dont nul n'ignore que les opinions ne sont pas précisément en faveur du Front National. Et pourtant, il y a eu relaxe.

Cela montre qu'il n'y a pas nécessairement identité entre le juge et l'homme. Il faut ici rappeler l'histoire de Thomas Becket. Compagnon de débauche du roi Henry II, il avait été nommé archevêque de Cantorbéry. Le monarque anglais pensait qu'il aurait ainsi un homme à lui, un ami à la tête de l'Eglise. Mais, du jour où Becket entra dans cette fonction, il fut habité par elle et contre-carra la politique royale d'asservissement de la justice. Il existait en effet, en cette grande époque de spiritualité que fut le XII^e siècle, un pluralisme des sources de droit et des systèmes judiciaires qui se trouvaient parfois en concurrence entre eux. Becket défendit si énergiquement l'Eglise et sa justice qu'il alla jusqu'à excommunier son ancien ami qui le fit alors assassiner. Ce moment est resté célèbre depuis que T.S. Eliott l'a immortalisé dans sa pièce de théâtre *Meurtre dans la cathédrale*. Mais la partie fut tout de même gagnée par Becket puisqu'après sa mort, Henri II dut se résoudre à annuler son projet de nationalisation de la justice ecclésiastique et à faire une pénitence publique. En 1173, malgré son passé tumultueux de luxure et de complots, Thomas fut canonisé, ce qui est bien la preuve qu'aux yeux de l'Eglise et contrairement à la justice humaine, un acte peut en effacer mille.

Aujourd'hui les juges ne craignent plus l'assassinat, sauf quand ils s'en prennent à la mafia ou aux terroristes, mais les vrais magistrats gardent présents à l'esprit l'image de

saint Thomas Becket comme expression de leur désir d'indépendance et de leur attachement à ce qu'ils peuvent considérer comme un sacerdoce.

A ceux donc qui soulèvent l'objection du gouvernement des juges il faut répondre sur deux plans :

- Politiquement, rien de sérieux et de durable ne se fait plus maintenant sans être passé par le tamis du droit. Refuser cette épreuve, c'est manquer de courage et avouer qu'on ne croit pas en la justice du projet qu'on défend. Car entre la révolution qui ravage et dévaste tout et la civilisation qui suppose des équilibres et des contre-pouvoirs, il faut choisir et, si l'on a opté pour la seconde branche de l'alternative, il faut en accepter les conséquences logiques.

Au lieu de se lancer dans une aventure législative précaire et sans lendemain qu'un successeur défera, il faut se plier aux exigences du débat, *se soumettre à l'épreuve des faits* et accepter que ceux-ci viennent infirmer ici ou là ce que l'on a décidé.

- Sur un plan plus fondamental, la question à se poser est simple : qui a le plus de pouvoir, quelques professionnels du droit statuant sur un cas particulier isolé et dont la décision pourra être réformée par une cour d'appel, laquelle pourra elle-même être censurée par une juridiction supérieure, ou quelques hommes politiques assistés de leurs serviteurs, dont la décision va toucher des millions de personnes, presque sans aucune voie de recours possible, et souvent sans savoir exactement quelle en seront les conséquences pratiques ? La réponse ne fait pas l'ombre d'un doute. C'est évidemment le gouvernement qui a le plus de pouvoir. Supposons maintenant qu'un tribunal fasse une erreur judiciaire et un gouvernement une erreur législative.

Quelle erreur est la plus fatale ? A l'évidence, celle commise par les politiques. Car *quand un juge se trompe, il peut être corrigé en appel*. Certes il peut aussi arriver

que les tribunaux s'égarent trois fois de suite. Dans ce cas leur erreur lèsera un individu, ce qui est déjà beaucoup. Mais que dire de *l'erreur politique qui va spolier des milliers, voire des millions de personnes ?*

Il est donc certain que le "gouvernement des juges" présente beaucoup moins de dangers. Il est exercé anonymement par une telle quantité de magistrats qui ne se connaissent pas et sur un nombre de litiges tel qu'il est capable de rendre simultanément beaucoup plus de décisions à portée beaucoup plus réduite. Le risque d'erreur est ainsi infiniment plus réduit parce qu'il est divisé, réparti.

3. *L'objection des habitudes*

Une troisième catégorie d'objections que j'entends contre l'exception d'inconstitutionnalité est formée, en dehors de tout clivage politique, par les conservateurs. Ici l'argument n'émane plus d'une idée mais procède d'une habitude. S'appuyant sur une forte ancienne jurisprudence, on vous dira :

"Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation n'ont jamais accepté que les tribunaux jugent la loi et se sont toujours refusés à effectuer ce contrôle de constitutionnalité en considérant qu'il leur échappait."

Réduite à sa plus simple expression, cette remarque peut se formuler ainsi :

"cela ne s'est jamais fait".

L'observation est juste et irréfutable mais est-ce un motif suffisant pour tout balayer d'un revers de main ? Il y a des tas de choses qui ne s'étaient jamais faites jusqu'à ce qu'elles fussent adoptées. Voler en avion, aller sur la Lune, cela non plus ne s'était jamais fait.

Il existe aussi certaines jurisprudences qui ont tenu pendant un siècle et puis qui ont changé. Cela s'appelle des *revirements*. Les temps sont mûrs pour un tel revire-

ment. Le Traité de Rome a ouvert la voie et a montré que rien ne s'opposait à la hiérarchie des normes. Rien ne s'oppose non plus à l'exception d'inconstitutionnalité, si ce n'est l'autocensure actuelle de nos juges.

4. *Les arguments pour l'exception d'inconstitutionnalité*

Après la réfutation des objections je vais présenter les sept arguments, en allant du plus faible au plus fort, qui militent en faveur de cette pratique.

1. *Aucun texte n'interdit expressément* ou n'exclut formellement l'exception d'inconstitutionnalité.

Or, tout ce qui n'est pas prohibé est permis. Il est certes défendu au juge de disposer par voie de prescription générale, le principe de séparation des pouvoirs s'opposant à ce que l'on se substitue au législateur. Mais il n'est nulle part précisé que le pouvoir judiciaire ne peut apprécier la conformité d'une disposition légale par rapport à la norme qui lui est hiérarchiquement supérieure. Il exerce déjà ce contrôle par rapport aux traités européens. De fait il est arrivé que la Cour de Cassation se prononce sur la *validité des errata publiés au Journal Officiel*, ce qui est à la limite du pas à sauter.

2. *Il existe bien un contrôle des règlements par rapport aux lois*, qui est confié aux tribunaux administratifs. Pourquoi n'existerait-il pas un contrôle des lois par rapport à la Constitution ?
3. L'absolutisme de la loi est né et a prospéré à l'époque des régimes parlementaires. Historiquement, cette idée trouve sa source dans la souveraineté des parlements qui, disait-on en Angleterre, pouvait tout faire sauf changer un homme en femme. Mais cette conception ne jouit plus de la même faveur depuis que s'est imposée, avec le droit communautaire surtout, l'idée de la *hiérarchie des normes*. Elle ne corres-

pond plus à l'état actuel des choses et a perdu sa justification historique. Son temps est passé.

Il est faux de dire que le contrôle des lois n'est pas dans la tradition française. Avant la monarchie absolue le Roi et les parlements étaient en conflit. Après la mort de Louis XIV les juristes des parlements régionaux avaient mis au point les "lois fondamentales" et utilisaient fréquemment leur droit de remontrance, spécialement en matière fiscale, qui donnait lieu aux "cahiers de doléances". Après la révolution, le pouvoir ayant changé de camp, c'était le Roi qui disposait d'un droit de veto qu'il utilisa d'ailleurs lors de la tentative — monstrueusement contraire aux droits de l'homme — de transformation de l'Eglise en "service public" d'Etat, en invoquant le principe de la liberté de conscience. Ce n'est qu'à partir du coup d'état jacobin et de la défaite des Girondins et avec la centralisation napoléonienne que toute division ou réduction du pouvoir de légiférer a été proscrite.

4. Le contrôle constitutionnel a priori éliminerait tout autre contrôle qui ferait double emploi, pourrait-on prétendre. Ce serait oublier que le Conseil constitutionnel ne peut exercer son contrôle que sur les lois qui *viennent* d'être votées. Mais *beaucoup de textes* qui sont en vigueur *sont antérieurs à la création du Conseil constitutionnel*. Il est certes arrivé qu'il s'y intéresse à l'occasion de leur révision ou de leur modification. Mais pour l'essentiel ce contrôle n'existe pas, de sorte qu'un bon nombre de règles peuvent se trouver en conflit avec tel ou tel principe constitutionnel et continuer de prospérer sans jamais pouvoir être remaniées. Une telle lacune serait comblée avec la possibilité de discuter de la conformité de toute règle, quelle que soit la date de sa promulgation.
5. Le contrôle a priori demeure très imparfait et fort limité par rapport au contrôle a posteriori pour un

motif bien simple. Indépendamment du fait qu'il demeure à ce jour réservé à la seule classe politique, et même s'il était demain étendu à tous les citoyens, il en resterait à une contestation purement théorique : la non-conformité d'une règle par rapport à une autre.

Mais à ce moment la loi n'a pas encore été éprouvée à l'aune des intérêts particuliers. Elle n'a pas été expérimentée et n'a pas de ce fait donné les preuves tangibles et pratiques de sa nocivité, de sa stupidité ou de son iniquité. Or tant qu'on est dans le brouillard des suppositions, on ne sait pas vraiment. Qui pouvait se faire entendre en 1981 quand il disait que la loi Quilliot nuirait aux locataires qu'elle voulait protéger ? La seule façon efficace de juger les lois est d'apprécier, outre leur contenu, le résultat concret de leur application à des litiges précis.

6. *D'autres pays à forte tradition juridique l'ont compris avant nous* puisqu'ils ont institué un tel contrôle, ce qui démontre que toutes ces idées ne sont pas nées des délires fantasmagoriques de quelque théoricien mais d'une pratique. On cite souvent l'exemple des États-Unis, où la contestation constitutionnelle est très poussée, et de l'Allemagne, où ce contrôle reste essentiellement a priori et concentré à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, mais ces cas ne sont pas isolés.
7. Enfin refuser l'exception d'inconstitutionnalité revient à *obliger le juge à violer la Constitution*. Imaginons en effet une loi votée aux parlements à la va-vite vers une heure du matin sur un sujet qui n'intéresse personne avec huit députés en séance, puis six sénateurs. Aucun recours n'est bien sûr déposé dans le délai. La loi se trouve donc promulguée et entre en vigueur. Elle aboutit à des résultats absurdes et des injustices flagrantes. Que peut-on faire ? Rien, si ce n'est espérer que le gouvernement actuel ou prochain voudra bien consentir, dans sa

grande bonté, à abroger ce texte, ce qui prendra du temps.

La seule solution serait que les particuliers lésés se défendent en introduisant des instances devant les tribunaux pour faire écarter ce texte. Si le juge s'est persuadé de la contrariété de cette règle par rapport aux principes constitutionnels et se refuse néanmoins à les faire respecter au motif qu'il n'en aurait pas le pouvoir, cela revient en somme à admettre que la Constitution peut être violée sans que personne ne bronche. N'y a-t-il pas là quelque chose d'anormal ?

B. Le référendum d'initiative populaire sous contrôle judiciaire

Cette proposition, formulée depuis quelques années par certains hommes politiques, reçoit beaucoup plus d'approbation et de soutien que la précédente. Curieusement les zéloteurs des décisions par vote majoritaire n'en sont pas partisans. Pourtant, si véritablement ils voulaient faire prévaloir la "volonté du peuple" dans tous les cas, ils tiendraient à le consulter systématiquement. Mais ceux-là même qui se méfient du pouvoir judiciaire, sont également contre l'usage répété du référendum. Cette contradiction flagrante révèle qu'en réalité ils ne sont pour le peuple que lorsque celui-ci a le bon goût d'être de leur avis, ils sont en fait pour une sorte d'aristocratie politique, "un régime théocratique" dit le Club de l'Horloge. Plus prosaïquement, ils sont pour les idées à la mode des gens chics qui veulent se distinguer de la populace et pratiquent le prêt-à-penser diffusé par les autorités médiatiques. Laissons ce snobisme et demandons-nous plutôt : le référendum d'initiative populaire est-il bon ou mauvais pour la liberté créatrice de l'individu ?

On peut être réservé à l'égard de la procédure référendaire du simple fait qu'elle est votée et donc soumise à

certains des mécanismes pervers du marché politique que j'ai dénoncé à propos de la législation en général. Car c'est une loi, après tout. Et si une loi peut tout faire, pourquoi ne pourrait-elle pas entrer dans la sphère des intérêts privés ? Il suffit d'être 50 % plus un pour décider de spolier les 50 % moins un restants.

Une maison a un accès direct à la mer. Entre le propriétaire et les autres habitants du village, qui a la majorité ? Ces habitants peuvent-ils imposer au propriétaire une servitude gratuite, un droit de passage permanent dans son jardin ? Ils ont la majorité. On connaît la fureur "écologiste", nouvelle parure destinée à travestir l'idéologie collectiviste depuis que le socialisme est sur le déclin.

Il est aisé de concevoir les ravages auxquels pourraient donner lieu les référendums locaux utilisés par des associations de défense de l'environnement : vider le droit de propriété de son efficacité, paralyser toute entreprise, intervenir dans les contrats, en perturber l'exécution et la fiabilité ; en somme, une vaste entreprise de mise à sac du droit.

Le référendum, comme toute loi, est dangereux parce qu'il porte atteinte aux droits individuels, parce qu'il permet à un clan majoritaire d'imposer ses vues à l'autre, parce qu'il donne le pouvoir de décider à ceux qui n'assument ni les conséquences ni le prix de ces décisions, parce qu'il coupe le lien entre liberté et responsabilité. Les tentations sont toujours fortes : il y aura par exemple toujours une majorité de personnes pour voter un impôt qui ne les touche pas mais ne frappe qu'une infime minorité. A la limite, pourquoi ne pas faire voter par référendum que les impôts seront exclusivement concentrés sur ceux-là puisqu'ils n'ont jamais la majorité⁶⁸ ?

On trouve ainsi un vice fondamental dans la loi référendaire d'initiative populaire : *la tentation d'asservir une minorité*.

C'est pourquoi j'avoue ne pas être un enthousiaste de cette procédure. Mais regardons les réalités. Quand elle a

été permise dans certains pays, a-t-elle dégénéré ? Ceux qui s'en sont servi en ont-ils abusé ?

Le référendum d'initiative populaire a permis, ne l'oublions pas, l'aboutissement victorieux de grands combats libéraux. La décrue fiscale générale et même l'avènement de l'ère Reagan ont été facilités par le succès en 1979 en Californie de la proposition 13 s'opposant à l'augmentation des impôts locaux. En Suisse, le règne de la démocratie directe a été décisif pour empêcher une dérive sociale-démocrate du gouvernement, pour arrêter l'escalade fiscale⁶⁹, limiter l'immigration, éviter l'essor de la bureaucratie, le gaspillage, la prédominance des snobismes et des idées à la mode dans la classe médiatique, la toute-puissance du milieu politique.

A-t-il tout fait basculer dans la démagogie ? Il suffit d'observer le vote helvétique sur des propositions telles que l'avancement de la retraite de 65 à 60 ans pour se persuader du contraire. C'était typiquement la proposition démagogique tablant sur la paresse, le découragement, la lassitude, la fatigue, le désintérêt des individus pour les tâches même modestes qu'ils accomplissent, bref faisant appel à leurs défauts plus qu'à leurs qualités. N'y a-t-il pas toujours une majorité de gens d'accord pour travailler moins ? Et bien, non ! Les Suisses se sont prononcés *contre* ce projet, ce qui démontre que ce peuple est plus intelligent, plus optimiste, plus courageux qu'on n'aurait pu l'envisager.

On me dira que les Suisses sont des gens sérieux qui n'ont pas notre fantaisie latine. Considérons alors les Italiens, réputés encore moins rigoureux que les Français. En Italie aussi, on pratique ce type de référendum. Il y a une dizaine d'années le parti communiste de ce pays avait lancé l'idée d'une échelle mobile des salaires et l'avait soumise au suffrage universel, convaincu de son succès. Quel salarié en effet allait refuser que sa rémunération augmente automatiquement suivant un certain indice ? Et pourtant, à la surprise générale, ce fut "non". Les Italiens

avaient compris les menaces qui se cachaient derrière tout cela.

L'expérience semble donc démontrer que la démagogie ne l'emporte pas avec ce genre de procédure. Mieux, elle fait apparaître un nouvel avantage : les propositions sont jugées pour elles-mêmes et non en fonction de tactiques politiques. Souvent, quand c'est le pouvoir qui décide du référendum, l'électeur détermine son choix moins par rapport à la mesure proposée qu'en considération du gouvernement qui la soumet au suffrage. S'il est globalement défavorable à celui-ci, il votera contre ce projet même s'il en approuve la teneur. S'il soutient le gouvernement en place, il se sentira forcé d'approuver l'initiative même s'il y est défavorable. Il en résulte un appauvrissement du débat, une évacuation des choix : un clan contre un autre, peu importe ce que l'on propose. Le référendum d'initiative populaire stimule au contraire un esprit de plus grande indépendance. Comme l'initiative vient d'un groupe de personnes plus ou moins anonymes ou en tout cas qui n'a pas plus de pouvoir que tel ou tel autre lobby, l'électeur n'a pas le sentiment que son vote va être exploité, interprété ou "récupéré" à des fins de tactique politique. Il peut donc se prononcer avec une plus grande exactitude et un souci plus fort de la vérité objective.

En définitive, les avantages me semblent prévaloir sur les inconvénients. Ces derniers existent cependant et ce n'est pas parce que ces dangers ne se sont pas réalisés jusqu'à présent qu'ils ne le pourraient pas un jour. Il faut donc des garde-fous. Ceux-ci peuvent être trouvés dans un contrôle judiciaire opéré par la Cour de Cassation plutôt que par le Conseil d'Etat : chaque proposition ne pourrait être soumise au suffrage universel qu'après que les juges suprêmes auront examiné et apprécié si elle concernait bien une *question d'intérêt général* et non une question d'intérêt particulier relevant de la vie privée et des libertés individuelles.

C. La constitutionnalisation de certains principes ?

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler l'existence de principes fondamentaux non écrits tels que la liberté d'entreprendre, la liberté de l'enseignement, la liberté de conscience, le respect de la vie privée. Leur application s'est souvent révélée délicate face aux volontés politiques. C'est ainsi qu'en 1982 la liberté d'entreprendre est passée à la trappe devant "l'intérêt public", en fait le caprice d'une majorité de circonstance, lorsque la gauche eut décidé de nationaliser certains groupes industriels et financiers. En 1984, il faillit en être de même de la liberté de choisir son école et son enseignement.

Pour mettre un terme à ces abus et à ces actes arbitraires, pour qu'ils ne se reproduisent plus, il faut envisager de donner aux principes bafoués une consécration constitutionnelle. Est-ce la meilleure méthode ? Etant fort sceptique à l'égard du droit écrit et conscient de ses méfaits, j'ai longuement hésité. Transformer un principe fondamental non écrit (et parfois non respecté) en une règle écrite, n'est-ce pas le meilleur moyen de le discréditer et de l'exposer à l'attaque, à l'affaiblissement, voire à la destruction ? J'avoue avoir encore des réticences.

Il faut en effet se méfier des mots et ne pas se laisser piéger par eux, comme l'ont été les juristes positivistes. Or, les règles écrites ne sont somme toute que des mots. Tandis que les faits évoluent les mots restent figés, ce qui souligne à nouveau la supériorité et l'efficacité du principe non écrit : n'étant pas enfermé dans une prison de mots, il est plus souple et de ce fait s'use moins à l'épreuve du temps ; ne s'embarrassant pas de détails, il demeure fixé sur l'essentiel.

Voilà un premier inconvénient de l'incorporation de ces principes à la Constitution : la rigidité. Imaginons par exemple que, dans 20 ans, plus personne ne veuille mettre ses enfants dans une école publique et que, sous la pression de l'opinion, le gouvernement autorise de plus en

plus la création d'écoles privées et l'augmentation du nombre de leurs classes, au point qu'il faille fermer beaucoup d'établissements scolaires publics. La F.E.N., ses amis, ses alliés et ses relais ne vont-ils pas organiser la défense de leurs privilèges et réagir en tentant de maintenir ces écoles, devenues vides d'élèves, au nom de la "liberté de l'enseignement" ? N'oublions jamais que même les principes les plus nobles peuvent être retournés et utilisés contre leurs objectifs.

Un deuxième désavantage est plus complexe à exposer. Il faut faire une analogie. Lorsqu'un pianiste joue une sonate à un concert il ne réfléchit pas à chaque note qu'il fait car tout va très vite. Son jeu est entré dans son inconscient, sa vie intuitive et réflexe et s'il se mettait à penser à chaque double croche qu'il fait entendre, il s'arrêterait de jouer, il serait paralysé par sa pensée. De même, une secrétaire qui tape un courrier manuscrit ne va pas lire chaque lettre, souvent illisible, de chaque mot mais va repérer une ou deux lettres lisibles du mot et reconstituer ce mot ou cette phrase par automatisme mental.

Même dans le domaine professionnel et rationnel, les actes des individus sont beaucoup plus souvent intuitifs que délibérés. Et lorsque l'on tente de donner à l'acte de la réflexion, on le déstabilise. C'est d'ailleurs la technique utilisée par les psychanalystes qui tentent de guérir des patients souffrant de névroses : en faisant remonter la cause de la névrose de l'inconscient au conscient, ils la détruisent ; la crise se dénoue au terme d'une sorte de recherche et de reconstitution des faits qui en sont à l'origine. Or si cette "répétition" peut avoir un effet bénéfique d'exorcisme lorsqu'il s'agit d'une maladie psychique dont on veut se débarrasser, il vaut mieux l'éviter lorsqu'il s'agit d'un bien, d'une qualité, d'un don quelconque, auquel on tient.

C'est la même chose en droit : une règle invisible a souvent plus de force qu'une règle écrite proclamée "urbi

et orbi", comme on l'a abondamment vu dans tout ce qui précède. Ce mystère s'explique aisément : une règle invisible reste une règle intérieure, naturelle ; lorsqu'elle devient visible de tous par une loi, elle se détache de la personne, s'extériorise au point que l'individu peut finir par la subir plus que la choisir.

Tel est le risque créé par les lois qui envahissent la vie privée en dictant des comportements. Ce danger disparaît lorsque les règles demeurent suffisamment générales et abstraites pour ne pas tenir lieu de substitut aux réflexions des personnes dans leurs choix particuliers.

Les principes constitutionnels devraient être ainsi un rempart des personnes contre le pouvoir plutôt qu'une façon de faire fonctionner efficacement le pouvoir et d'y soumettre les individus. Un amendement constitutionnel incorporant une brève liste des grandes libertés oubliées auraient donc avant tout pour objet de permettre cette évolution vers une plus grande prise en compte de la personne humaine. Bien sûr cette réforme n'aura de sens et de portée que si, préalablement, l'exception d'inconstitutionnalité et le référendum d'initiative populaire sont introduits.

Si ces trois procédures avaient existé en 1982, il est fort probable que les socialistes n'auraient pu nationaliser : il aurait suffi à quelques détenteurs d'actions de Paribas ou de Pechiney de refuser de céder leurs titres et de se pourvoir devant une juridiction de droit commun en demandant que la loi ne leur fût pas appliquée car contraire à leur liberté d'entreprendre et à leur droit de propriété, à moins qu'ils n'aient préféré prendre l'initiative d'un référendum.

D'autres actionnaires n'auraient pas manqué de suivre et le parti majoritaire aurait pu alors fléchir après avoir éprouvé la menace des trois obstacles suivants :

- une règle contraire de la Constitution,
- plus un juge de droit commun pour en assurer le respect (plutôt qu'un juge nommé par le pouvoir politique),

- plus le suffrage universel intervenant spécifiquement sur ce sujet (plutôt qu'un chèque en blanc à des élus aux élections législatives).

En résumé, il faut bien comprendre que chacune des trois mesures proposées est inséparable l'une de l'autre. C'est un ensemble cohérent qui perdrait beaucoup de son efficacité à se voir morcelé : par exemple l'inscription dans la Constitution de la liberté du choix de l'éducation de ses enfants suppose en effet que ceux qui se sentent lésés par une loi à cet égard puissent exercer un recours contre elle, soit par voie judiciaire soit par voie référendaire. Un droit implique une sanction.

Après avoir institué en haut ces contrôles du pouvoir, un gouvernement libéral devra aussi s'attacher en bas à permettre au grand vent de la liberté de souffler. En matière juridique, il y a deux choses très simples à faire :

- garantir l'indépendance de la magistrature,
- transformer les lois impératives en lois supplétives.

Examinons tour à tour ces idées.

D. L'indépendance de la magistrature

Préconisée régulièrement par de nombreux hommes politiques avant des élections, cette réforme n'a jamais été réalisée. Chose curieuse, les programmes communs de la gauche avant son arrivée aux affaires en 1981 la prévoyaient, sans doute plus par dépit des démêlés passés de son candidat avec la justice que par réelle conviction. Quoi qu'il en soit le nouveau président une fois en place ne donna aucune suite à cette proposition qui alla rejoindre la longue cohorte des promesses non tenues. Pourquoi en effet libérer un pouvoir que l'on a dans sa main ? Ne vaut-il pas mieux l'asservir encore davantage ? Et c'est bien ce qu'ils ont fait surtout à partir de 1988 en favorisant la carrière des "bons" juges contre les "mauvais" et en

organisant ainsi avec persévérance mais pas toujours avec succès, ce qu'il convient d'appeler une chasse aux sorcières. D'eux comme de tous les autres "étatistes" qui sont nombreux en France il ne faut rien attendre à cet égard. De fait il serait paradoxal que ce soit les "étatistes" qui désétatisent la justice. Il était beaucoup plus logique pour François Mitterrand de se servir de l'appareil judiciaire comme d'un instrument politique pour mieux asseoir sa puissance, comme avaient déjà tenté de le faire certains de ses prédécesseurs. Nous sommes cependant arrivés, je crois, au paroxysme de cette dégradation. Les juges supportent en effet de plus en plus mal la situation actuelle. Les temps sont mûrs pour couper le cordon ombilical unissant le corps magistral au pouvoir.

Enfin, comme toujours, l'opposition l'a mis à son programme. Prions pour qu'elle tienne sa promesse.

Comment assurer cette indépendance ? D'abord en reconsidérant le statut de la profession. Il n'est pas normal que dans un pays civilisé comme le nôtre, les magistrats continuent de dépendre pour leur recrutement, leur avancement, leur promotion, leur rémunération d'un Conseil Supérieur dont le président est le chef de l'État.

Plusieurs voies sont envisageables. Certaines paraissent périlleuses. Ainsi l'élection des juges au suffrage universel, comme aux U.S.A., recèlerait une menace de démagogie : dans un litige entre un électeur et un étranger, un juge pourrait-il être impartial ? D'autres sont impraticables : ainsi le retour à la vénalité des charges de l'Ancien Régime assurerait effectivement une privatisation complète de la justice et une entière autonomie grâce à l'inamovibilité des fonctions, le magistrat étant propriétaire de sa charge, mais des inconvénients en résulteraient inévitablement : monopoles locaux centrés sur une personne, népotisme, coûts, manque de mobilité, etc.

Le système de la cooptation semble le moins mauvais, bien qu'il encourage les tendances corporatistes. Mais de nombreuses professions fonctionnent aussi comme des

clubs plus ou moins ouverts et ne s'en portent pas si mal. L'essentiel est qu'il n'y ait pas fermeture. Or, les besoins croissants provoqués par l'expansion ininterrompue du droit en Europe même dans les périodes de récession économique, permet d'espérer. A la limitation autoritaire du nombre des postes on ne substituera pas la limitation corporatiste, le "numerus clausus", lourd de menaces de sclérose. En réalité, le système actuel peut fort bien se maintenir si trois changements substantiels y sont introduits.

Le premier consiste à *dépouiller le Conseil Supérieur de la magistrature de tous ses membres désignés par le pouvoir politique* (président de la République et présidents des deux assemblées parlementaires) pour les remplacer par des juristes appartenant à d'autres métiers (avocats, avoués, conseils, juristes d'entreprises, professeurs de droit, conseillers d'Etat, etc.). Leur présence, leur extériorité à la profession accentuerait l'importance du point de vue des usagers et praticiens de la justice. En complétant un collège composé de magistrats professionnels désignés par la Cour de Cassation, ainsi que les cours d'appel et tribunaux, elle éviterait une dérive corporatiste.

La deuxième action a pour objet d'éviter le développement du "carriérisme". La politique socialiste aura été marquée par l'obsession technocratique de l'évacuation des dossiers. Peu importe que les affaires soient bien ou mal étudiées, il faut avant tout débiter du jugement et plus on en sort, plus on est bien noté et promu dans sa carrière. On connaît le résultat : une baisse sensible de la qualité de l'écoute et de l'analyse, des motivations de décisions réduites à leur plus simple expression, un climat d'agitation et de superficialité peu compatible avec la sérénité et la profondeur nécessaires à l'exercice de la justice. Aux yeux des socialistes, ce qui compte c'est l'opinion des médias. Or, les journalistes ne parlent pas des détails complexes de chaque affaire mais serinent des idées à la mode : la justice française serait lente et démodée. S'il faut

sacrifier la justice sur l'autel des médias et de leurs idées fausses, nos actuels gouvernants n'hésitent pas un instant. Ce qui compte avant tout pour eux, c'est de plaire aux médias, non d'encourager la qualité d'un travail, c'est le "paraître" et non la vérité, le brillant et non le profond. Comme tous les snobs ils préfèrent le clinquant. Entre la proie et l'ombre, ils opteront pour l'ombre si c'est dans l'air du temps et même s'il savent que le choix qu'ils ont arrêté est préjudiciable. Après tout ce ne sera pas la première fois qu'ils commettent ce genre de calcul.

Une politique libérale devra rompre avec cette méprisable et inhumaine démagogie. Son maître mot ne sera pas d'évacuer et de bâcler mais de *restaurer le respect du droit et le souci du juste* même si cela doit ralentir le rythme des procédures. Son critère ne sera pas de primer la quantité des jugements mais leur qualité. Son but ne sera pas d'encourager le "carriérisme", le plus souvent dommageable aux usagers, mais, par une amélioration générale des rémunérations, de conférer à la magistrature une position similaire à celle dont elle jouit dans les autres pays du Nord de l'Europe. Un tel alignement vers le haut est parfaitement possible dans une politique de retrait général de l'Etat. Chassé grâce à des privatisations massives des nombreux domaines où il sévit et perturbe, ramené à ses fonctions naturelles (soumises à la concurrence), l'Etat pourra de nouveau rétribuer l'exercice de celles-ci à leur vrai prix et non avec les miettes de ce qui reste après paiement des fonctionnaires des entreprises publiques.

Enfin la mise en place de *double circuits* est à envisager suivant la nature de l'affaire ou le rôle du juge. Pour la plupart, les litiges sont simples et peuvent être traités promptement. Au contraire, une petite minorité d'affaires sont complexes, soit parce que la solution n'est pas évidente, soit parce que les faits sont difficiles à reconstituer, soit enfin parce que les deux parties qui s'affrontent ont raison toutes les deux. Ces cas demandent beaucoup de travail, des recherches minutieuses, une

enquête approfondie, de longues lectures, de longues audiences et une rédaction rigoureuse des décisions. C'est parfois là que la justice française paraît un peu trop superficielle et rapide. Il s'agit en fait d'un autre métier, pour lequel bien souvent les juges, débordés de petites affaires, ne sont pas équipés et manquent de temps et de moyens.

La solution pourrait se trouver dans l'institution d'une sorte *d'arbitrage judiciaire*. Le Tribunal aurait la faculté d'abandonner le circuit court et classique et, en présence d'une affaire qu'il estimerait complexe et requérant temps, travail et moyen d'investigation, de désigner un arbitre ou un collège d'arbitres, soit parmi des juges ayant déjà eu l'expérience de ce genre de problèmes, soit même parmi des spécialistes extérieurs au corps magistral mais connus pour leur compétence d'arbitres privés. Cette décision serait prise bien que les parties n'en aient pas elles-mêmes fait la demande et les frais seraient mis à leur charge comme en cas d'expertise.

Au pénal, une autre distinction devrait s'imposer un jour : le juge d'instruction assume aujourd'hui deux rôles contradictoires, celui qui consiste à mener l'enquête et celui qui se traduit par la prise de décisions juridictionnelles. Le premier suppose des qualités d'investigation, de ténacité, voire d'agressivité, notamment dans l'art de poser les questions aux témoins ou au prévenu. Le second exige neutralité, calme, recul. Pour l'un, le juge doit être comme un détective privé. Pour l'autre, il doit tout oublier de ses soupçons. Exiger tout cela du même homme n'est pas raisonnable. "Nul ne peut servir deux maîtres". Le juge qui est efficace dans son enquête ne pourra pas être neutre dans ses décisions d'incarcérer, de libérer, d'interroger, de renvoyer en correctionnelle ou de prononcer un non-lieu. Inversement, celui qui s'efforcera d'être impartial dans la mise au point de ces ordonnances se révélera un piètre enquêteur. A moins d'être doué d'un dédoublement schizophrénique de la personnalité, le juge

d'instruction sacrifiera forcément l'un à l'autre et ce sera généralement l'impartialité. Il y a donc quelque chose qui ne va pas dans notre procédure pénale. Mais les réformes proposées pèchent toujours par leur ignorance de cette double fonction. Flanquer le juge d'instruction de collègues pour instituer une collégialité ne règle rien. Et l'on n'aura en effet rien réglé tant qu'on n'aura pas compris que celui qui cherche ne doit pas être celui qui juge car l'un a besoin d'être à l'aise dans ses mouvements sans avoir constamment la préoccupation du droit qui est celle de l'autre, plus observateur et plus détaché.

Cela implique la séparation de ces deux fonctions.

Dans le même esprit, celui qui requiert les peines doit lui aussi disposer d'une relative indépendance par rapport au Garde des Sceaux. Si l'on peut comprendre que le Parquet, censé représenter la nation, soit hiérarchiquement soumis à son ministère de tutelle, il est moins logique que ce dernier puisse, au gré des intérêts du gouvernement du moment, faire obstacle à la mise en œuvre de l'action publique. Il serait bon que le pouvoir de déclencher cette action appartienne aussi (ou subsidiairement) au Conseil Supérieur de la Magistrature.

Telles sont les réformes institutionnelles. Elle ne régleront pas tout car l'essentiel, comme je le rappelle inlassablement, est ailleurs. Et s'il ne fallait retenir qu'une seule de ces mesures, je proposerais aux hommes politiques celle qui sera sans doute le moins choisie par eux car elle est la plus audacieuse : retirer aux lois intervenant dans le domaine contractuel leur caractère impératif.

E. Les lois supplétives

Outre tous les règlements attentatoires aux libertés et qui devront être abrogés, il en existe de nombreux qui interviennent en matière contractuelle. Pour ces derniers on peut concevoir deux procédés :

- l'abrogation pure et simple,
- le maintien de la loi mais sa transformation en loi supplétive.

De prime abord, la première méthode semble plus radicale, donc plus séduisante. En fait, elle se révèle souvent maladroite et inefficace car elle se fonde sur une stratégie frontale trop primaire. On abroge une loi, on la remplace par une autre, on affronte les troupes de l'adversaire et celui-ci, une fois revenu au pouvoir, défait ce qui a été fait et ainsi de suite à chaque changement. Il n'est pas bon de vivre dans ce climat d'insécurité juridique. Demeurons sceptiques à l'égard des réformes par le haut, même quand elles vont dans le bon sens.

Il faut sortir de cette situation. Puisque nous souhaitons ardemment mettre en concurrence les règles de droit, instaurer un système réellement libre, nous avons ici une excellente occasion d'agir en respectant la spontanéité humaine comme les institutions en vigueur. N'abrogeons rien, ne détruisons rien, ne nous comportons pas comme des révolutionnaires négatifs. Bornons-nous à reconnaître à ceux qui le veulent le droit de sortir du cadre contractuel tracé par la loi. Permettons-leur de se donner d'autres règles qu'ils estiment leur convenir mieux. N'appliquons la loi qu'à défaut de dispositions contractuelles choisies par les parties.

Non seulement on donnerait ainsi plus d'essor à la liberté, clef de la réussite, mais encore l'on permettrait aux hommes d'expérimenter et de comparer, clef du progrès. Il y aurait en effet deux domaines : celui du droit décrété et celui du droit choisi.

En retirant par exemple au code du travail son caractère autoritaire, dit "d'ordre public", en permettant aux parties d'y déroger, on laisserait se développer à ses côtés un nouveau droit spontané prenant ici les dispositions légales, les rejetant là ou les transformant. Entre ce nouveau droit varié, souple, adapté et le vieux droit des esclaves, la comparaison se révélerait vite édifiante.

Evidemment, les défenseurs des rentes de situation, des privilèges et des droits acquis ne manqueraient pas de protester avec vigueur, de menacer : "attention, les patrons vont faire ce qu'ils veulent et les salariés devront tout accepter !"

Ce langage de primates ne convainc plus personne, surtout depuis l'effondrement général du communisme. Effectivement, Engels savait de quoi il parlait quand il étudiait la classe ouvrière puisqu'il était le premier à l'exploiter dans les filatures de textile de son riche papa à Manchester. Son analyse, que les mafias de parasites et de bureaucrates continuent à nous asséner 150 ans après pour justifier leur fonction et leur fromage, m'a toujours fait penser à ces mots de Nietzsche : "Aux purs tout paraît pur, aux porcs tout paraît porc."

Heureusement, la réalité n'est pas celle dont nous menacent les "porcs" : dans un monde de liberté, il y a concurrence ; et quand il y a concurrence, aucun employeur ne peut durablement imposer "ses" conditions car il a besoin d'employés performants, donc bien payés, faute de quoi il vont ailleurs. D'ailleurs dans un marché concurrentiel, rien n'est jamais confortable pour personne. Il faut toujours s'adapter à des changements, satisfaire des besoins différents, s'améliorer, se dépasser. Le contrat est bien cette merveilleuse invention juridique qui oblige à tenir compte de l'autre.

Restaurer la liberté contractuelle dans tous les domaines, voilà ce que pourrait être une grande œuvre politique. Sa justification morale reposerait évidemment sur le *principe de subsidiarité* qu'on rappellera brièvement : il ne faut pas transférer à une instance supérieure le pouvoir de prendre une décision lorsque celle-ci peut être prise par les personnes concernées directement.

Cette idée a pleinement vocation à s'appliquer aujourd'hui car plus une société se développe, plus nous avons besoin les uns des autres et moins chacun est interchangeable.

Conclusion

Sur la dématérialisation et l'intériorisation du droit

A) La fin de l'histoire est-elle proche ?

Avec le délabrement du communisme et le recul général des autres dictatures criminelles, un grand espoir s'est fait jour : l'échec du totalitarisme annoncerait-il l'avènement universel de la démocratie libérale ? Certains sont allés jusqu'à prédire la fin de l'histoire, ou au moins la proximité d'un âge d'or qui évacuerait toute discussion et toute nécessité de faire un choix. En somme, pour schématiser cette pensée, la bonne solution étant toujours donnée par la démocratie libérale, il n'y aurait plus à long terme à se poser de question et à débattre avant de décider.

Cette thèse repose sur plusieurs prémisses qui sont toutes contestables.

Elle suppose d'abord que démocratie et liberté coïncident et se fondent harmonieusement. Or, une démocratie peut fort bien violer la liberté et imposer une sorte de

dictature de la majorité. Tocqueville, Bastiat et bien d'autres l'avaient expliqué. On connaît les ravages du marché politique : pourquoi la majorité aurait-elle toujours raison ? J'ai donné dans ce livre de nombreux exemples du contraire. Le concept de démocratie libérale contient en lui-même une tension qui n'annonce nullement la paix : même si le socialisme disparaît, le libéralisme continuera à se trouver souvent en conflit avec la logique démocratique qui obéit à la loi primitive du nombre et contient de ce seul fait un danger de prédation.

Ensuite, l'idée d'une fin de l'histoire suppose aussi que tous les hommes soient mus par un même objectif d'"efficacité". Certes, le capitalisme est aujourd'hui préféré au socialisme parce qu'il apporte plus de prospérité. Mais la richesse matérielle est loin d'être le but de tous. Beaucoup sont animés par d'autres motifs, bien plus complexes et difficiles à uniformiser.

Quant à l'efficacité, c'est une notion très relative, qui varie suivant les individus, pour la bonne raison qu'ils ne poursuivent pas tous les mêmes fins. Imaginons qu'une solution paraisse efficace à certains mais qu'elle ne soit pas juste. Au nom de quoi faudrait-il l'accepter ? Nous touchons là l'un des périls majeurs de cette notion déterministe de la fin de l'histoire : faut-il sacrifier la justice sur l'autel de la "paix" ou d'une "efficacité" toute relative ? Le droit invisible donne à cette question une réponse négative car toute sa démarche, contrairement à celle du droit décrété, est fondée sur la recherche du juste. Or la recherche du juste suppose un travail beaucoup plus long, patient et modeste que la recherche de l'utile. Non pas que le juste soit une notion relative et floue. Nullement et en aucun cas. Mais trouver dans un procès le juste entre deux ou trois intérêts tous légitimes, c'est beaucoup plus difficile que décréter arbitrairement la façon la plus "efficace" de faire fonctionner une société. C'est ce que n'ont pas encore compris beaucoup de populations d'Europe de l'Est. Le capitalisme n'est pas une manne qui tombe du ciel

mais le résultat d'une exploitation de dons (qui, eux, viennent peut-être de là-haut) et d'une pratique de vertus. Si le capitalisme l'emporte, ce n'est pas seulement parce qu'il est utile, mais c'est d'abord parce qu'il est juste et naturel. Il n'a été a priori pensé par personne, il n'est pas résulté d'un projet délibéré ni même des desseins des hommes, mais seulement de leurs actions. Il a été rendu possible par le travail et l'accumulation de l'épargne produite par ce travail propulsé par le dynamisme de la liberté et canalisé par la rigueur du droit. En résumé, la liberté repose sur la justice, la justice suppose une recherche de la part des hommes, et cette recherche suppose elle-même un mouvement, une évolution, un dynamisme qui est manifestement incompatible avec l'idée d'une histoire humaine s'arrêtant et devenant statique par le seul fait des hommes.

Et voilà la troisième prémisse inexacte : l'idée que le monde continuera de fonctionner avec ce qui existe aujourd'hui et sans rien de nouveau ni d'inconnu, sans apport d'information. Cette conception statique tournée vers le passé n'est pas celle de la tradition créatrice que l'on a vu en mouvement dans la jurisprudence. Une société vivant sur son passé et rendant un culte à sa propre image est tôt ou tard une société morte. Souvenons-nous de l'Égypte, d'Athènes, de l'Empire romain. Ce ne sont pas les hordes barbares qui ont vaincu Rome, c'est d'abord l'Empire qui avait perdu sa foi et son dynamisme. Ainsi ceux qui aujourd'hui nous annoncent l'avènement éternel de la démocratie libérale lui préparent plutôt un glorieux enterrement. L'histoire a été, est et sera tragique. Il ne peut en être autrement dans des espaces caractérisés par une rareté des ressources où il faut choisir ceci plutôt que cela. L'histoire aura certes un jour une fin, celle de tout l'univers sans doute et qui ne sera pas le fait de l'homme, mais cette fin n'est pas pour demain. En attendant, les civilisations évoluent perpétuellement ou meurent. Celles qui choisissent le parasitisme et refusent l'inconfort et

l'insécurité de la liberté, commencent par cesser de se développer, puis régressent et finalement meurent. Les civilisations qui prospèrent sont toujours celles qui affrontent les épreuves pour les surmonter. La violence des attaques lancées sur tous les plans contre le capitalisme par les marxistes fut une terrible épreuve qui entraîna la mort de millions de personnes. Les pays dits capitalistes semblaient donner des signes de faiblesse car chez eux les communistes qui voulaient les détruire étaient libres d'agir alors que dans les démocraties "populaires" les adversaires ou dissidents étaient impitoyablement massacrés ou persécutés. Mais cette apparente faiblesse était une force. Elle a mis en mouvement des qualités de souplesse et de loyauté qui ont finalement démoralisé l'ennemi pour la raison évidente que, lui n'aurait jamais pu les pratiquer à l'égard de ses opposants. On connaît la vieille technique de Mithridate ou plus récemment l'homéopathie : communiquer à l'organisme vivant un poison, une substance à très faible dose pour susciter chez cet organisme une réponse qui va le guérir.

Croire qu'il n'y aura plus aucune épreuve ni aucun poison révèle une singulière méconnaissance de la nature humaine et une peur compréhensible de l'inconnu : enfin tranquilles ! Mais non. Vous ne le serez jamais. Les obstacles et les difficultés seront toujours là. La vieille idéologie collectiviste n'a pas disparu. Elle avance aujourd'hui sous le masque de l'écologie. Le parasitisme, le tribalisme, les mafias, les bureaucrates et toutes ces chaînes qui empêchent d'être libre, tout cela existe, résiste et stimule le souffle de l'Esprit ; et même s'il n'y avait plus aucun obstacle, on en trouverait encore un, à l'intérieur de nous-mêmes : la liberté ennemie de la liberté. Comment une telle chose est-elle possible ?

Faisons un rêve : imaginons que tous les socialistes, sociaux-démocrates, écologistes et autres ennemis de la liberté deviennent par enchantement des amis de cette liberté et décident d'agir pour elle. Les voici qui

s'approchent avec leurs décrets, leurs règlements, leurs vieux remèdes de sorciers, leurs clystères et leurs sangsues. En somme ils ont admis rationnellement l'utilité de la liberté mais ils ont toujours gardé les mêmes schémas mentaux. Ils n'ont toujours pas compris que la liberté ne s'impose pas mais se choisit. Ce rêve que je viens de décrire n'est pas irréel : il a un nom aujourd'hui bien actuel. C'est le Traité de Maastricht. Ce projet comporte des dispositions qui prévoient un rapprochement des législations des pays de la CEE. Par cette "harmonisation" de textes, de nombreux libéraux espèrent améliorer le droit de leur pays. Au passage, on peut remarquer que rien ne nous garantit une telle évolution, qui reste soumise aux aléas des élections et mouvements de l'opinion publique. Mais surtout en procédant de la sorte on prive les Européens d'une chance tout à fait extraordinaire qui se profilait au début de l'année 1993 grâce au Traité de Rome et à l'Acte unique : *celle de mettre en concurrence les législations et les États.*

B) L'avenir du droit

"La matière se corrompt. L'âme n'est pas matérielle. Donc l'âme est immortelle". Ce raisonnement d'Aristote⁷⁰ s'est heurté pendant des siècles à une apparence : la terre est toujours là, le soleil aussi, l'univers est donc immuable et n'a de ce fait pu être créé. La plus grande découverte scientifique de cette fin du 20^e siècle vient de sonner le glas de cette illusion : l'univers a un âge et vieillit comme toute chose. Le dogme de l'éternité de la matière, fondement idéologique de toutes les conceptions matérialistes de Parménide à Karl Marx, se trouve ainsi anéanti et cela n'est certainement pas pour rien dans le recul général du totalitarisme dans le monde. Si le communisme est en train de s'effondrer et si les pays développés rejettent les uns après les autres le socialisme⁷¹, c'est d'abord parce que leurs bases philosophiques se sont écroulées et que

leurs promoteurs eux-mêmes n'y croient plus. Le capitalisme n'a pas gagné la bataille contre le communisme car cette bataille, il ne l'a jamais livrée. C'est le communisme qui est tombé malade tout seul car le postulat sur lequel il reposait s'est avéré faux à l'expérience. En effet, l'homme ne peut se réduire à la matière.

Nous avons des yeux pour voir, des oreilles pour entendre, une bouche pour parler, un nez pour sentir mais jamais n'avons-nous constaté que nos oreilles voyaient ou nos yeux entendaient, que nos oreilles s'entendaient entendre ou nos yeux se voyaient voir. Or nous nous voyons bien en train de voir, d'écouter, de parler. Il y a donc autre chose. Il y a en nous une capacité réflexive sur nous-mêmes qui dépasse la simple matière, qui la transcende. Il y a en nous une capacité de choisir qui dépasse tout déterminisme animal dans chacun de nos gestes, même les plus modestes : si vous ouvrez une porte c'est que vous avez préalablement décidé, inconsciemment ou consciemment peu importe, d'accomplir ce geste ; même l'employé de banque qui ouvre un coffre fort sous la menace d'un revolver, a préalablement décidé de le faire pour sa propre sécurité, ce qui ne serait pas possible pour un chien de garde.

Or, ce sont précisément ces qualités créatives qui font de l'homme un être fragile, faillible et perfectible, un être qui progresse et évolue. Sa vie même consiste à faire des choix, à prendre ceci, à éliminer cela, à assumer tel risque ou à le refuser, à apprendre en expérimentant. C'est ainsi qu'un enfant apprenant à marcher, en refaisant plusieurs fois de suite le même geste anodin, va progressivement l'intérioriser et en améliorer l'efficacité et le style. L'homme a donc besoin pour réussir et innover, de répéter, de ritualiser ses gestes. Pour mener à bien son saut dans l'inconnu il lui faut l'appui d'une expérience ritualisée, c'est à dire d'un passé sélectionné et assimilé en vue d'une action. Toute l'histoire humaine est traversée par cette tentative de l'esprit de transformer la matière, par cet effort de connaissance qui suppose une ouverture à ce

qui est à l'extérieur de soi-même, une ouverture à l'altérité. Cet effort est immatériel et s'accélérera. Michaël Novak, le publiciste américain, cite souvent l'exemple suivant : "dans un logiciel qui coûte 300 à 400 dollars, la matière première, c'est à dire le plastique, représente 85 cents, tout le reste résulte d'une création immatérielle."

La question que les juristes doivent maintenant se poser me semble être la suivante : le droit peut-il continuer à être matériel, c'est à dire décrété ? Avons-nous besoin nécessairement d'un écrit extérieur à nous-mêmes pour mettre de l'ordre à nos actions ? La réponse, tout au long de ce livre, est négative. Le droit ne peut plus être décrété, d'une part parce que cette méthode a pour effet de traiter les hommes comme un troupeau, et d'autre part parce qu'elle s'accompagne d'un rationnement juridique, d'une pénurie incompatible avec la nature humaine et ses processus de découverte. Mais il existe une autre réponse encore, plus fondamentale.

En fixant les règles par des textes obligatoires, le législateur extériorise les normes, les sépare de l'individu, le rendant étranger à lui-même. Toute la démarche intérieure consistant à rechercher le juste est évacuée. Tout l'apprentissage spontané par expérimentation et répétition est abandonné. Tout l'effort individuel de connaissance et d'ouverture au monde est négligé. Il devient inutile de comprendre et de trouver puisque les principes — quand ils existent seulement — sont extrinsèques, déterminés à l'avance et ne peuvent changer que par une nouvelle loi à laquelle de toute façon il faudra se soumettre. Les règles s'imposent du dehors. Au surplus elles peuvent changer suivant les gouvernements, ce qui justifie beaucoup de caprices et de pouvoir discrétionnaire. Si les valeurs peuvent être détruites, reconstruites, créées, c'est qu'elles sont relatives et arbitraires. Il n'est dès lors plus indispensable de les rechercher objectivement, de les faire siennes. Elles ne comptent plus. On les subit passivement, exactement comme on regarderait à la télévision un film qu'on n'aurait pas choisi de voir. C'est celui-là, mais ce

pourrait être un autre. Le spectateur n'est pas vraiment concerné. Il est bien là mais il flotte, coupé de ses racines, ne suivant qu'à moitié, passant d'une chaîne à une autre, "zappant" comme on dit, ne participant à rien de précis. Dans la rue, s'il est témoin d'une agression, il n'interviendra pas, pas seulement par peur, mais surtout parce qu'il se sent étranger à ce qui se passe. Le mal étant banalisé, il promènera un regard d'ennui sur tout cela, sans chaleur, sans sélection, sans amour ni même intérêt. Il aura perdu son centre, son cœur et vivra sa vie égoïstement comme une suite d'instantanés sans unité ni finalité. Et c'est bien ce qui se produit dans les sociétés purement matérialistes que génèrent les régimes socialistes⁷². L'une des spécificités du marché libre est précisément d'éviter cette dérive car il force des millions d'individus à se soucier de millions d'individus. Le succès du capitalisme s'explique d'abord par la vertu qu'il a de pousser au service d'autrui. Il faut d'abord s'adapter au client, à "l'autre" pour lui vendre un service ou un produit. Il faut d'abord comprendre ce que veulent les autres avant d'imposer ce que l'on voudrait soi-même. Michael Novak aime à donner l'exemple des "Mac Donald". La réussite de cette entreprise, explique-t-il, tient au fait que ses dirigeants ont compris avant tout le monde que les mères de familles qui travaillent et ne restent pas à la maison n'ont pas toujours le temps de préparer un repas à leurs enfants et veulent un restaurant où elles puissent les emmener pour leur faire servir sans attendre des heures une nourriture qu'ils aiment dans un endroit propre. Mac Donald a réussi parce qu'il a compris ce que voulaient les autres, vérifiant ainsi la parole du Christ : "tout ce que vous désirez que les autres fassent pour vous, faites-le vous-mêmes pour eux". Dans une telle perspective, agir pour soi dans son seul intérêt égoïste paraît voué à l'échec car pour réussir il faut tenir compte de l'autre, le comprendre, mettre en mouvement des processus de "connaissance".

Le même phénomène se manifeste en droit : la règle

unique matérialisée par un écrit applicable à tous a pour effet d'empêcher le déclenchement de ces actions de l'individu vers l'autre et de paralyser la charité spontanée de l'individu. Si les gens subissent la loi comme les spectateurs d'une émission de télévision, cette réception passive des normes est dangereuse. Les hommes sont théoriquement libres mais sont assujettis sans aucune participation personnelle à une loi qui peut recevoir n'importe quel contenu comme disait Kelsen, le maître du positivisme. Si le contenu peut varier sans cesse, comment peut-on le connaître ? "Nul n'est censé ignorer la loi" est-il écrit ; mais cela devient une sinistre farce si chaque jour le prince produit des textes inconnus de tous. La liberté régresse dès que les individus deviennent indifférents aux règles qui les régissent. C'est pourquoi il est bon qu'elles soient choisies. Le choix suppose un début d'intériorisation de la norme, donc un commencement d'initiative de l'individu. Celui-ci cherche la règle appropriée à son contrat, c'est à dire celle qui défend bien ses intérêts personnels, mais qui soit en même temps acceptable par l'autre partie. Il s'efforce ainsi à sa manière de comprendre l'autre, de s'y adapter tout en adaptant l'autre à ses propres besoins. Il y a négociation, donc action. Les partenaires sortent de leur passivité et élaborent des règles qu'ils doivent commencer par assimiler.

Pour qu'il y ait choix, il faut qu'il y ait pluralité de règles. Le choix n'existe plus, et pas davantage le processus d'intériorisation qu'il met en œuvre, s'il n'y a qu'une règle explicite imposée d'en haut par une institution dotée du monopole de la production du droit. En revanche, si plusieurs systèmes de production juridique sont en concurrence (comme les 12 droits des 12 pays de la C.E.E.) ou si l'on peut déroger aux lois en vigueur, ou si se multiplient les contre-pouvoirs comme la distinction et la hiérarchie des normes légiférées se surveillant les unes les autres, le droit cesse alors d'être une bouillie prémâchée que l'on administre à un sujet passif. Il cesse d'être

explicite et apparent. Il devient invisible et il faut le découvrir, ce qui suppose une recherche, donc une amélioration de l'homme qui utilise à cet effet ses talents et ses aptitudes. Il est aujourd'hui clair que ce sont ces capacités immatérielles, impalpables et intérieures, qui constituent pour lui un inestimable et inépuisable capital. "Ne vous amassez pas de trésors sur la terre, où la mite et le ver consomment... Mais amassez-vous des trésors dans le ciel". Cette parole du Christ se réalise avec force à notre époque. En effet dans le monde capitaliste, les trésors sont de moins en moins matériels et de plus en plus spirituels, suivant le sens étymologique du terme "capital".

Le droit n'est pas épargné par cette évolution générale : en le dématérialisant, l'homme l'améliorera et s'améliorera lui-même.

Nerville la Forêt,
décembre 1991

Notes

Conseils au lecteur

1. *Recherches sur la nature et la cause de la richesse des nations.*

Chapitre 1 : Du Droit spontané au droit décrété

2. On peut cependant penser qu'il y a eu création.

Chapitre 2 : Les échecs de la méfiance

3. Malheureusement la loi Méhaignerie qui lui a succédé le 23 décembre 1986 a conservé plusieurs de ses dispositions "protectrices".

4. *Droit, législation et liberté*, chapitre 6.

5. Des sociologues américains ont comparé les milieux noirs profitant des couvertures sociales du "Welfare State" et les milieux hispaniques (Mexicains, Portoricains, etc.) qui n'en bénéficiaient pas faute d'avoir la nationalité américaine. Les seconds se sont plus vite assimilés et enrichis que les premiers.

6. Cf. *Cinq questions sur les syndicats* par J. Garello, H. Lepage et B. Lemennicier Paris P.U.F., 1990.

7. La Cour de Luxembourg aurait pu trouver un autre fondement à sa solution (comme la liberté du travail) que ce principe égalitariste et collectiviste qui nie la valeur de l'individu, féminin ou masculin, puisqu'il le ravale à un groupe.

8. Enfin abrogée en 1986 par la réforme Balladur.

9. *Le droit, arme politique*, 1988.

Chapitre 3 : Pourquoi le rationnement du droit a échoué

10. Qui sont antérieures à Colbert.

11. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

12. *La Loi*.

13. Article dans les *Fondements Philosophiques des Systèmes Economiques* J. Rueff chez Payot, p. 102.

14. Et ils ne l'ont pas toujours voulu.

15. Michel Villey.

16. *Science des légistes, savoir des juristes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 102.

17. En fait ce terme a été détourné de son sens par ceux qui se sont placés sous cette bannière. Le vrai rationalisme devrait consister à utiliser la raison pour comprendre la réalité par l'expérience.

18. Ed. de l'Œil, Paris, 1990.

19. L'expression manifeste fort heureusement la nature morale des richesses.

20. Ils ont d'ailleurs eu parfois quelques problèmes avec l'Etat !

21. "Ce que l'homme a fait, il peut aussi bien le modifier selon ses désirs". Hayek critiquant Austin dans *Les fondements philosophiques des systèmes économiques*, 1967, hommages à J. Rueff p. 105.

Chapitre 4 : Le Droit invisible des contrats

22. En Russie, il paraît que dans les boucheries il fallait payer d'abord et recevoir sa viande après.

23. Nouvelle subtilité sur laquelle je n'insiste pas : *quid* si la voiture tombe en panne peu après la réparation sans que le client puisse prouver une faute du garagiste mais sans que ce dernier puisse prouver son absence de faute ?

24. Cf. *supra*, chapitre 2.

25. Il y a cependant moyen de tourner cette interdiction en matière d'allocations familiales.

26. A la différence de l'outrage aux mœurs en un lieu public.

27. A la différence du proxénétisme.

28. A la différence de l'escroquerie pour occultisme.

29. Il y a cependant des exceptions sur ce dernier point.

30. *La Société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, PUF, 1988.

31. On oublie souvent ce membre de la phrase.

32. On connaît l'ironie impudente de Charles Pasqua disant "les promesses n'engagent que ceux à qui elles sont faites".

33. En droit anglais elle recouvre la notion de "frustration" cependant, d'application plus vaste.

34. Le contraire a aussi été jugé.

35. Responsabilité contractuelle.

36. Responsabilité extracontractuelle.

37. Cf. *supra* chapitre 1.

38. Cf. *infra*.

39. Qui vont jusqu'à autoriser la résiliation pour intention certaine de rompre = "*anticipatory breach*".

40. Cela peut arriver, mais c'est relativement rare.

41. A condition, bien sûr, que ceux-ci ne soient pas soumis à une législation impérative à laquelle ils ne peuvent déroger.

42. Ce texte a été modifié en 1975 et 1985.

43. Cf. *supra* chapitre 2.

44. On peut y déroger alors qu'on ne peut pas se soustraire à des règles dites "d'ordre public", concept limité au départ aux lois de police et de sécurité et qui, progressivement, a été détourné et étendu à tout ce que l'Etat a considéré comme relevant de sa politique et de ses intérêts électoraux sur le "marché" politique.

45. Les Américains disent : le "*Deep Pocket Defendant*".

46. Cf. *supra*.

47. Sauf en matière immobilière.

48. Après une longue controverse sur le point de savoir si elle était délictuelle ou contractuelle.

49. Les noms sont faux mais les faits sont vrais. Ils méritaient une certaine confidentialité.

50. Cf. *supra* chapitre 2.

Chapitre 5 : Le Droit invisible de la responsabilité extracontractuelle

51. L'abus du droit de grève utilisé pour sanctionner certaines pratiques (préavis déposé la veille d'un important congrès organisé depuis longtemps) et qui ne doit pas être confondu avec son dépassement situé *en dehors* de ce droit (piquets de grèves, occupation des lieux, séquestration, etc...).

52. Cf. chapitres 1 à 3.

53. Cf. chapitre 4 F, 3, p. 144.

54. Cf. chapitre 4 D, 1, p. 134.

55. Cf. article 1384 : ... "*Les instituteurs et les artisans (sont responsables), du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.*"

56. Cf. *supra* chapitre précédent p. 160.

57. C'est le revirement de la jurisprudence Desmarest qui excluait l'exonération partielle en cas de faute de la victime.

58. Ces termes ne sont pas appropriés ; il vaudrait mieux parler d'action en répétition d'enrichissement illégitime.

Chapitre 6 : La pratique du Droit invisible

59. Cf. chapitre 4 et 5.

60. Sauf le mineur s'il a dépensé l'argent reçu, encore une de ces règles de protection qui m'a toujours paru plus injuste que l'injustice qu'elle voulait réparer.

61. Il y en a d'autres, comme la cession de droits.

62. Une condition potestative consiste à promettre de faire quelque chose à la seule discrétion de son bon vouloir futur. Juridiquement, cette promesse est sans valeur puisqu'elle n'engage pas.

63. Il y a eu quelques exceptions mais elles demeurent rares.

64. Mais pas loin d'y être.

65. *Le Droit au Droit*, pages 130 et suiv.

66. *Le sacré et le profane*.

Chapitre 7 : Petit programme d'action

67. Voir F. Lefort, *La France et son droit*, aux éd. des Belles Lettres.

68. Pourtant le fait est qu'on est pratiquement déjà parvenu à cette situation *sans* le référendum.

69. Les Suisses ont par exemple toujours refusé la TVA, forte source d'enrichissement pour l'État.

Conclusion

70. Ce raisonnement sur l'usure de la matière ne doit pas être confondu avec le principe (idéaliste) que l'âme serait entièrement distincte et séparée du corps. Cette idée, développée notamment par les

philosophies indiennes, platoniciennes et cartésiennes, n'est pas fondée sur l'expérience et peut se discuter. Mais c'est une autre question.

71. Seules la France et l'Espagne demeurent gouvernées par ce parti.

72. Matérialisme qui se traduit le plus souvent par une pénurie de richesses à base matérielle.

Table

des

matières

<i>Conseils au lecteur</i>	11
<i>Chapitre 1 : du Droit spontané au droit décrété</i>	13
<i>Chapitre 2 : les échecs de la méfiance</i>	21
A. La législation en matière de baux	23
1. Les interdictions de la loi Quilliot et la loi de 1989 n'ont fait que nuire aux locataires .	25
2. La loi aggrave l'insécurité de l'avenir des locataires	28
B. La législation sociale	29
C. Les lois instituant les monopoles	38
D. Les lois instaurant des délits d'opinion	41

E. Liberté de donner et avortement	43
F. La protection des consommateurs	44
G. La loi Neiertz	45
H. La résistance à la loi	46
I. Bilan sur la question : liberté ou protection dans les contrats ?	50
 Chapitre 3 : pourquoi le rationnement du droit a échoué	 59
A. Les raisons historiques	59
1. On a perdu le sens de l'universalité de la norme	59
2. L'obstacle de l'imprévisibilité	62
3. Le "mal français" n'est pas français	64
B. Les raisons philosophiques	66
1. Positivisme et droit naturel	66
2. Rationalisme et réalisme expérimental ...	76
3. Monisme et pluralisme juridiques	80
 Chapitre 4 : le Droit invisible des contrats	 87
A. La découverte de la distinction des obligations de résultat et de moyens	89
B. Au moment de la conclusion du contrat ...	92
1. Le consentement	92
2. La validité du contrat par rapport aux prin- cipes fondamentaux	98

C.	Pendant l'exécution du contrat	105
1.	<i>Pacta sunt servanda</i>	105
2.	La bonne foi	108
3.	La responsabilité pour inexécution	110
a)	Les conditions de la responsabilité ...	110
b)	Les sanctions de la responsabilité	115
	• Les sanctions définitives : résolution et réparation	115
	• La sanction provisoire : la suspension	124
	• La montée du simple au complexe ..	126
D.	La réparation	129
1.	Limitations conventionnelles de réparation	131
2.	Augmentations conventionnelles de réparation : les peines privées	135
E.	Les découvertes de la jurisprudence en matière de contrats spéciaux	139
1.	L'avantage des lois supplétives	140
2.	La spécialisation des droits nationaux, conséquence de leur concurrence	143
3.	La responsabilité du vendeur pour vice caché	144
4.	La découverte des chaînes de contrats ..	150
a)	L'action oblique	151
b)	L'action directe	154
5.	Le mandat d'intérêt commun	156
6.	Le mandat apparent	160
7.	Les conventions de prête-nom	163
8.	Les contournements de l'exception de jeu	165

Chapitre 5 : le Droit invisible de la responsabilité extra-contractuelle	169
A. Responsabilité délictuelle	170
1. Le non cumul	170
2. L'abus de droit	173
3. Le rôle passif de la chose	176
4. Qui est le gardien ?	178
a) Le gardien a-t-il par exemple toujours l'usage de la chose ?	178
b) Le gardien a-t-il toujours la direction de la chose ?	180
5. L'acceptation des risques et le retour de la faute	185
6. La théorie de la confusion des patrimoines	187
B. Responsabilité quasi-contractuelle	196
Chapitre 6 : la pratique du Droit invisible	205
A. Les adages	206
1. " <i>Specialia generalibus derogant</i> "	206
2. " <i>Nemo auditum propter turpitudinem allegans</i> "	206
3. "L'accessoire suit le principal"	207
4. " <i>Fraus omnia corrumpit</i> "	208
5. "Nul n'est contraint d'accepter"	210
6. " <i>Contra non valentem non currit praescriptio</i> "	210
7. "Nul en France ne plaide par procureur"	211
8. Autres adages	212
B. La privatisation de la justice	215
1. Le succès de l'arbitrage	221
2. L'objection tenant à la vengeance privée	225
3. L'objection tenant à la désacralisation ...	227

C. Le raisonnement	229
1. Exemple balzacien	232
2. Exemple chez Dostoïevsky	236
3. Exemple chez Molière	239

Chapitre 7 : petit programme d'action en matière de justice à l'usage des hommes politiques pour qu'ils y puisent ce qui leur plaît à la mesure de leur audace 243

A. L'exception d'inconstitutionnalité	245
1. L'objection des jacobins	248
2. L'objection au nom de l'efficacité de l'action gouvernementale	249
3. L'objection des habitudes	252
4. Les arguments pour l'exception d'inconstitutionnalité	253
B. Le référendum d'initiative populaire sous contrôle judiciaire	256
C. La constitutionnalisation de certains principes ?	260
D. L'indépendance de la magistrature	263
E. Les lois supplétives	268

Conclusion : sur la dématérialisation et l'intériorisation du droit

A. La fin de l'histoire est-elle proche ?	271
B. L'avenir du droit	275

<i>Notes</i>	281
---------------------------	-----

*Ce volume,
le septième
de la collection « Laissez faire »,
publié aux Éditions Les Belles Lettres
a été composé
par Eurocomposition 92310 Sèvres
et achevé d'imprimer
en septembre 1992
dans les ateliers
de Normandie Roto Impression S.A.
61250 Lonrai*

N° d'éditeur : 2971
N° d'imprimeur : I2-1878
Dépôt légal : octobre 1992

Déjà

parus

Murray Rothbard
L'éthique de la liberté

Alain Laurent
Solidaire, si je le veux

François Lefort
La France et son Droit

George Selgin
La théorie de la banque libre

Murray Rothbard
Économistes et charlatans

David Friedman
Vers une société sans État

A

paraître

Madsen Pirie
La micropolitique

Ludwig von Mises
*Fondements
de la science économique*

Bertrand Lemennicier
Bioéthique et liberté

Stephen Littlechild
L'imposture de l'économie mixte

Walter Block
*Défense
des indéfendables*

Nous avons été habitués à penser que les litiges devaient se régler en se référant à une norme écrite et fixée d'avance par le gouvernement du moment. Progressivement, le lien entre la législation et les valeurs universelles s'est distendu : des pouvoirs de plus en plus changeants, des lois de plus en plus de circonstance destinées à servir telle ou telle catégorie de personnes contre telle autre, tel ou tel clan plus ou moins majoritaire contre tel autre, minoritaire, ainsi apparaît l'action législative.

Dénaturée par le socialisme ou d'autres idées préconçues de la société, manipulée dans le vain espoir de se constituer de durables protections contre le bouillonnement créatif de la vie, la loi visible est arrivée à une impasse. Caractéristique de l'ère des masses, qui l'a portée au pinacle, la voici qui disparaît avec elle, engloutie par le naufrage de ses maîtres. La loi visible s'oppose à la loi invisible comme le positivisme ou droit naturel, et plus profondément comme le monisme s'est toujours opposé à la tradition judéo-chrétienne, le rationalisme à l'expérience. C'est Rousseau contre Montesquieu, Descartes contre Bergson ou Claude Bernard, Keynes contre Hayek.

La victoire de la liberté en cette fin du xx^e siècle scelle le sort de la loi uniforme : son caractère monolithique et primitif la rend incompatible avec une société diversifiée et complexe, sa dégradation par l'usage que le milieu politique en a fait lui retire son caractère abstrait et universel qui était sa justification morale.

Le sommet visible de l'iceberg étant en train de fondre sous le soleil de la liberté, il reste la partie immergée.

C'est le succès du « droit invisible ». L'homme cherche une solution à ses problèmes. La jurisprudence, les contrats, les usages, les législations non impératives lui en offrent. Il compare, essaie, tâtonne. Et peu à peu se dégage, spontanément la règle la meilleure.

Avocat au barreau de Paris spécialisé en droit maritime et international, Patrick Simon expérimente lui-même ce droit invisible des hommes libres qu'il décrit.

