

Le courrier du CNRS 75

Auteur(s) : CNRS

Les folios

En passant la souris sur une vignette, le titre de l'image apparaît.

92 Fichier(s)

Les relations du document

Ce document n'a pas de relation indiquée avec un autre document du projet.□

Citer cette page

CNRS, Le courrier du CNRS 75, 1990-04

Valérie Burgos, Comité pour l'histoire du CNRS & Projet EMAN (UMR Thalim, CNRS-Sorbonne Nouvelle-ENS)

Consulté le 06/12/2025 sur la plate-forme EMAN :

<https://eman-archives.org/ComiteHistoireCNRS/items/show/164>

Présentation

Date(s)1990-04

Mentions légalesFiche : Comité pour l'histoire du CNRS ; projet EMAN Thalim (CNRS-ENS-Sorbonne nouvelle). Licence Creative Commons Attribution - Partage à l'Identique 3.0 (CC BY-SA 3.0 FR).

Editeur de la ficheValérie Burgos, Comité pour l'histoire du CNRS & Projet EMAN (UMR Thalim, CNRS-Sorbonne Nouvelle-ENS)

Information générales

LangueFrançais

CollationA4

Informations éditoriales

N° ISSN0153-985x

Description & Analyse

Nombre de pages92

Notice créée par [Valérie Burgos](#) Notice créée le 05/10/2023 Dernière modification le 12/12/2024

LE COURRIER DU CNRS

DE DERNIERS SCIENTIFIQUES

LES SCIENCES DU DROIT

LES TERRAINS NOUVEAUX DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

Mutations de la famille et de la société, avancées des sciences et des technologies, extension des relations internationales, confrontation des cultures, ... tout concourt à bousculer l'ordre juridique.

N° 75 - 50 F - AVRIL 1990

CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE 



COUVERTURE

Manifestation pour les droits de la femme (1974). (© cliché Giansanti/Gamma).

« Quelle créature humaine douée de bon sens, qui puisse prétendre que le changement des mœurs et des idées ne doit pas en amener un dans les institutions? » (Madame de Staël, *Considérations sur les principaux événements de la Révolution, 1818*).

LE COURRIER DU CNRS

DOSSIERS SCIENTIFIQUES

Directeur de la publication :
Goéry Delacôte

RÉALISATION :
CNRS - Atelier de l'Écrit
Groupement des Unités de
la Communication du CNRS
1, place Aristide-Briand
92195 Meudon Cedex

Direction : Bernard Hagene
Rédacteur en chef : Sylvie Langlois
Rédaction : Pierrette Massonnet
Diffusion : Christine Girard
Secrétariat : Muriel Hourlier

COMITÉ SCIENTIFIQUE :

Président
Jean Hilaire
Coordinateur
Isabelle de Lamberterie

Jacques Commaille
Simone Courteix
Jean-Robert Henry
Alexandre Kiss
Renée Martinage
Gérard Rosset
Mahmoud Salem
Evelyne Serverin
Stamatios Tzitzis

COMITÉ DE LECTURE :

Georges Chapouthier
Gisèle Deinarcq
Bernard Dormy
James Hiéblot

Ce numéro du *Courrier du CNRS* a été préparé sous la direction du département des Sciences de l'Homme et de la Société du CNRS.

Prix : 50 francs. Diffusion : Presses du CNRS, 20-22, rue Saint-Amand, 75015 Paris - tél. : 45.33.16.00. Vente au numéro : Librairie du CNRS, 295, rue Saint-Jacques, 75005 Paris - tél. 46.34.79.09.

Le Courrier du CNRS remercie les auteurs et les organismes qui ont participé à ce dossier. Les dessins de Jean-Michel Folon figurant dans ce numéro sont extraits du livre *Déclaration universelle des droits de l'homme*, illustré pour Amnesty International. Ils ont été reproduits avec l'aimable autorisation d'Amnesty International Belgique. Les titres, les chapeaux introductifs et les résumés ont été rédigés par la rédaction.

Recherche iconographique : Danièle Loxut.

Les textes peuvent être reproduits sous réserve de l'autorisation du directeur de la publication.

Fabrication :

Coordination de la fabrication : J.O. - Communication, 10, avenue Bourgain, 92130 Issy-les-Moulineaux
Direction artistique : Top Conseil, 18, rue Volney, 75002 Paris - tél. : 42.96.14.58.
Impression : Roto-France-Impression, boulevard de Beaubourg, Eimrainville, 77200 Torcy - tél. : 00.06.60.00.
Commission paritaire : AD 303.
ISSN : 0-153-985-X. ISBN : 1-222-04446-4.

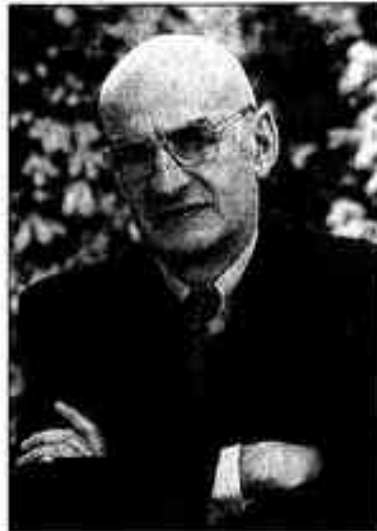
Le Courrier du CNRS dans sa nouvelle formule a déjà publié quatre dossiers scientifiques :

La mécanique en 1988 (n° 71)
Recherches sur l'environnement (n° 72)
L'archéologie en France métropolitaine (n° 73)
Le CNRS et les entreprises (n° 74)

© Centre National de la Recherche Scientifique

CNRS
 150 Avenue du Siège
 91190 Gif-sur-Yvette
 Département des publications - bâtiment 19
 91190 Gif-sur-Yvette
 Tel : 01 69 02 39 17

*Salle de consultation
 archives
 R. Candresse*



Jacques Lantman
 Directeur du département scientifique
 des Sciences de l'homme et de la société.

Les disciplines juridiques sont trop peu présentes au CNRS, sans doute parce que le travail de recherche y est resté longtemps plus individuel que dans les humanités classiques mêmes, peut-être aussi parce que, dans nombre de domaines du droit, le contact avec les utilisateurs du savoir juridique a été jugé plus essentiel pour le développement de la pensée créatrice que l'organisation des équipes. Cependant, certains domaines ont une organisation de recherche reconnue au CNRS de longue date. Ce sont l'histoire du droit et, apparence de paradoxe qui n'en est pas un, ceux qui ne donnent pas matière à des enseignements de masse : droit comparé, informatique juridique, philosophie du droit. Plus récemment, des transformations de la société demandant des renouvellements de conceptualisation juridique et des nouveautés techniques appelant une prise en compte dans l'ordre des normes, des efforts organisés reconnus par le CNRS sont apparus en droit de la famille, en criminologie, en droit de l'espace et de l'environnement, en droit de la communication. Cependant, l'internationalisation conduit à s'intéresser davantage aux droits des pays partenaires, économiques, politiques et culturels de la

France, comme au droit européen en plein développement. Aujourd'hui les juristes français doivent tenir leur place dans le concert créatif du droit européen communautaire, dans l'invention d'un droit des nouvelles technologies, du vivant en particulier, et dans d'autres champs,

dont le moindre n'est certes pas le droit constitutionnel.

Le CNRS souhaite faire plus dans les centres de recherche juridique qui lui sont associés. Il convenait donc que ce qui s'y fait fut exposé au public concerné parmi lequel se trouveront, il faut espérer, quelques belles vocations de chercheurs juristes, si nos auteurs ont su les convaincre de l'intérêt d'une démarche intellectuelle qui, dans le monde de la rationalité des savoirs, a l'originalité forte d'être liée à une production normative.

Ce dossier a été composé à l'initiative du président de la section des Sciences juridiques du Comité national de la recherche scientifique, le professeur Jean Hilaire, qui a démontré, s'il en était besoin, qu'un historien du droit sait dominer des matières fort contemporaines. Il a été assisté par Isabelle de Lamberterie, directeur de recherche CNRS et secrétaire scientifique de la section.

Avant-propos

Les terrains nouveaux de la recherche juridique <i>New fields for law research</i> Jean Hilaire	5
--	---

Le droit dans un monde pluriculturel

Introduction Jean-Robert Henry	7
De l'histoire du droit à l'histoire des hommes <i>Ethnology and anthropology of law</i> Raymond Verdier	8
Le droit dans l'aire africaine <i>Law in the African continent</i> Jean-Pierre Magnant	11
Le droit dans les pays arabes <i>Law in the Arab countries</i> Jean-Robert Henry	12
Le droit japonais <i>Japanese law</i> Eric Seizelet	14
Le droit chinois <i>Chinese law</i> Jean-Pierre Cabestan	15
Les prémices de la confédération européenne <i>The harbingers of the European confederation</i> Michel Lesage	17
Droit et perestroïka <i>Law and perestroïka</i> Nadine Maria	18
La mutation des droits ibériques <i>Changes in Iberian law</i> Jacques Faget	20

Rectificatif

Le *Courrier du CNRS* n° 73, p. 65, photo de la mosaïque du *frigidarium* des thermes de *Thémétra*. L'auteur de l'article nous demande de rectifier la provenance de cette photo, lire : ©UPR 217 CNRS, cliché R. GUERY à la place de © CCJ/CNRS. La photographie de la quatrième page de couverture du n° 74 a été prise à l'Institut de physique et chimie des matériaux de Nantes, et non pas de Strasbourg.

Droit et économie

Introduction Mahmoud Salem	21
Les contrats internationaux <i>International contracts</i> Philippe Kahn	22
Du droit au développement au droit du développement <i>International development law</i> Maurice Flary	24
Propriété intellectuelle, propriété industrielle <i>Industrial ownership</i> Marie-Angèle Perot-Morel	26
Droit et pratiques dans l'entreprise <i>Law and professional relationships</i> Antoine Jeammaud	28
Le droit commercial : le regard de l'historien <i>History and commercial law</i> Jean Hilaire	29
L'Europe et le droit communautaire <i>The European Community and law</i> Robert Kovar	31

Droit, sciences, technologies

Introduction Alexandre Kiss	33
Un nouveau droit de la mer <i>A new law for the sea</i> Jean-Pierre Beuriet Jean-Pierre Gueneudec	34
Le droit devant l'espace et les grands fonds marins <i>The law with regard to space and ocean deeps</i> Claude-Albert Colliard	36
La réglementation de l'espace <i>Space law</i> Simone Courtin	36
Droit et protection de l'environnement <i>Law and environmental protection</i> Alexandre Kiss	38
Le vivant et le droit <i>The living world and the law</i> Marie-Angèle Hermitte	41
L'originalité du droit nucléaire <i>The peculiarity of nuclear law</i> Pierre Strohl	42
Droit de l'informatique et droit de l'information <i>Information technology law and data law</i> Isabelle de Lambertarie	45
L'informatique au service du droit <i>Information technology in the service of law</i> Jean-Louis Blinn Vincente Fortier	46
Pourquoi des systèmes experts juridiques ? <i>Juridical expert systems : why?</i> Danièle Bourcier	47

Famille et société

Introduction Jacques Commaille	49
Droit familial : l'œuvre révolutionnaire <i>Law and family: the work of Revolution</i> Jean Bart	50
La prostitution dans la société médiévale <i>The prostitution in the mediaeval society</i> Leah Otis-Cour	51
Les nouvelles formes de vie familiale <i>The law and new forms of family life</i> Hughes Fulchiron	52
Familles immigrées : pluralité et conflit de normes <i>Immigrant families : multiple standards and conflicts with the law</i> Jacqueline Costa-Lascoux	54
Les femmes et le continent juridique <i>Research on women and feminist research as applied to the law</i> Michèle Bordeaux	55
Divorce et autorité parentale : le rôle de l'expert <i>Legal appraisal in procedures for attribution of parental custody following divorce</i> Irène Théry	57
Formes de justice et famille <i>Forms of justice and the family</i> Jacques Commaille Antoine Gatapon Etienne La Roy	58
Le renouveau des obligations alimentaires familiales <i>Family solidarity and maintenance obligations</i> Evelyne Servenn	60
Que représente le droit pour les 11-18 ans <i>Legal socialisation and formation of early perceptions of the law</i> Chantal Kourilsky	61

Justice et juridiction

Introduction Jean-Pierre Royer	62
La justice dans l'Antiquité <i>Justice and the ancient world</i> Michel Humbert	63
Méthodes et perspectives de l'histoire judiciaire <i>Methods and perspectives of legal history</i> Robert Jacob	64
Les statistiques des juridictions pénales <i>Criminal law statistics</i> Philippe Robert	66
Les outils de la connaissance des contentieux judiciaires civils <i>Methods for handling information on civil legal disputes</i> Evelyne Servenn	67
La justice constitutionnelle <i>Constitutional justice</i> Louis Favoreu	
Justice pénale et droits de l'homme <i>Criminal justice and human rights</i> Mireille Dalmás-Marty	70
De nouveaux lieux pour le règlement des conflits <i>New modes of settling disputes</i> Pierre Lascouxes	71

Philosophie et théorie du droit

Introduction Stamatios Tzitzis	73
De la nécessité d'une onto-axiologie du juste <i>The need for an onto-axiology of justice</i> Jean-Marc Trigeaud	74
Les fondements ontologiques de la théorie juridique <i>The ontological basis of legal theoretics</i> Paul Amselek	75
Orientations actuelles de la philosophie du droit <i>The major themes of current legal philosophy</i> Michel Troper	78
Des fondements aux fondations du droit <i>From the basis to the foundation of law</i> Christian Mias	79
Repenser un droit pour l'époque post-moderne <i>Redesigning a legal system for a post-modern era</i> André-Jean Arnaud	81
Le fondement du droit : une nouvelle approche <i>The foundation of the law : a new approach</i> Georges Kalinowski	83
Le droit de punir <i>The right of punishment</i> Stamatios Tzitzis	84



**Unités rattachées,
en principal et
en secondaire,
à la section n° 37,
Sciences du droit,
du Comité national
de la recherche
scientifique**

**Centre de recherche sur le droit
des marchés et des investissements
(UPR 130)**
Université de Dijon

**Droits de propriété industrielle
et intellectuelle (UPR 169)**
Université de Grenoble II

**Institut de recherches comparatives
sur les institutions et le droit
(UPR 831) - Ivry-sur-Seine**

Institut de droit comparé (URA 166)
Université de Paris II

**Centre de recherche
interdisciplinaire de Vauresson
(URA 412)**

**Institut de recherche juridique
sur l'entreprise et les relations
professionnelles (URA 701)**
Université de Paris X

**Institut de recherches et d'études
pour le traitement de l'informatique
juridique (URA 954)**
Université de Montpellier I

**Centre d'étude d'histoire juridique
(URA 955)**
Archives nationales - Paris

**Centre de philosophie du droit
(URA 956)**
Université de Paris II

**Centre de recherche d'histoire
économique, sociale
et institutionnelle (URA 957)**
Université de Grenoble II

**Centre d'études et de recherches de
science administrative (URA 958)**
Université de Paris II

**Société de législation comparée
(URA 959) Centre français de droit
comparé - Paris**

**Centre de documentation des droits
antiques (URA 961)**
Université de Paris II

**Informatique, droit, linguistique
(URA 962)**
Conseil d'Etat - Paris

**Centre du droit de la famille
(URA 963)**
Université de Lyon III

**Recherches administratives
et financières (URA 964)**
Université de Strasbourg III

**La prévention de la criminalité
en France (URA 965)**
Université d'Aix-Marseille III

**Institut d'histoire des anciens pays
de droit écrit (URA 966)**
Université de Montpellier I

**Centre de recherches en droit
de l'environnement, de l'urbanisme
et en droit économique (URA 967)**
Limoges

**Centre de documentation juridique
de l'Ouest (URA 968)**
Faculté de droit - Rennes

**Centre du droit de l'environnement
(URA 969)**
Strasbourg

**Laboratoire de sociologie juridique
(URA 971)**
Université de Paris II

**Centre Georges Chevrier pour
l'histoire du droit (URA 973)**
Faculté de droit et de science
politique - Dijon

**Equipe de droits étrangers anglo-
américains et africains (URA 974)**
Université de Paris I

**Centre de droit comparé du travail
et de la sécurité sociale (URA 976)**
Université de Bordeaux I

**Centre de recherches et de
documentation des institutions
chrétiennes (URA 1151)**
Université de Strasbourg II

**Droit et changement social
(URA 1154)**
Faculté de droit et de sciences
politiques - Nantes

**Centre de recherches critiques
sur le droit (URA 1155)**
Faculté de droit et sciences
économiques - Saint-Etienne

**Groupe de recherches d'histoire
judiciaire (URA 1241)**
Faculté des sciences juridiques,
politiques et sociales
Villeneuve-d'Ascq

**Centre de recherche sur les pouvoirs
locaux dans la Caraïbe (URA 1258)**
Faculté de droit et d'économie de
Martinique

**Centre de droit et d'économie de la
mer (URA 1264)**
Faculté de droit - Brest

**Centre d'études et de recherches
internationales et communautaires
(URA 1391)**
Faculté de droit et de science
politique - Aix-en-Provence

**Groupe d'études et de recherches
sur la justice constitutionnelle
(URA 1392)**
Faculté de droit et de science
politique - Aix-en-Provence

**Centre d'études internationales
et européennes (URA 1393)**
Université de Strasbourg III

**Institut d'études juridiques ibériques
et ibéro-américaines**
Faculté de droit et des sciences
économiques - Pau

**Centre de recherches européennes
de Rennes**

**Centre d'études et de recherches sur
les sociétés de l'Océan Indien
(GDR 15)**
Université d'Aix-Marseille III

**Etudes internationales et
comparatives
(GDR 42)**
Université d'Aix-Marseille III

**Centre de recherches sociologiques
sur le droit et les institutions pénales
(URA 313)**
Ministère de la justice - Paris

**Centre d'études juridiques et
économiques de l'emploi (URA 921)**
Université de Toulouse I

**Centre d'étude d'Afrique noire
(URA 977)**
Université de Bordeaux I

**Groupement de recherches sur
l'administration locale (GDR 14)**
Université de Paris I

**Relations professionnelles :
négociations et conflits (GDR 41)**
Maison Rhône-Alpes des sciences de
l'homme - Lyon

**Groupe européen de recherche
sur les normativités (GDR 855)**
Ministère de la justice - Paris

Archives nationales (GDR 882)
Paris

Les terrains nouveaux de la recherche juridique

Jean Hilaire

Pour la première fois, *Le Courrier du CNRS* est consacré à la recherche en matière juridique. Ce n'est pas fortuit. Non point que la recherche soit une orientation récente chez les juristes : l'activité des équipes qui vivent dans le cadre du CNRS, ou en dehors, ne fait qu'ajouter depuis quelques décennies à une tradition séculaire, individualiste et toujours aussi largement représentée, dont la fécondité a construit notre doctrine. Mais l'attention est attirée actuellement par l'ampleur de l'effort accompli ; le moment était venu de le montrer, même par quelques indications brèves ou partielles.

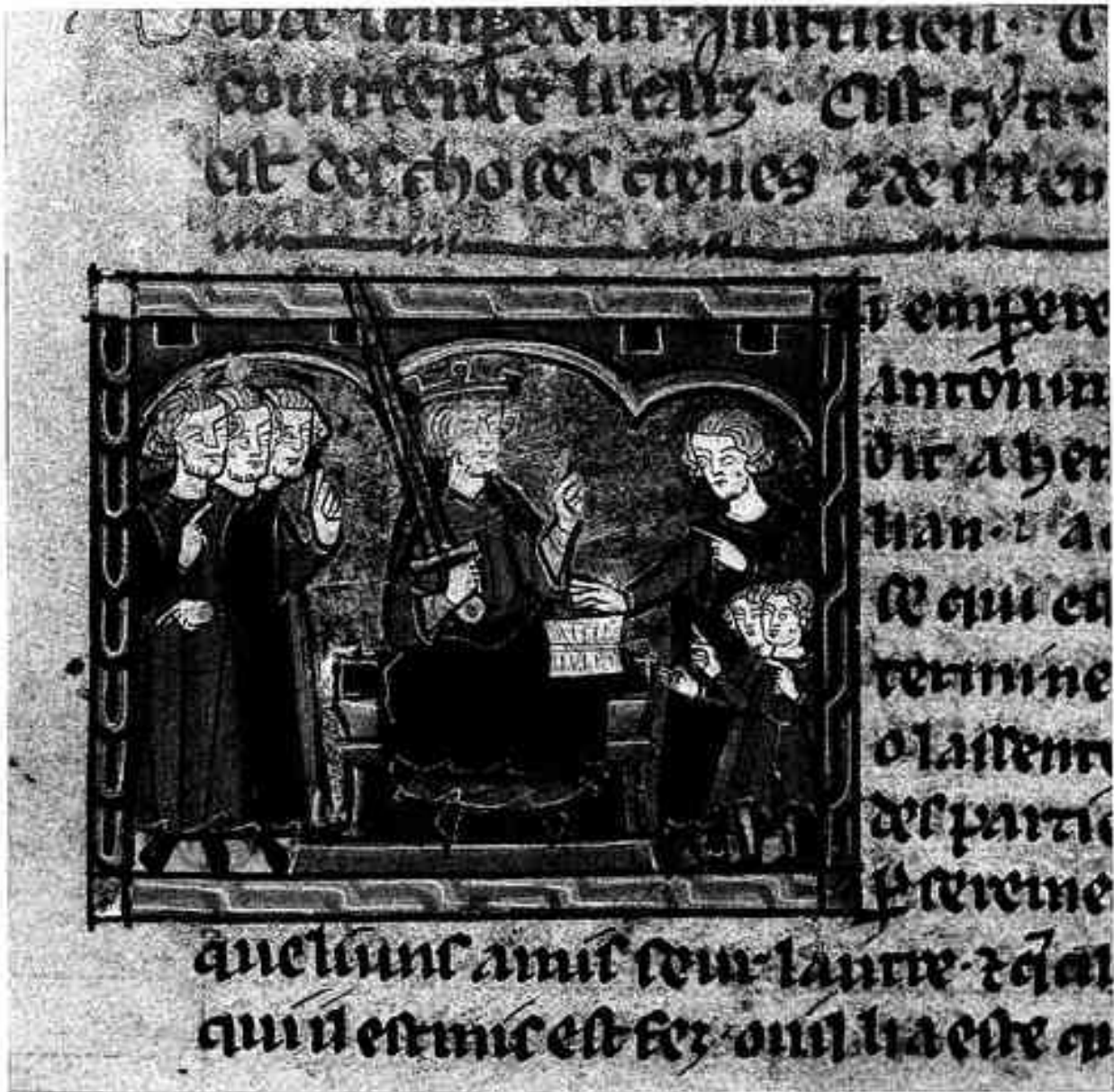
Les profondes modifications de la société, les avancées fulgurantes de technologies multiples et variées, l'extension constante de relations internationales complexes - pour s'en tenir à ce constat simpliste - bouleversent sans cesse l'ordre juridique établi, tout en faisant apparaître plus que jamais l'encadrement par le droit comme une impérieuse nécessité. Pour répondre à ces sollicitations fusant de toutes parts, les juristes ne peuvent plus s'enfermer dans le positivisme qui parfois borna leurs regards aux seuls termes des textes législatifs ; ils ne sauraient davantage être cantonnés dans le rôle de simples spécialistes de la mise en forme normative au service de la technocratie. Un rôle de conseil - une aide à la décision - les entraîne à intervenir au fond, très souvent d'ailleurs en mesurant les enjeux derrière les différentes réponses possibles à une même question. Or les réponses que l'on attend d'eux n'atteignent l'indispensable pertinence que si

elles sont fondées sur une connaissance profonde et complète des faits juridiques dans leur ensemble comme de tout le substrat sur lequel ces faits reposent : une connaissance assurée par une rigoureuse méthode d'investigation et d'analyse ; une connaissance qui puise également dans le passé, tant le présent en est tributaire, et que la comparaison avec d'autres systèmes juridiques vient compléter. Face à l'ampleur de cette tâche, la forme collective de la recherche atteint sa pleine efficacité dès lors qu'elle facilite les collaborations et rapproche les disciplines sans submerger les individualités : de ce point de vue, l'évolution actuelle demeure sa meilleure justification car la pression des faits a bouleversé bien des équilibres.

Le lecteur, en effet, ne retrouvera pas ici l'ordre que la tradition a conservé dans la délimitation des différents secteurs juridiques - bien au-delà de la vieille distinction entre droit public et droit privé - mais découvrira comment la recherche, qui se porte nécessairement aux points névralgiques, a ouvert d'autres perspectives : si, par exemple, l'intérêt porté à d'autres aires culturelles s'est imposé par la nature et l'acuité de relations nouvelles entre les États ou les populations, il est également visible que le droit international n'est pas abordé en tant que tel mais très fréquemment à des titres divers ; il en est de même du droit comparé comme de l'histoire. Cela explique encore que des domaines qui sont toujours, pour le public, hautement symboliques de la vie du droit paraissent bien faiblement représentés dans les six chapitres ci-dessous : le droit pénal, pour s'en tenir à cet exemple, n'est nul-

lement délaissé ni l'objet d'un quelconque parti pris dans ce dossier : seul a été contraint à des choix difficiles et à réduit d'autant l'espace accordé à chaque matière, le souci de mettre aussi en lumière - sans prétendre pour autant à l'exhaustivité - les apports de recherches nouvelles et souvent insoupçonnées au-delà du cercle des juristes. En revanche, la variété des thèmes retenus doit montrer que des terrains inconnus s'ouvrent constamment aux défricheurs et que la recherche s'y est véritablement redéployée, surtout depuis une vingtaine d'années. Dès lors, aux travaux qui aident à la construction de corps de règles constituant autant de nouveaux droits (de la mer, de l'espace et des grands fonds marins, du nucléaire, de l'informatique etc.) répondent ceux consacrés aux problèmes actuels posés par la famille (notamment dans toutes leurs implications pour les populations immigrées), par les relations dans l'entreprise ou par la connaissance de l'activité juridictionnelle.

Cependant, à l'arrière-plan de ces différentes contributions, le lecteur percevra très souvent une série d'interrogations fondamentales - des inquiétudes quasiment métaphysiques - qui dépassent largement la manière de concevoir les recherches et portent sur la nature même et les fins du droit. Déjà, d'un point de vue général, l'orientation actuelle conduit à définir objet et méthodes en dehors, voire à l'encontre des stéréotypes. A cela s'ajoute, plus particulièrement, la remise en cause de la tradition légaliste du système français (tradition conférant à la loi dans le processus de création du droit une primauté



Adultes et enfants devant le juge (roi). L'imitation du geste d'un supérieur (index pointé vertical), par des inférieurs, signifie l'acceptation de la sentence.
Code de Justinien en français, début du XIV^e siècle. Orléans, Bibliothèque municipale, ms.392, folio 30 v.
(Cliché F. Garnier).

de principe et presque exclusive des autres sources): l'expansion croissante du droit par la production législative à la fois envahissante et de médiocre qualité, sans compter parallèlement les fréquents effets pervers, suscite en retour des usages, des pratiques, des comportements qui introduisent des pesanteurs considérables aussi bien dans l'interprétation que dans l'évolution du système. Or, la cohérence de cette législation est souvent sapée par l'incertitude de plus en plus grande quant aux valeurs qui

étaient supposées la fonder. Là se situent les difficultés majeures: entre l'observation des phénomènes juridiques et la contribution à l'élaboration d'une doctrine par la recherche de notions et de principes destinés à répondre à des besoins inédits. La réflexion se porte alors inévitablement vers les repères éthiques ou philosophiques susceptibles d'être retenus comme sur les caillots et les mécanismes de la pensée proprement juridique. Tandis que l'histoire, en explorant le passé du système,

tient dans la discipline un rôle analogue à celui de la génétique, la philosophie est elle-même très sollicitée. Le dernier chapitre souligne toute l'importance de ce mouvement, en insistant spécialement sur les travaux concernant la théorie du droit.

Jean Hilaire professeur à l'université Paris II, président de la section Sciences du droit du Comité national de la recherche scientifique.

LE DROIT DANS UN MONDE PLURICULTUREL

L'étude du droit des sociétés appartenant à notre proche univers civilisationnel, en Europe ou en Amérique, est aujourd'hui le plus souvent marquée du signe de l'utilité pratique. Il s'agit d'apprendre à maîtriser concrètement l'outil juridique qui donne accès aux actions et échanges quotidiens, ou tout au plus de préparer par des synthèses comparatistes l'horizon juridique européen dans une perspective instrumentale.

Par contre, pour les sociétés qui nous paraissent plus « différentes », l'analyse des systèmes et des pensées juridiques reste un enjeu de connaissance plus vaste. Le droit est un moyen privilégié de saisir ces sociétés et leurs civilisations ; il est souvent une clé essentielle de leur logique interne et de leur système de valeurs, un condensé de leur culture. En retour, cette vision du droit mobilise une approche globale du phénomène juridique, et un nécessaire croisement des disciplines. Car si on ne peut comprendre les autres sociétés en ignorant leur droit, on ne peut guère plus analyser ce

droit en ignorant son contexte. Un apport du CNRS dans les sciences sociales a justement été de favoriser les études transversales sur les aires culturelles, qui puissent rendre compte à la fois de la complexité et du long terme des cultures étudiées.

Plusieurs exemples de systèmes juridiques faisant l'objet de recherches au CNRS sont ici présentés, très divers, puisqu'on y trouve aussi bien le Japon et les pays socialistes que l'Afrique Noire et le monde arabe. Au-delà des caractères juridiques propres à chaque société – et de ce qui à nos yeux fait figure de normes exotiques –, on y lit aussi ce que le débat juridique offre aujourd'hui de commun dans le monde, à savoir une forte perception des enjeux culturels du droit, et une même dialectique entre la tentation identitaire du discours juridique et la quête de standards universels. Les revendications généralisées en matière de droits de l'homme sont bien sûr une des expressions les plus puissantes de cette nouvelle culture juridique mondiale née de la conscience d'appartenir à une

même communauté humaine. La récente évolution des systèmes juridiques socialistes le montre avec éclat.

Mais l'universalisation, quand elle a été par trop synonyme d'occidentalisation, peut aussi générer des réactions d'identité juridique, comme dans les pays arabomusulmans. Sans verser dans le culte des spécificités, l'observateur apprend à être relativiste en constatant finalement combien chaque société – y compris la sienne – a besoin de réinventer sans cesse à son usage ce rapport du particulier à l'universel, dans un champ juridique qui fixe les grandes règles explicites du jeu social. C'est peut-être un des secrets de l'insertion réussie dans l'espace international de pays tels le Japon, que d'avoir su montrer que l'accès à l'universel ne passait pas forcément par l'uniformité. Il s'inscrit plutôt dans une dynamique complexe des croisements culturels, dont le droit est dans sa forme et son contenu un des principaux lieux.

Jean-Robert Henry
Directeur de recherche au CNRS

De l'histoire du droit à l'histoire des hommes

Co n'est pas un être abstrait, mais un homme enraciné dans des lieux – bioécologiques, sociaux, culturels – que font apparaître la recherche de l'expression du droit dans toute société et la comparaison des cultures juridiques de l'humanité.

— Raymond Verdier

Les sciences anthropologiques au CNRS ne comportent pas actuellement un niveau ou domaine privilégié d'étude de la société consacré au phénomène juridique, alors qu'il existe une anthropologie de la parenté, de la religion, du pouvoir ou de l'économie : ne figurant pas parmi les disciplines spécialisées de l'anthropologie, l'ethnologie et l'anthropologie juridique relèvent des Sciences du droit, elles se trouvent

côte à côte avec l'histoire, la sociologie, la philosophie du droit face à la dogmatique juridique : compagnonnage certes stimulant et justifié par la seule évocation d'ancêtres prestigieux plus ou moins lointains, éminents juristes, comme Montesquieu ou Maine : mais, en même temps, situation préoccupante du fait de sa séparation de l'anthropologie politique et religieuse – comme si le droit pouvait être pensé indépendamment de la religion et du pouvoir – et par suite de l'impasse que font la plupart des anthropologues français de la di-

mension juridique de la vie sociale, comme si les sociétés pouvaient fonctionner sans un minimum de droit. Il faut sans doute attribuer cette méconnaissance du droit par les anthropologues pour une part à l'aversion et au rejet que son enseignement « pris entre la théologie et le journalisme » suscita dans le passé chez bon nombre d'entre eux, à la suite de C. Lévi-Strauss, et, pour une autre part, à une conception marxiste simpliste selon laquelle, le droit étant lié à l'Etat, les sociétés sans Etat auraient été des sociétés sans droit.

Tourignons nous d'abord vers deux devanciers, précurseurs ou fondateurs, sur le chemin qui va de l'histoire du droit à l'ethnologie juridique, pour aller ensuite de cette dernière à l'anthropologie du droit.

La nature des choses et la relativité du droit

L'histoire du passé et l'ethnologie des sociétés dites primitives ont en commun de nous éloigner de notre propre société et culture : dépaysement d'un côté, dé-



Venger l'injure mortelle est un devoir sacré dans les sociétés lignagères. Un groupe de justiciers Massa du Nord-Cameroun part en expédition au son de la corne et du tambour. (Cliché : I. de Garine).

contrement de l'autre, par rapport à nos manières de penser et nos mœurs, qui doivent ainsi nous prémunir contre les préjugés tenaces de l'ethno-occidentalo-européo-centrisme. La nostalgie du paradis perdu a pu égarer les uns, l'illusion du progrès aveugler les autres. Ce ne fut pas le cas de Montesquieu, que ses pérégrinations philosophiques amenèrent à emprunter à la fois à l'histoire et à la géographie et à souligner «l'infinie diversité» des lois et des mœurs dans le temps et l'espace : il sut ainsi collecter en son temps un matériau très riche et diversifié et donner, à partir de récits d'historiens, d'explorateurs, de missionnaires et de ses propres enquêtes, à la méthode comparative une ampleur jusque-là inégalée, sans pour autant confondre les «peuples sans histoire» et l'homme de la préhistoire.

Comment se fait-il que les «lois politiques et civiles» soient diverses et changeantes selon les peuples et les époques, alors que l'homme, appelé à vivre en société, est toujours et partout le même ? Telle était la question à laquelle l'auteur de *l'Esprit des Lois* tenta de répondre. Sans renoncer à l'idée d'un *droit naturel*, antérieur au droit positif et identique chez tous les hommes, notre juriste philosophe, moraliste et politiste mit en avant celle de *nature des choses* : il s'attacha à montrer en quoi «les lois sont propres au peuple pour lequel elles sont faites» et quelles sont les différentes causes, d'ordre politique, physique et historique, qui font qu'elles sont ce qu'elles sont. Les législations se forment et se transforment, non selon la fantaisie des hommes, mais en fonction de facteurs à la fois physiques et moraux : ainsi le relativisme de Montesquieu est pondéré du fait de la cohérence réciproque des institutions.

La confrontation Orient-Occident

Au siècle suivant, genèse et évolution des sociétés sont au centre des préoccupations des chercheurs en sciences naturelles et en sciences sociales. Élargissant le champ comparatif au domaine hindou, Maine, en confrontant différents droits archaïques, s'attacha à retracer leur formation à partir de leurs sources et à étudier les conditions et facteurs de leur développement. Dans les temps les plus reculés, droit et religion sont étroitement solidaires : le jugement des rois relève de l'inspiration des dieux et la coutume est entre les mains d'une aristocratie religieuse ; il fallut attendre l'apparition de la loi et de la démocratie pour que le droit puisse s'émanciper de la religion en Occident. En Inde, par contre, le droit demeura toujours assujéti à la caste sacerdotale des brahmi-

nes, ce qui l'empêcha d'évoluer, à la différence de l'Occident. Ainsi Maine établit une distinction entre sociétés stationnaires et sociétés progressives, ces dernières étant caractérisées par un mouvement du «statut» au contrat, au fur et à mesure que l'individu se libéra des liens collectifs et affirma son autonomie.

Ce développement progressif et continu du droit se traduit d'un côté par d'importants changements, de l'autre par des phénomènes de résistance ; à propos de ces derniers, l'ethnologie juridique allait prendre pleine conscience d'elle-même et s'affirmer comme discipline propre.

Le choc culturel

Notre droit moderne occidental s'était développé de la fin du Moyen Âge au Code Napoléon de 1804 selon un double mouvement d'étatisation d'abord, de sécularisation ensuite.

D'un côté, il se créa un droit légal de la nation et du citoyen ; distinct des droits des ethnies et corps sociaux, ce droit forgea ses propres outils conceptuels, sa technique juridique et judiciaire : les concepts de sujet de droit, de contrat, de propriété, de mariage furent le reflet d'une idéologie politique libérale et individualiste ; la loi devint l'expression privilégiée du droit ; la justice, le monopole de l'État ; le juge, l'apporteur de la loi ; la peine, le châtiment du coupable... D'un autre côté, on assista à la sécularisation du droit, qui ignora la religion dans des domaines traditionnellement soumis à son empire : ainsi le mariage, par application du principe de la laïcité, perdit sa nature de sacrement.

Ce droit étatique, unitaire et abstrait, suscita la résistance du droit paysan «droit populaire vivant» qui, face au «droit officiel» légal, venu d'en haut, risquait de devenir un droit résiduel et marginal, en l'absence de réactions des intéressés pour protéger leurs droits collectifs ignorés du code civil ; folkloristes et historiens des institutions, qui s'intéressaient aux phénomènes de survivance et de résurgence des usages anciens, firent «des résistances du peuple aux lois» un objet privilégié d'étude ; telle

Ethnology and anthropology of law - To seek out the ways in which the law is expressed in any human society, whether close to us or far, and to compare the different judicial cultures of past and present humanity, these are the two final and complementary aims of social and cultural anthropology of the law, studying homo juridicus, here or elsewhere, in the past or in the future.

cette «lutte pour le droit» menée par les montagnards catalans du Capcir, qui, pour préserver leur «espace vivrier» contre les prétentions de l'État, surent se retrancher derrière une règle juridique, plus ou moins obscure, d'un vieux Coutumier de Barcelone du XII^e siècle.

Une coexistence conflictuelle

Dans le contexte colonial, il y eut coexistence violente des droits du colonisateur et du colonisé : la suprématie du droit de la puissance coloniale reflétant la supériorité de la civilisation occidentale, le «statut personnel» du colonisé fut respecté à condition de ne pas être contraire à l'ordre public colonial ; son droit devint «traditionnel» et «coutumier» ; placée sous la surveillance du juge-administrateur, la coutume fut mise en position de résistance, face à la pénétration du droit moderne étranger, jugé seul apte à civiliser l'autochtone, à le sortir du sous-développement et à le faire progresser dans la voie de la modernité.

La résistance coutumière et la persistance des institutions traditionnelles suscitèrent alors une plus grande attention de la part des administrateurs : on étudia les coutumes, on en vint parfois à les rédiger ; l'ethnologie fut mise à contribution : il fallut bien reconnaître l'insuffisance et l'inéquation de nos notions et catégories juridiques ; liées au système d'idées et de valeurs de notre modernité, elles ne pouvaient être transplantées dans d'autres sociétés sans examen critique et adaptation. La modernité juridique occidentale heurta directement les mentalités traditionnelles des peuples colonisés, en particulier ceux d'Afrique Noire. En effet, l'individu n'était pas là pensé isolément mais dans son appartenance à divers corps sociaux : la famille, au-delà du noyau parental, s'étendait à tous les parents du lignage paternel ou maternel ; le mariage était à la fois l'union de deux personnes, l'alliance, plus ou moins longuement tissée par l'échéance de paroles, de dons et de prestations réciproques, de leurs familles respectives. La terre y était le bien de la communauté familiale et le patrimoine domestique comprenait non seulement des biens matériels mais aussi spirituels : culte des morts et des génies, religion de la terre et des ancêtres... Ainsi croyances et coutumes s'opposèrent radicalement à une conception subjective et matérielle du droit, pensé comme un pouvoir, séparé de devoirs corrélatifs, et comme une aire d'autonomie d'un sujet, affranchi des liens l'unissant à ses parents proches d'ici-bas et d'au-delà.

Au temps colonial, les deux droits du-

rent cohabiter dans la mesure où le droit dominant ne s'appliqua qu'à une minorité «civilisée» et où le droit dominé, qui était le plus communément partagé, résista à la pression coloniale ; aujourd'hui encore, après trois décennies d'indépendance, des domaines importants de la vie sociale et juridique restent sous l'empire des communautés et religions traditionnelles et font obstacle à l'application de législations qui sont plus filles de la volonté et de la raison occidentales que des mœurs et de la sagesse africaines.

Dans l'Etat moderne, le nomadisme est perçu comme une déviance et les nomades, comme des vagabonds condamnés à l'errance sous le poids de quelque malédiction antique, qui en ferait à la fois «un peuple hors l'histoire et dans l'histoire» ; par suite de la politique de sédentarisation mise en place pour les intégrer, les Tsiganes sont devenus «des gens sans domicile fixe», marginalisés sur des «aires de stationnement» avec des conditions de vie de plus en plus dégradées. La résistance de ce peuple à un mode de vie «normalisé» prend aujourd'hui d'autant plus de relief qu'il entend prendre lui-même en charge son développement et son destin.

Différence culturelle et droits non-étatiques

La rationalité juridique moderne est contestée à un double titre. D'une part, le droit, système normatif parmi d'autres, appartient à l'ensemble normatif d'une culture donnée ; il participe de ce fait à la «dynamique» et à la «mobilité historique des frontières internormatives». Si les liens du droit avec le pouvoir et la religion sont fonction des processus d'étatisation et de sécularisation, le droit ne se coupe pas pour autant de ses rapports au sacré : l'Etat late a sa transcendance, sa loi a une puissance supérieure à l'homme, qui n'a pas le droit de l'ignorer, et sa justice préserve mise en scène et rituels plus ou moins solennels : phénomène humain et historique, le droit instaure ainsi son lieu propre de médiation entre l'homme et le divin.

D'autre part, le droit étatique ne peut plus prétendre être le seul mode de régulation juridique : il est l'une des composantes de la normativité juridique globale qui comprend d'autres droits, en deçà et au-delà de l'Etat : droit de groupements particuliers d'une part, droits international et transnational d'autre part.

Homme, humanité et droit

L'ethnojuriste d'hier chemina, en compagnie de l'historien des institu-



«Gens sans domicile fixe», les nomades sont des marginaux face au monde «normal» de la vie sédentaire. (© Cliché C. Le Gal/Fotogram Stone).

tions, au seuil du droit ; il s'agissait des droits d'avant l'Etat ou pré-étatiques. Le juriste-anthropologue d'aujourd'hui est confronté d'un côté aux droits infra-étatiques, de l'autre aux droits supra-étatiques ; là, il s'agit essentiellement des droits des groupes immigrés et des minorités ethniques luttant pour préserver leur identité ; ici, c'est une «Europe aux multiples visages», en but à la résistance des systèmes juridiques nationaux, un peuple luttant pour des frontières qui le rassemblent ou contre une frontière qui le divise, une humanité enfin à la conquête de son universalité.

Dans ces droits en résistance et en lutte, les notions de peuple et de culture prennent toute leur valeur et signification : le sujet de droit dont il est alors question n'est plus l'homme abstrait, l'individu-citoyen de l'Etat-nation, fondé sur une volonté générale, une et indivisible, mais l'homme concret inscrit

dans des lieux bioécologiques, sociaux et culturels : lieu bioécologique qui le constitue dans son enracinement temporel (sang) et spatial (sol) ; lieu social qui l'institue au plan domestique, professionnel et civil ; lieu culturel, qui lui donne sa langue, ses manières de penser et de vivre.

Repérer la juridicité de toute société humaine, proche ou lointaine, et comparer les différentes cultures juridiques de l'humanité passée et présente sont les deux finalités majeures complémentaires d'une anthropologie sociale et culturelle du droit en quête de l'*homo juridicus* d'ici et d'ailleurs, d'hier et de demain...

Raymond Verdès, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre Droit et Culture, Université Paris X-Nanterre, 200, avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex.

Le droit dans l'aire africaine

L'Afrique voit s'opposer les pratiques populaires nées du droit précolonial et les droits modernes venus d'Europe. Cette opposition est-elle définitive ?

□ Jean-Pierre Magnant

L'analyse des droits africains tend à opposer deux univers juridiques différents : d'un côté, les règles écrites édictées par les gouvernements modernes, de l'autre, des coutumes non écrites et pratiques sociales remontant à la nuit des temps. En réalité, le clivage est moins tranché et définitif qu'il n'y paraît.

Les influences extra-africaines

Le milieu a toujours influé sur les règles de vie sociale et sur les institutions chargées de les mettre en œuvre ou de les faire appliquer par les membres du groupe. Certaines de ces règles ou institutions sont très anciennes en Afrique et sont l'expression juridique de vieilles civilisations agraires et pastorales. Mais la domination blanche les a dévalorisées, présentées comme « primitives », « sauvages », « contraires à l'ordre et à la moralité publiques ». La colonisation, qu'elle soit européenne ou arabo-musulmane, a donc imposé des corps de lois « civilisées » aux Africains, des Berbères aux Bushmen, pour les faire sortir de leur prétendue « barbarie ». Les élites africaines, formées par les envahisseurs, adoptèrent leur point de vue, tant au moment de la colonisation qu'après l'indépendance qui les mena au pouvoir.

Dès lors s'opposèrent puis s'interpénétrèrent deux ensembles de règles : le premier, hérité de l'histoire pré-islamique et pré-coloniale, rassemble les droits traditionnels, le second, imposé par les conquérants ou importé par les actuels gouvernants, rassemble les règles calquées sur les modèles extra-afri-

cains. Mais ces deux ensembles ne sont pas figés : leurs contacts les amènent à se modifier l'un l'autre, soit que le droit importé s'inspire des traditions pour mieux être accepté, soit qu'il les contamine de nouvelles techniques, soit enfin qu'il les combatte et les contraigne à la clandestinité. Il en résulte des pratiques sociales qui sont beaucoup plus révélatrices de l'état du droit en Afrique que ne le sont les codes, lois et règlements publiés par les journaux officiels. S'il n'étudie pas les uns autant que les autres en les replaçant tous dans leur contexte politique, économique, social et culturel, le chercheur n'aura qu'une vision partielle et erronée du droit africain.

Des droits traditionnels inadaptés ?

A priori, les droits traditionnels et les droits importés sont incompatibles, car ils correspondent à des civilisations extrêmement différentes. Transmis autant par la tradition orale que par le vécu quotidien, les premiers sont marqués à l'origine par leur caractère local et par le fait que leurs règles et les sanctions qui en découlent sont connues et acceptées comme justes par les justiciables.

Les juristes de formation européenne eurent beau jeu de critiquer l'inadaptation des droits traditionnels aux réalités économiques et sociales du monde moderne, et de stigmatiser les menaces que faisait peser sur l'unité nationale la coexistence de coutumes différentes au sein d'un même Etat, l'absence de certitude que pouvait avoir le justiciable face à un droit rendu mouvant par son oralité, sans compter les risques que pouvaient faire courir à « l'ordre et à la moralité publiques » des pratiques anciennes révoltantes pour des mentalités façonnées par le christianisme ou l'islam. C'était ne pas voir que ces droits anciens, dans le nouveau contexte né de l'ouverture des civilisations agraires et pastorales au monde extra-africain, se transformaient insensiblement. Alors que l'individu devenait de plus en plus indépendant du groupe de parenté, de résidence ou d'initiation auquel il était intégré, ses droits s'affirmèrent et son statut se modifia, comme on peut le constater pour la classe des hommes de vingt à quarante ans ou pour les femmes. Dans le cadre de l'unification du marché national ou des plans de développement, ainsi que sous l'influence des civilisations extra-africaines avec lesquelles les anciennes civilisations se trouvèrent en contact, le droit de la terre évolua, la famille se restreignit, les droits traditionnels tendirent insensiblement à s'uniformiser.

Le droit imposé par l'Etat

Pourtant, au nom de la modernité et des morales étrangères, mais aussi de l'efficacité économique, de l'ordre et de



Foumban, fête de la jeunesse : le roi, le préfet et les autorités attendent le défilé (Cameroun). Dans la tribune sont réunis côte à côte les représentants d'ordres juridiques concurrents et complémentaires. (© Cliché G. Tourdjman/APA).

Law in the African continent - The existing law, comprising a set of rules by which African societies can function, results from a blending of ancient laws and those imposed by Europeans and Moslems over the last century. Although the ancient laws were supplanted by modern laws, there is now developing a situation where the two coexist, through processes of adaptation and intermingling.

Le droit dans les pays arabes

Le droit fait l'objet d'une réflexion doctrinale intense dans les pays arabes, preuve qu'il est désormais perçu comme la pointe dure du discours social, et plus seulement comme l'instrument neutre d'un projet de modernisation conduit par l'Etat.

Jean-Robert Henry

L'unité nationale, les gouvernements africains mirent sur pied les éléments d'un droit écrit souvent d'inspiration occidentale, plus rarement d'inspiration islamique. Les aspects constitutionnel, fiscal, administratif, pénal du nouveau dispositif étaient la plupart du temps hérités directement de l'ancien droit colonial. Dans l'ensemble, ils n'eurent de prise sur la société civile que dans la mesure où ils furent imposés par la force, après qu'eurent volé en éclats les règles constitutionnelles, en particulier en matière de protection des droits de l'homme. Cette force reposait sur la puissance de l'appareil policier et sur l'unification de l'appareil judiciaire domestiqué par l'Exécutif. Seuls, quelques Etats maintinrent l'existence de certaines autorités judiciaires coutumières, mais en limitant leurs compétences.

Les tentatives gouvernementales qui eurent lieu pour légiférer en matière civile (droit de la famille, droit social...) connurent un réel fiasco : les pratiques, en matière matrimoniale par exemple, se maintinrent en secret quand elles étaient interdites par la loi. Ce rejet du droit civil étatique par la société amena certains dirigeants africains à prôner un «retour» ou un «recours» à l'«authenticité africaine», aux traditions anciennes.

On envisagea alors de reprendre l'œuvre inachevée et très contestée de rédaction des coutumes en vue d'en rendre les dispositions certaines et publiques. Le but ultime devait être une unification des coutumes au sein d'un code qui les intégrerait à des dispositions issues des codes européens. Aucune de ces tentatives n'a abouti jusqu'à nos jours. Par contre, on connaît les crises sociales qui éclatèrent quand les dirigeants décidèrent le retour à la loi coranique, en particulier au Soudan.

A la croisée des chemins ?

Trente ans après les indépendances, on constate que les droits traditionnels ne sont pas morts et que les droits importés s'implantent petit à petit ; au prix de mélanges entre eux, les premiers s'acculturent et les seconds s'adaptent. Mais certaines pratiques condamnées par l'Etat et toujours en vigueur dans la société civile sont devenues secrètes : elles sont, de nos jours, mises en œuvre par les institutions occultes anciennes ou récentes, tant à la ville qu'à la campagne. De même, lorsque la justice qu'il rend n'est pas acceptée, le tribunal est concurrencé par les formes arbitrales ou négociées de règlement des conflits.

Jean-Pierre Magnat, maître de conférences à l'Institut d'études politiques de l'Université Bordeaux I, Centre d'études d'Afrique noire, BP 101, 33015 Talence Cedex.

L'espace arabo-musulman constitue une aire culturelle très proche de nous dans l'espace mais relativement distante dans la représentation que les Européens se font du monde et d'eux-mêmes. Le monde arabo-musulman est depuis des siècles pour l'Europe - et particulièrement pour la France - la société «différente» par excellence, une altérité familière et radicale, attirante et répulsive, dont le caractère paradoxal pèse sur la formulation du discours scientifique dans tous les domaines.

Pendant la période coloniale, c'est-à-dire notamment à partir de la conquête de l'Algérie, le droit a été un objet de recherche privilégié des chercheurs français et européens travaillant sur l'Orient. Il était perçu comme une des principales clés de l'autre société, comme la quintessence de la Cité musulmane, le lieu type de la confusion du civil, du politique et du religieux, si opposée, de prime abord, à notre propre vision du monde. La connaissance, la transformation et la maîtrise de ce droit étaient un enjeu de gouvernement majeur, ce dont témoigne l'ampleur dans toutes les ré-

gions arabes soumises à l'Europe du processus de modernisation juridique, c'est-à-dire l'investissement matériel et formel des systèmes normatifs traditionnels et notamment du droit musulman par la logique du droit moderne.

Dès cette époque toutefois, à compter de l'entre-deux-guerres, les bases d'une sociologie juridique plus contractée ont été jetées, prenant en charge la diversité des sociétés musulmanes dans l'espace et dans le temps : diversité de leurs modes de réception du modèle juridique musulman puis du droit moderne, et aptitudes variables à gérer les conflits de cultures juridiques.

La codification modernisatrice

Mais l'accession à l'indépendance des pays arabes, au Proche-Orient puis au Maghreb, a fait revenir à une vision plus uniforme du phénomène juridique. Pendant plusieurs décennies, la recherche sur le droit des pays de cette région, qu'elle soit menée au nord ou au sud de la Méditerranée, a été axée surtout sur le processus étatique de création du droit et sur l'homogénéisation des espaces juridiques nationaux à partir de l'Etat. L'Etat codificateur achevait



Umm al-Qaiwain : l'émir reçoit régulièrement les bédouins dans son palais et règle les différends qui les opposent (Emirats Arabes Unis). (© Cliché G. Kutschera).

d'une certaine façon le processus de modernisation juridique engagé sous la colonisation : si l'acteur changeait, l'œuvre elle-même se trouvait maintenant légitimée par le label de la souveraineté nationale. Le seul problème était celui des rapports entre les systèmes juridiques nationaux et le désir plus ou moins fortement affirmé par les Etats arabes de constituer un espace juridique commun en harmonisant leurs législations. Mais cette harmonisation se pensait toujours dans le registre de la modernisation, et était en partie facilitée par l'influence qu'exerçait dans le monde arabe le modèle juridique français, directement à travers la colonisation, ou par le travail codificateur des juristes égyptiens formés à la française.

Le vécu juridique des usagers

Aujourd'hui, la constitution de systèmes juridiques homogènes, nationaux ou régionaux, est remise en cause par la crise de légitimité de l'Etat moderne et les effets culturels contradictoires de la dynamique de mondialisation. La codification modernisatrice est devenue, pour ses détracteurs les plus critiques, trahison de l'histoire et de la personnalité des sociétés arabo-musulmanes et véhicule d'une extraversion culturelle pernicieuse. Le retour à un fondamentalisme juridique musulman est alors posé par eux comme une défense et illustration de la société civile contre l'Etat moderne.

Mais qu'elle soit radicale ou modérée, identitaire ou universaliste, la critique de l'absolutisme juridique de l'Etat moderne porte la recherche dans de nouvelles directions.

En premier lieu, elle invite à reculer l'horizon d'une homogénéisation rapide des systèmes juridiques, et à constater au contraire la persistance du caractère composite du champ juridique dans le monde arabe. Il ne s'agit pas là seulement de la cohabitation plus ou moins tendue sous l'égide de l'Etat de cultures

Law in the Arab countries - The gaining of independence by the Arab countries has orientated legal research towards the processes of law creation and the homogenisation of national legal structures based on the state. Criticism of this modernising codification has highlighted the composite nature of the legal system in the Arab world. The crisis has also led to a re-evaluation of the political and cultural importance of the law, which is now seen as the main theme of social discussion.



Koweït : bureau de vote pour les élections législatives de 1985. (© Cliché C. Kutschera).

et ordres juridiques différents, traditionnels et modernes, régionaux et nationaux, religieux et civilistes. Le champ juridique se révèle aussi composite par la réappropriation que font les usagers du pluralisme juridique, officiel ou de fait, dans lequel ils évoluent, et par la dialectique entre cette réappropriation et la normativité étatique. Le «bricolage» juridique des acteurs, leur capacité à croiser dans leur intérêt des ordres juridiques différents et à broder ainsi l'ordre juridique étatique, va bien au-delà de ce que la jurisprudence donne à observer et touche la plus grande partie des pratiques sociales. Cet apport du vécu juridique des usagers dans l'élaboration du tissu social normatif est de plus en plus reconnu par les Etats eux-mêmes, amenés à s'en accommoder ; pour le chercheur, il ne peut être saisi dans sa richesse qu'en recourant aux méthodes les plus fines de la sociologie juridique, c'est-à-dire en sortant résolument du positivisme normatif.

Un enjeu de société majeur

La crise des systèmes juridiques arabes amène d'autre part à remesurer dans toutes ses dimensions l'enjeu politique et culturel du droit. La revendication de réislamisation du droit dans les pays arabes et les expériences, comme au Soudan, de reconquête de l'ordre juridique par le droit musulman en matière de statut personnel, de droit pénal et d'économie ont popularisé cette question au point d'aveugler parfois le débat scientifique. Or pour importante qu'elle soit, cette revendication n'est pas la seule forme de renouveau du discours sur le droit dans l'espace arabo-musulman : il y a aussi une forte pression «civiliste» qui se traduit notamment par l'exigence d'un

standard international en matière de droits de l'homme ; d'autre part la demande des islamistes est elle-même très ambivalente, la critique du droit moderne touchant plus la finalité culturelle du droit, c'est-à-dire le service des valeurs de la modernité, que les instruments actuels de la normativité, et d'abord le contrôle de l'appareil juridique de l'Etat. La réflexion doctrinale intense, émanant des juristes comme des non-juristes, qui se développe actuellement dans l'ensemble des pays arabes, au Maghreb comme au Machreq, ainsi que dans les communautés émigrées en Occident à propos du droit, témoigne bien que celui-ci est désormais perçu aujourd'hui dans cette région du monde comme un enjeu de société majeur, comme la pointe dure du discours social, et non plus seulement comme l'instrument relativement neutre d'un projet de développement conduit par l'Etat.

L'étude de ce phénomène et de ses effets sur les systèmes juridiques arabes est rendue elle-même malaisée par cette nouvelle et forte sensibilité culturelle du terrain juridique, et par le caractère iconoclaste de tout ce qui touche au droit religieux dans les pays concernés. C'est pourquoi, plus que jamais, la réflexion produite sur ce sujet de ce côté-ci de la Méditerranée — y compris ce qu'on a appelé parfois la «science européenne du droit musulman» — tient son rôle dans le jeu de miroirs que se renvoient depuis des siècles le monde arabe et l'Europe.

— Jean-Robert Henry, directeur de recherche au CNRS, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman (UMR 107 CNRS), 3, avenue Pasteur, 13100 Aix-en-Provence.

Le droit japonais

Le conservatisme juridique des japonais tient peut-être moins à des facteurs culturels objectivés comme "traditions nationales" qu'à une politique délibérée d'occultation des conflits de la part des autorités en place.

Eric Seizelet

Le droit japonais actuel est le fruit de deux expériences historiques contradictoires : celle de l'absolutisme impérial d'une part, et de l'avènement du système démocratique d'autre part. Il est donc moins le résultat d'une évolution sociale que le produit de deux traumatismes historiques : le choc de l'Occident et de l'ouverture d'un côté, de la défaite et de l'occupation étrangère de l'autre.

Entre tradition et modernité

Lorsque, après avoir abattu le régime féodal du *Bakufu*, les nouveaux dirigeants du pays entreprirent de moderniser de fond en comble les institutions par l'introduction massive du droit occidental à partir de 1868, ils avaient en tête un objectif : enrayer le processus de colonisation engagé par la signature des traités inégaux imposés au régime féodal dans les années 1850 et intégrer le club fermé des grandes puissances. Le nationalisme, autant que le pragmatisme des dirigeants, fut le moteur de la modernisation japonaise. Cet effort se concrétisa dès 1868, dans le Serment impérial des Cinq Articles : il s'agit de consolider les

assises du régime impérial restauré, et c'est en fonction de cette donnée fondamentale que le Japon se dote en 1889 d'une constitution de type prussien, et entreprend un long et difficile travail de codification qui institutionnalise la cellule familiale comme base de l'organisation étatique. Quant aux traditions, elles sont moins supprimées que remodelées, afin de faire du souverain le centre d'une morale nationale focalisant autour du trône les principes confucianistes de loyauté et de piété filiale. La défaite de 1945 viendra sanctionner l'échec sanglant de l'ancien régime en lui substituant une nouvelle échelle de valeurs fondée sur le tryptique souveraineté populaire, pacifisme et respect des droits de l'homme, dans le cadre d'une monarchie parlementaire de type britannique et d'un système de droit qui intègre les idéaux et les techniques du vainqueur américain.

Dans les deux cas, les changements institutionnels procèdent donc d'un volontarisme politique imposé d'en haut et se double, chez les classes dirigeantes, d'un réflexe d'autodéfense visant à minimiser la portée des réformes engagées au nom d'un principe supérieur de légitimité transcendant l'histoire et confortant leur propre prétention au pouvoir :



Présentation formelle des familles avant la cérémonie du mariage. Au Japon, la rigueur du culte contraste avec le formalisme légal du mariage, réduit à une simple déclaration administrative. (© Cliché D. Kirkland/Sygma).

c'est ainsi que la restauration du trône en 1868 est présentée comme un retour à la monarchie antique, tandis qu'après la défaite de 1945, le gouvernement s'accroche à la fiction d'une continuité morale de l'ordre monarchique pour se prémunir contre les effets révolutionnaires des bouleversements requis par l'occupant. Le droit lui-même porte les stigmates d'un processus de modernisation hérisssé de contradictions internes : le crime de parricide a survécu au démantèlement partiel de l'institution familiale et conserve une place spécifique dans l'arsenal du code pénal actuel, en dépit de la remise en cause de cette notion par la Cour suprême.

Le déterminisme culturel en question

La question de savoir si la réception du droit occidental s'est accompagnée d'une pénétration des masses n'a pas manqué de se poser, d'autant plus que la culture japonaise, imprégnée de shintôisme, de bouddhisme et de confucianisme tend à faire prévaloir la norme éthique sur la norme juridique, réduite à ses aspects pénaux et répressifs. On expliquerait ainsi, par cet héritage, la stagnation du nombre de procès (350 000 par an pour un peu plus de 120 millions d'habitants), la faible implantation des professions judiciaires (moins de 21 000 personnes), le très large éventail des procédures non contentieuses de conciliation (250 000 affaires traitées par an par les seuls services spécialisés des collectivités locales), le faible degré de participation des citoyens à l'administration de la justice en l'absence de jury pénal, la persistance de certains usages – désaffection à l'égard du contrat de mariage et du testament –, ou la survivance d'anciennes coutumes – les unions maritales non déclarées –, avec lesquels les tribunaux ont dû composer. Mais ces données culturelles ne

Japanese law - Japanese law is a remarkable example of the integration of the legal system and culture, imposed for clearly defined aims of state politics, and based on the renewal of tradition. This deliberate act has had a variable impact on the attitude of the Japanese towards the law. Although cultural determinism has played a major role in the formation of these attitudes, one should not lose sight of the fact that the legal conservatism of the Japanese is perhaps due less to objective cultural factors such as "national traditions", than to a deliberate attempt by the authorities to play down conflicts in order to guarantee their own political survival.

Histoire du Japon : quelques dates

1232: promulgation d'un code national de lois, le *Jozei Shikimoku*, en vigueur jusqu'en 1868. Le pouvoir (féodal) est aux mains des *shikken* (régents) du gouvernement militaire (*Bakufu*). Le *shōgun* (dictateur militaire) est nommé par l'empereur.

1854: ouverture des ports (fermés depuis 1639 aux étrangers) à des navires américains, anglais, russes, et hollandais.

1868: avènement de l'empereur Mutsuhito (*l'ère Meiji*), qui donne la propriété des terres aux paysans.

1889: promulgation d'une constitution, législation refondue selon des modèles occidentaux (français et allemands).

1947: entrée en vigueur d'une constitution démocratique.

doivent pas être surestimées et ont parfois évolué: le rôle du droit est capital dans la formation des élites depuis Meiji, et si 60% des Japonais répugnent à engager une action en justice, c'est surtout en raison de sa longueur et de son coût. Quant à la conciliation, elle fut imposée par le pouvoir dès les temps féodaux pour éviter que les litiges entre particuliers n'aboutissent à une remise en cause des hiérarchies établies.

La revendication des droits subjectifs

Plusieurs facteurs ont contribué à l'enracinement des droits subjectifs dans le Japon d'après-guerre: en premier lieu, des facteurs institutionnels liés à une meilleure protection des libertés, à la consécration de nouveaux droits économiques et sociaux (éducation, travail, poursuite du bonheur) ainsi qu'à l'avènement du contrôle de constitutionnalité. En second lieu, les effets dysfonctionnels d'un processus de croissance et d'urbanisation accélérée. En troisième lieu, les interrogations suscitées par le progrès scientifique et technologique qui, l'un comme l'autre, ont ouvert de nouveaux espaces de revendication sacralisés en «droits» (protection de l'environnement et de la vie privée). Désormais, selon les sondages, 49% des Japonais assignent pour fonction au droit la protection des libertés fondamentales, et les grands procès de pollution des années 1970 sont devenus autant de tribunes où l'appel à l'opinion publique l'emporte sur la sanction juridictionnelle. Toutefois, cette affirmation des droits subjectifs demeure entravée par de nombreux obstacles: une politique jurisprudentielle de bienveillance à l'égard des intérêts du parti dominant; le faible impact des décisions de justice sur la politique gouvernementale; un contrôle très strict sur le contenu des manuels scolaires pour tout ce qui touche aux libertés... D'autres éléments

sont liés à la psychologie nippone des droits fondamentaux: celle-ci s'attache moins à la violation de droits privés, au sens civil et commercial du terme, qu'à l'existence de menaces pesant sur les conditions de vie quotidienne. En outre, les libertés sont perçues non en termes de dignité individuelle, mais dans des configurations sociales bien définies (le consommateur, l'usager, le malade ou l'habitant) et se confondent ainsi souvent avec les intérêts catégoriels. Enfin, dans l'échelle des valeurs sociales, d'après un sondage de 1983, la piété filiale et les relations de *giri* (bienveillance-reconnaissance) l'emportent sur les libertés.

En bref, le droit moderne s'est imposé au Japon comme une technique formelle de remodelage de la société afin de faire face au défi de la modernisation. Ce n'est qu'après 1945 que l'objectif de défense des droits fondamentaux devint prioritaire. Mais le décalage entre les superstructures juridiques et les comportements n'est pas encore vraiment comblé, tandis que l'évacuation des conflits par un pouvoir conservateur épris d'«harmonie» pousse les citoyens à se préoccuper davantage de leurs intérêts en tant qu'agents économiques que de leurs droits d'hommes libres.

Eric Scirelet, chargé de recherche au CNRS, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (UPR 831 CNRS), 27, rue Paul Bert, 94204 Ivry-sur-Seine Cedex.

Le droit chinois

Une société largement attachée à des valeurs traditionnellement non communistes, un pouvoir arrimé aux dogmes du marxisme-léninisme: un hiatus flagrant pour le juriste occidental qui constate la présence de la morale et du politique sur le droit.

Jean-Pierre Cabestan

Y a-t-il un droit chinois, comme il y a un droit américain ou un droit allemand? La réponse à cette question ne va pas de soi. Dotée d'une tradition juridique essentiellement pénale et dominée par un parti communiste omnipotent, la Chine est en effet loin d'être un «Etat de droit». Et le massacre du 4 juin 1989 a tragiquement rappelé à la communauté internationale en général et aux milieux juridiques en particulier combien il était illusoire de croire

que ce qui nous était présenté par les autorités chinoises comme du droit possédait un caractère normatif et suprême.

Fondamentalement différent des droits occidentaux, le droit chinois mérite cependant d'être étudié, et ceci principalement pour deux raisons:

- D'une part, de telles recherches permettent de mieux mettre à jour ce qu'il y a d'historique et de culturel, bref de contingent dans des valeurs - par exemple, les droits de l'homme - qui nous apparaissent aujourd'hui comme atemporelles et universelles. De même, le

droit moderne ne constitue qu'un mode de résolution des conflits parmi d'autres. S'il existe des sociétés sans droit, ou du moins sans un droit positif très développé, il n'existe pas de société sans morale ni règles communément acceptées. Il importe donc en Chine, comme dans de nombreux pays non-européens, de rechercher les normes et les méthodes de contrôle extra-juridiques de la société.

- D'autre part, l'étude du droit chinois peut favoriser la compréhension des modalités d'introduction des idées politiques et des techniques juridiques occidentales dont se réclament tant les dirigeants de la Chine populaire que des pans de plus en plus importants du corps social de ce pays. Certes, les idéologies européennes sont multiples et souvent contradictoires. Mais elles participent toutes de la même évolution de la pensée, évolution largement étrangère à la philosophie politique et juridique chinoise.



Le parti communiste : un rôle dirigeant de plus en plus contesté. Pékin, place Tian An Men, 3 juin 1989. (© Cliché P. Durand/Sygma).

► Pour une approche culturaliste...

Dans la mentalité de la plupart des chinois, le droit reste synonyme de loi pénale et de châtiments, donc d'arme du pouvoir contre la société. Les relations civiles entre les personnes physiques sont encore très souvent régies par des coutumes et des «rites» dont le contenu découle pour une large part de la place qu'occupent ces personnes dans la hiérarchie mandarinale, donc sociale. Car la bureaucratie chinoise à la fois domine la société dans son ensemble et est totalement «contaminée» par les modèles de comportement qui président au fonctionnement de celle-ci. Les solidarités familiales et claniques ainsi que les réflexes communitaristes des collectivités locales constituent en effet des normes autrement plus fondamentales que les règles politiques et a fortiori juridiques édictées par un pouvoir central bien plus impuissant parce que bien moins craint qu'à l'époque de Mao Zedong.

En ce sens, il n'y a en Chine ni État moderne ni citoyens, mais un pouvoir extérieur au corps social et des individus

Chinese law - Chinese law has a dual nature. Firstly, it relies on an essentially penal and repressive tradition, which for a long time held back its progress. Secondly, it is built around communist institutions, which have helped to maintain it in a secondary and subordinate role. But Chinese society demands both a more independent system of justice and broader subjective rights.

protégés par des groupes primaires bureaucratiques qui, tout en étant censés représenter le premier, ne parviennent pas à se différencier du second. C'est pourquoi, absents de la tradition juridique chinoise, les droits subjectifs demeurent encore souvent absents de la pratique juridique contemporaine de ce pays.

Il est vrai que, depuis 1979, Deng Xiaoping a tenté de réhabiliter le droit et surtout la «légalité socialiste». Mais si les droits collectifs des administrations et des unités de production locales - c'est-à-dire des couches moyenne et inférieure de la *nomenklatura* - ont été de fait sensiblement élargis, l'individu sans relations (*guanxi*) dans la bureaucratie reste soumis au groupe, l'intérêt privé à l'intérêt public, le non-communiste au communiste.

... et politique

Ce dernier point conduit obligatoirement l'observateur à engager un second type de réflexion. Par-delà sa dimension culturelle, le droit chinois possède un contenu politique directement inspiré des modèles occidentaux et en particulier du modèle soviétique. Si le marxisme-léninisme n'a pas occidentalisé la société chinoise, il a largement façonné les institutions qui la dirigent. La Constitution chinoise de 1982 rappelle en bien des points la loi fondamentale stalinienne de 1936 : les parquets et les tribunaux travaillent à chaque échelon sous l'étroit contrôle des organisations du parti communiste ; les décisions politiques du moment remettent constamment en cause la hiérarchie officielle des normes juridiques et le principe de non-rétroactivité.

Les audiences ne sont ni publiques ni contradictoires ; fonctionnaires du ministère de la Justice, les avocats ne jouent qu'un rôle modeste, bien souvent contraire à l'intérêt de leur client ; s'appuyant en partie sur des règlements internes (*neibu*), c'est-à-dire secrets, les magistrats prennent des décisions qui restent aussi très fréquemment secrètes.

Mais c'est justement cet immense hiatus entre une société largement attachée à des valeurs non-communistes et un pouvoir armé aux dogmes du marxisme-léninisme qui rend l'étude du droit chinois encore plus passionnante. En effet, beaucoup de Chinois sont conscients du fait que le communisme n'est parvenu qu'à exacerber les traditions juridiques les plus autoritaires de l'Empire du Milieu. A cet archaïsme extrémiste s'opposent à la fois les traditionalistes, partisans de la restauration d'un confucianisme d'État modérateur, et les occidentalistes, favorables à l'instauration d'une démocratie libérale. Ce dernier courant de pensée paraît aujourd'hui particulièrement puissant dans les villes, comme l'a encore récemment montré le Printemps de Pékin. Mais il serait faux de croire qu'il n'exerce aucune influence dans les campagnes, notamment dans les zones rurales des provinces côtières ou relativement ouvertes sur l'étranger. La société chinoise est aujourd'hui beaucoup mieux informée de l'évolution non seulement des autres pays socialistes mais aussi des régimes hier autoritaires d'Asie (Philippines, Corée du Sud, Taiwan). Mais n'est-ce pas l'entreprise même de Deng Xiaoping de réhabilitation du droit et d'ouverture sur les techniques juridiques occidentales qui a favorisé l'introduction de concepts et de valeurs qui, depuis plus d'un siècle, frappent à la porte de la Chine ?

En réalité, la grande ambiguïté du droit des pays socialistes réside dans le fait qu'il partage avec celui des démocraties libérales de nombreux principes communs. C'est «seulement» le rôle dirigeant du P.C. qui fausse le fonctionnement d'institutions en grande partie calquées sur celles de l'Occident. D'ailleurs, depuis 1979, la Chine a mis en place une législation souvent d'inspiration européenne (loi sur les brevets, principes généraux du droit civil, loi de procédure administrative). L'évolution du droit chinois dépend donc aussi de facteurs politiques.

Une double nature

Au total, la nature du droit chinois est double. Quelle que soit l'évolution future du régime communiste, l'on peut estimer que ce droit conservera sa spécificité culturelle. Le goût pour le règle-

ment des conflits par des voies extrajudiciaires (médiation, conciliation), la présence de la morale sur le droit et surtout sur les droits subjectifs ainsi que la dureté de la loi pénale sont autant de données que l'observateur de demain devra prendre en considération. Toutefois, l'altérité du droit chinois est loin d'être totale et même dominante. Celui-ci se reconstruit progressivement et pé-

niblement dans une société en plein bouleversement. Bien qu'écrasé par une force politique aujourd'hui largement conservatrice, le corps social chinois hésite de moins en moins à s'appuyer sur des principes que le P.C. a souvent lui-même officiellement approuvés pour rapprocher la Chine d'une communauté internationale qui a en grande partie fait sienne les valeurs politiques et juridi-

ques universelles hier propagées par l'Occident.

▬ Jean-Pierre Cabestan, chargé de recherche au CNRS, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (UPR 831 CNRS), 27, rue Paul Bert, 94204 Ivry-sur-Seine Cedex.

Les prémices de la confédération européenne

Les récents bouleversements politiques dans les pays de l'Est ouvrent désormais la perspective de la construction d'une grande Europe avec la mise en place de nouveaux mécanismes juridiques effectifs et crédibles visant à transformer les institutions.

▬ Michel Lesage

Avec l'arrivée au pouvoir de M.S. Gorbatchev, l'Union soviétique a remis en cause le modèle stalinien de commandement administratif qu'elle avait adopté dans les années 1930. En 1940-1945, ce même modèle avait été imposé à l'Europe de l'Est : parti unique, élections à candidat unique, primauté de l'industrie lourde, quasi-disparition du commerce privé. Quarante ans plus tard, la Hongrie, la Pologne, puis la République Démocratique Allemande, la Bulgarie, la Tchécoslovaquie et enfin la Roumanie vont s'en écarter et remettre en cause à leur tour les structures qui leur avaient été imposées. Tous se trouvent en face de la mise en place d'un système de transition dont les contours sont encore loin d'être dessinés avec précision. Et ce système porte à la fois sur les institutions économiques, politiques et juridiques.

C'est sans doute en droit public que la spécificité du système précédent était la plus marquante. L'idéologie marxiste-léniniste qui affirme à la fois le pouvoir du peuple et le rôle dirigeant du parti s'est traduite par un extraordinaire décalage entre les affirmations et la réalité, entre la parole et l'écrit, y compris le droit, et l'action. La constitution de l'URSS fait du Soviét suprême « l'organe suprême du pouvoir d'Etat en URSS », mais la réalité était qu'il ne se réunissait que quelques jours par an, pour voir ses 1 500 députés adopter à main levée et à l'unanimité quelques

textes préparés à l'avance par une administration. Ensuite, celle-ci les appliquera comme elle l'entend, sans aucun contrôle politique ni juridictionnel. Les députés sont élus à tous les niveaux « au suffrage universel, égal et direct et au scrutin secret », mais en réalité le parti sélectionne pour chaque mandat à pourvoir un unique candidat pour lequel les électeurs sont tenus d'aller voter, sous peine d'être considérés comme des opposants qui ne remplissent pas leurs devoirs civiques.

Le changement

La mort de Staline en 1953 avait fait disparaître les formes les plus brutales de la répression, mais les collaborateurs de Staline pouvaient difficilement supprimer le système qui les avait fait naître et dont ils avaient été les complices.

Au contraire, la génération qui avait 20-30 ans lors de la mort de Staline et du XX^e Congrès du PCUS en 1956, et qui trente ans plus tard arrive au pouvoir, a les mains beaucoup plus libres. Certes elle a passé sa jeunesse sous Staline, mais elle a connu le choc de ce XX^e

The harbingers of the European Confederation - The study of the laws of the USSR and of Central and Eastern Europe has changed in nature with the arrival of glasnost and perestroika. The establishment of a greater Europe based on a "common legal understanding" provides new perspectives for this area of research.

Congrès où Khrouchtchev a révélé les crimes du Secrétaire général du Parti. Elle peut donc reprendre les problèmes à la base.

Pour la première fois depuis les années 1920, au printemps 1989, des élections en partie compétitives ont pu se dérouler pour désigner les 2 250 députés du peuple de l'URSS. Pour l'élection des 1 500 députés élus dans les circonscriptions électorales (les 750 autres étaient élus par les organisations sociales), 26,6 % des circonscriptions avaient encore un unique candidat, 63,5 % en avaient deux et 9,9 % seulement en avaient trois ou plus, mais dans 195 circonscriptions sur les 1 351 à un ou deux candidats, ni le candidat unique ni aucun des deux candidats n'a obtenu la majorité, et parmi les candidats battus on comptait 29 premiers secrétaires de comité de région du Parti.

Le Congrès des députés du peuple de l'URSS et le Soviét suprême de 542 députés qui en émanent sont devenus une extraordinaire tribune où tous les problèmes fondamentaux de la société soviétique sont maintenant évoqués. Et M.S. Gorbatchev se trouve maintenant face au problème de la place respective des Sovjets élus et du Parti communiste investi jusqu'à aujourd'hui du rôle de l'unique dirigeant de la société alors que déjà plusieurs pays de l'Europe orientale ont abandonné ce principe constitutionnel.

L'URSS s'engage dans un Etat de droit et Alexandre Iakovlev, membre du Bureau politique, en montre toute la portée : « Certains de ceux qui pleurent sur le passé ne veulent pas reconnaître que pendant mille ans la Russie a été gouvernée par des hommes et non pas par des lois. La perestroïka vise à supprimer l'ancien paradigme et à le remplacer par un nouveau, juridique, effectivement fondé sur une connaissance sociale scientifique. Autrement dit, il s'agit du remplacement du modèle millénaire du système d'Etat » (discours à Riga, août 1988).

Sur le plan national, l'évolution du fédéralisme vers une autonomie plus

La grande des Républiques donne pour la première fois une réalité au droit constitutionnel. Les relations entre la constitution fédérale et les constitutions des républiques fédérées deviennent un véritable problème juridique, marqué déjà par plusieurs conflits d'ordre constitutionnel. Un contrôle juridictionnel de l'administration commence à fonctionner. Des lois sont en préparation ou en cours d'adoption, qui doivent fixer la nouvelle limite entre ce qui est permis et ce qui est interdit.

Instaurer un espace commun de droit

Dans chacun des Etats d'Europe centrale et orientale, en fonction de sa propre situation, doit être élaboré un droit de la transition des mécanismes économiques et politiques anciens vers des mécanismes nouveaux, ce qui implique l'adoption de lois sur les sociétés commerciales, les banques, les élections, l'autonomie locale, etc.

Ce mouvement s'inscrit également dans la perspective de la construction d'une grande Europe, avec obligatoirement des mécanismes juridiques communs sur le plan économique : droits des investissements, des entreprises mixtes, de la coopération économique avec la CEE, etc., mais aussi sur le plan des libertés publiques. « Nous ne construirons pas la grande Europe de demain, expliquait François Mitterrand aux lecteurs de la *Pravda* le 25 novembre 1988, celle qui dépassera les clivages imposés par la guerre et ses séquelles, sans un apport juridique commun. Jetons les bases d'un espace de droit européen qui assure sur tout le continent la circulation des personnes et des idées, la liberté



Rostropowitch après le concert qu'il a donné le 11 novembre 1989 devant le mur de Berlin, deux mois avant sa réintégration dans la citoyenneté soviétique. (© Cliché G. Vignoles).

d'expression et d'information, le respect des droits des minorités ».

L'idée a été reprise par le ministre des Affaires étrangères de l'URSS lors de l'ouverture à Paris, le 31 mai 1989, de la Conférence sur la dimension humaine dans le cadre du processus de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, et le 16 juin 1989, la France et l'Union Soviétique, avec le parrainage de plusieurs autres pays dont la République fédérale d'Allemagne et l'Autriche, ont pu déposer conjointement une proposition visant à l'instauration « d'un espace commun de droit sur la base d'une Europe des Etats de droit ».

La réalisation d'un tel projet nécessite évidemment une évolution du droit de l'URSS et de l'Europe centrale et orientale. Elle accorde aux juristes un large champ d'imagination pour trouver les solutions qui donneront à cette Europe le soubassement juridique dont elle a besoin pour trouver son unité.

Michel Lesage, professeur à l'université de Paris I, directeur de l'Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (UPR 831 CNRS), 27, rue Paul Bert, 94204 Ivry-sur-Seine Cedex.

Droit et perestroïka

Quels sont les changements apportés par la perestroïka ? La volonté déclarée d'édifier un Etat de droit, c'est-à-dire un Etat qui garantisse le respect des droits de l'homme.

Nadine Marie

Initialement promis à un dépérissement, le droit en URSS n'a, jusqu'à l'avènement de la perestroïka, cessé de se renforcer et de s'affirmer comme un appendice de l'Etat, instrument au service de la politique du Parti, moyen

de combattre par le canal de la justice pénale les droits et libertés de l'homme. Le rapport de subordination du droit à l'Etat est actuellement en train de s'inverser avec la décision prise par la XIX^e Conférence du Parti (28 juin - 1^{er} juillet 1988) d'édifier un « Etat socialiste de droit ».

Aujourd'hui défini comme « l'un des

sommets de la civilisation humaine » (Arkady Vaksberg), le droit constitue aux yeux des partisans de la perestroïka le premier garant de la démocratie et des libertés. D'où la volonté affirmée d'en faire la règle impérative qui commande à tout et à tous et régit les rapports fondés sur une responsabilité réciproque entre l'Etat et les citoyens. Les trois éléments constitutifs de l'Etat de droit sont : la suprématie de la loi ; des mécanismes de protection de ce principe ; un système développé de droits et libertés.

La prééminence de la loi

« Expression de la volonté du peuple », la loi seule délimite la frontière entre la

permis et l'interdit.

«Le premier principe consiste dans la soumission inconditionnelle de tout et de tous à la loi» affirme un procureur de Géorgie définissant l'Etat de droit. Déjà, dans son ouvrage *Perestroïka* (1987), Mikhaïl Gorbatchev définissait la loi comme un élément indispensable de la démocratisation, car «la loi a pour but de protéger la société des abus de pouvoir et de garantir aux citoyens, à leurs organisations et à leurs collectivités de travail, droits et libertés». Assurer la prééminence de la loi pose inévitablement le problème du rôle dirigeant du Parti (proclamé à l'article 6 de la Constitution). «Juridiquement, le Parti n'a aucun droit, dans les faits, il a tous les droits. Cette dissonance, consacrée par le temps et la pratique, contredit l'idée même d'Etat de droit» (éditorial des *Izvestia*, 16 juillet 1988). Le processus de reconstruction engagé suppose une délimitation précise des fonctions respectives du Parti et de l'Etat.

Des garanties propres à assurer le fonctionnement d'un Etat de droit sont définies: la séparation des pouvoirs est actuellement envisagée; le contrôle de constitutionnalité a été introduit dans la Constitution (art. 125) par la loi du 1^{er} décembre 1988.

En outre, l'éducation juridique de la population, mentionnée dans la Résolution sur la réforme du droit votée par la XIX^e Conférence du Parti, vise d'une part à former des citoyens conscients et respectueux de leurs droits et obligations au regard de la loi, d'autre part à élever la qualification juridique des personnes appelées à rendre la justice, dont l'insuffisant niveau de formation est dénoncé et rendu responsable des erreurs judiciaires...

Respecter les droits de l'homme

L'Etat de droit suppose enfin un système développé des droits et libertés. A cet égard, plusieurs conceptions s'affrontent: le critère de la supériorité de la loi et de son respect par tous suffit-il à définir l'Etat de droit? Si d'aucuns semblent s'en satisfaire, d'autres considèrent comme déterminante la nature même de l'Etat qui édicte le droit. Ainsi, selon l'avocat Makarov (*Komsomolskaïa Pravda*, 28 septembre 1989),

Law and perestroïka - The reconstruction (perestroïka) of Soviet society, underway since 1986, is noted for the recognition of the rights of man, leading to the decision to construct a state built around legal institutions and bring about law reform.

l'expression Etat socialiste de droit est une tautologie, et il affirme: «Je suis convaincu qu'il faut édifier non pas un Etat de droit - il existe déjà -, mais un Etat civilisé où sont défendus les droits de la personne et la personne elle-même». De même, selon Arkady Vaksberg qui affirme: «Sous Staline, l'Etat était un Etat de droit: des lois draconiennes étaient observées par tous, l'Etat de droit est celui où les lois, dont le respect est obligatoire, répondent à une conception de la justice démocratique, où sont définis avec soin les droits de la minorité et la liberté de chacun»... (*Literaturnai Gazeta*, 27 septembre 1989).

La division traditionnelle entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux, conduisant à affirmer la supériorité des derniers sur les premiers, est à présent considérée comme contraire à la notion d'Etat de droit.

Dans le document de clôture de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Vienne en janvier 1989, l'Union Soviétique s'engage à «respecter les droits de l'homme et les

libertés fondamentales et à garantir leur exercice effectif, notamment à veiller à ce qu'aucune personne qui exerce, manifeste l'intention d'exercer ou cherche à exercer ces droits et libertés ne subisse de ce fait quelque discrimination que ce soit...». Elle décide en outre de mettre en conformité les dispositions de droit interne et de droit international en matière de droits de l'homme et, en cas de contradiction, de reconnaître la primauté de la législation internationale.

Une reconnaissance des libertés

Cette évolution a pour conséquence une réforme du droit en différents domaines. Plusieurs lois reconnaissant les libertés démocratiques doivent être prochainement adoptées (lois sur la liberté de conscience, la liberté d'association, la liberté de la presse); un projet de loi sur les modalités d'entrée en URSS et de sortie d'URSS récemment adopté par le Soviet Suprême prévoit que tout citoyen soviétique peut désormais obtenir un passeport valable cinq ans et prorogable pour se rendre à l'étranger. Ceux qui



Manifestation organisée à Moscou le 10 décembre 1989 pour célébrer la Journée internationale des droits de l'homme, et ayant réuni 15 000 personnes. La banderole déployée par les manifestants signifie: «Par la perestroïka édifier une société fondée sur le droit». (© Cliché APN Moscou).

désirent partir définitivement doivent seulement obtenir l'accord de l'Etat du pays où ils veulent se fixer. « Sans respect du droit au libre déplacement, nous ne pouvons prétendre édifier un Etat de droit » commente la *Pravda* du 14 novembre 1989 : jusqu'alors, la liberté d'aller et venir était absente de la législation.

En matière de procédure pénale, la présomption d'innocence, la publicité des débats, l'indépendance du tribunal,

le droit à la défense sont affirmés comme autant de principes fondamentaux. La loi sur le statut des juges du 4 août 1989 définit les garanties d'indépendance des juges, et une loi du 2 novembre détermine la responsabilité pour non-respect envers le tribunal. Les fondements de la législation sur l'organisation judiciaire adoptés le 13 novembre 1989 élargissent le droit à la défense : l'avocat pourra intervenir dès l'ouverture de l'instruction, alors qu'auparavant il

n'était autorisé à prendre connaissance du dossier qu'après la clôture de celle-ci.

Ce droit en pleine mutation constitue un champ de recherche aussi étendu que passionnant de par les implications diverses qu'il couvre.

— Nadine Marie, chargé de recherche au CNRS, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (UPR 831 CNRS), 27, rue Paul Bert, 94204 Ivry-sur-Seine Cedex.

La mutation des droits ibériques.

Après avoir servi de modèle à l'Amérique latine, les législations espagnole et portugaise ont été pétrifiées par des décennies de dictature. Le retour à la démocratie et la perspective de l'Europe de 1993 ont entraîné des mutations juridiques importantes, mais peut-être moins profondes qu'on le pense.

— Jacques Faget

Marquées par leur commune source romaine et « l'afrancamiento » dont elles firent l'objet au XIX^e siècle, les législations portugaise et espagnole servirent de modèle aux codifications sud-américaines. On peut alors en déduire l'existence d'une aire juridique ibérique. Pourtant ce pronostic doit être aujourd'hui relativisé si l'on observe le double mouvement d'hétérogénéisation des législations d'Amérique du sud et d'europanisation des matrices juridiques de la péninsule ibérique.

En Amérique latine

La dépendance doctrinale des droits sud-américains est historiquement incontestable. L'exil de juristes renommés comme le pénaliste espagnol Jimenez de Asua, qui s'expatria en Argentine dès la fin de la guerre civile, conforta le poids de l'héritage européen, et l'instabilité politique endémique du continent ne permit jamais d'initier un processus global d'autonomisation juridique. Pourtant l'afflux de nombreux immigrants finit par provoquer des changements normatifs. C'est ainsi que l'Argentine procéda à de multiples réformes d'influence italienne et que le Brésil ou le Costa-Rica s'inspirèrent, dans leur œuvre de rénovation juridique, de la dogmatique allemande. Le modèle nord-américain, bien que géographiquement proche, ne participa jamais à

ce mouvement d'acculturation juridique qui persiste à chercher ses sources outre-atlantique. On se trouve donc en présence d'un continuum qui va de législations marquées par la sédimentation de principes juridiques ibériques, parfois anachroniques (ce qui accroît le rôle d'une jurisprudence encore mal étudiée), à des constructions légales se forgeant une identité plus ou moins affirmée, en adaptant divers modèles européens aux spécificités politiques et culturelles locales.

En Espagne et au Portugal

Pétrifiées simultanément par des décennies de dictature, les législations portugaise et espagnole sont en chantier depuis les Constitutions de 1976 et 1978. L'urgence à transformer les symboles politiques de l'Etat, la perspective de l'intégration européenne entraînant la ratification, frénétique pour le Portugal, plus mesurée pour l'Espagne, de nombreuses conventions ou traités internationaux, ont tant précipité le processus

Changes in Iberian law. The Portuguese and Spanish legislations have served as models for Latin-American legal codes. The existence of an Iberian legal sphere of influence can therefore be deduced. However, this deduction must now be qualified by the observation of the double phenomena of the movement towards a diversification of Latin-American legislations and the europeanisation of the legal frameworks in the Iberian peninsula.

d'acculturation juridique que les systèmes juridiques y ont perdu leur âme. Car les nombreuses innovations, élaborées bureaucratiquement par des élites mues davantage par des forces centrifuges (Portugal) que par la prise en compte des réalités sociales internes, n'ont pas toujours produit, pour l'instant, les changements espérés.

C'est vrai que les réformes les plus spectaculaires en matière de garantie des libertés publiques (libre expression, droit de grève, de réunion, d'association, lutte contre les discriminations...) ou de régulation des conduites privées (divorce, sexualité, contraception...), sans parler de l'abolition de la peine de mort ou de l'interdiction de la torture, sont de la plus haute importance. Mais de nombreuses dispositions témoignent encore de l'ambivalence du législateur lorsqu'il laisse perdurer une représentation dogmatique ou théologique de la chose juridique dans un contexte socio-économique iconoclaste, lorsqu'il tente de réduire d'un bord l'intervention étatique, tout en renforçant de l'autre (Espagne) l'arsenal de protection du système démocratique contre le terrorisme ou l'insurrection, lorsqu'il laisse, au nom du respect progressiste des communautés autonomes (Espagne), survivre les « fueros », ces chartes locales pétrées d'une idéologie surannée et souvent conservatrice.

Mais plus encore que la norme juridique qui est toujours, dans un régime démocratique, l'aboutissement d'un compromis non exempt de contradictions, c'est son effectivité qui pose problème. Car il existe un décalage entre la stratégie néotène du législateur et les pratiques crantives ou délibérément hostiles des professionnels du droit, qui rendent les phénomènes d'ineffectivité si fréquents qu'ils pourraient, si le temps et l'Europe ne viennent y porter remède, menacer la légitimité de l'ordre juridique.

— Jacques Faget, ingénieur d'études au CNRS, Maison des pays ibériques (GDR 879 CNRS), Université de Bordeaux III, Domaine universitaire, 33405 Talence.

DROIT ET ECONOMIE

La relation du juridique et de l'économique, action réciproque du droit et de l'économie, n'est pas une idée nouvelle. Des écrits fort anciens en témoignent. Pour ne remonter qu'au XVIII^e siècle, on rappellera que pour Nicolas Baudou, physiocrate français, toute activité économique est régie par une « Constitution économique ». Un siècle plus tard, c'est P.-J. Proudhon qui prône « l'application de la justice à l'économie politique ».

Des analyses plus récentes ont mis en évidence la relation dialectique suivante, devenue désormais banale : d'une part, étant donné l'antériorité de l'économique sur le juridique, le droit apparaît comme l'expression de la réalité économique ; d'autre part, la règle de droit, loin d'être confinée dans le rôle de « servante de l'économie », obéit à des exigences supérieures et entend, à cette fin, peser sur la réalité économique pour en corriger les iniquités.

Le juriste a très tôt intégré cette donnée dans ses modes de raisonnement, donnée qui transparait chaque fois qu'il s'écarte de l'analyse purement dogmatique du droit. Il n'était pas question, ici, de prétendre montrer tout l'éventail des recherches juri-

diques qui revendiquent de façon explicite ou implicite la relation droit-économie. En effet, rares sont nos disciplines qui désavoueraient totalement cette relation. Aussi était-il nécessaire d'opérer un choix, avec son inévitable part d'arbitraire. Il est apparu logique de donner la préférence à des disciplines ou spécialités dans lesquelles la tension entre l'économique et le juridique s'affiche de façon plus visible, et dont l'effet sur la formation et l'évolution du droit est plus déterminant que dans d'autres domaines.

Répondent, nous semble-t-il, à cette caractéristique, des droits en formation, tel le droit international du développement dont la finalité économique et l'effet « contestataire » du droit existant sont évidents ; des droits visant à organiser un espace économique, mais aussi politique et social, harmonisé, tel le droit communautaire européen : ceux dans lesquels les acteurs économiques interviennent sensiblement (droit de la propriété intellectuelle) ou même lourdement (droit des contrats internationaux) dans la création et/ou l'adaptation de la règle du droit ; des droits dont le caractère éminemment évolutif tient à la recherche constante de conciliation d'intérêts contradictoires

(droit et pratiques dans l'entreprise). N'a pas, non plus, échappé à cette caractéristique, la construction progressive du droit commercial.

On ne saurait donc penser ces différents droits, abstraction faite des enjeux socio-économiques qui les sous-tendent. Les contributions au présent thème en sont une illustration éloquentes. On verra, entre autres, la spécificité des démarches qu'empruntent l'élaboration et l'adaptation constantes de ces droits ; traduire juridiquement le comportement des acteurs, mais aussi réguler leurs rapports ; difficulté d'inscrire ces droits dans les catégories classiques et besoin de leur tailler des ordres juridiques atypiques. De telles spécificités, et bien d'autres, ont à leur tour des incidences sur la manière dont sont conduites les recherches sur ces droits. En effet, loin de ces disciplines nourries de certitudes, on est plutôt en présence de problématiques mouvantes. Ainsi les instruments d'analyse qui conviennent bien aux premières ne sont-ils pas toujours idoines pour l'étude des secondes.

Mahmoud Salem
Directeur de recherche au CNRS



Les contrats internationaux

Liberté quasi absolue, grande souplesse d'utilisation, les contrats internationaux connaissent un immense succès sur la scène du commerce international.

■ Philippe Kahn

Le domaine des relations économiques internationales est un de ceux où la fonction d'organisation du droit est la plus apparente. Elle est exercée principalement à travers un instrument privilégié, le contrat international ou plus exactement les contrats internationaux, car il en existe de nombreuses catégories répondant à des besoins spécifiques des praticiens du commerce international, et il s'en crée au fur et à mesure que ces besoins apparaissent. En effet, le contrat est un accord entre deux personnes physiques, deux entreprises ou plus, accord par lequel les parties déterminent des engagements réciproques; c'est un instrument très souple puisque les parties peuvent modifier leurs engagements en fonction de leurs besoins. Dans un pays donné, le contrat reste soumis au droit local; dans les relations internationales, la liberté des contractants est sinon absolue, du moins beaucoup plus large que dans les relations internes. Et cette liberté, ajoutée à la souplesse d'utilisation, explique l'immense succès du contrat dans la régulation du système commercial international, système qui a été profondément marqué par les nombreuses mutations d'ordre technique, économique ou politique de ces dernières années, mutations qui ont eu des conséquences sur la nature des opérations faisant l'objet du commerce international, sur la qualité des agents faisant ces opérations - les opérateurs du commerce international - et sur l'étendue de l'espace où se déroulent ces opérations.

De nouveaux espaces

Tout d'abord, et c'est sans doute le phénomène majeur, aux espaces nationaux de naguère organisés par les Etats sur le plan interne et par les relations entre Etats sur le plan international, se sont superposés un espace mondial, transnational selon la terminologie des Nations Unies, et des espaces régionaux dont la Communauté économique européenne fournit un bon exemple. Cette substitution partielle est due aux échanges de personnes et de marchandises

(transport) dans des délais rapides et aux échanges de messages instantanés (télématique) dans toutes les parties du monde. On peut donc gérer dans un temps très court les situations les plus compliquées. D'où, en termes comparatifs avec la situation antérieure, un raccourcissement de la planète et une inadéquation des structures politiques anciennes aux mouvements commerciaux. Dans le même temps, la production en grandes masses de biens répondant aux mêmes normes exige des investissements lourds et des possibilités d'écoulement sur de vastes espaces, sans obstacles, d'autant plus que la mondialisation de la publicité par la télévision introduit progressivement un modèle de consommation universel.

Le rôle des multinationales

Parallèlement, les grands groupes internationaux, plus connus sous le nom d'entreprises multinationales ou d'entreprises transnationales, soumettent les sociétés composant le groupe, par le canal du pouvoir hiérarchique de la société mère, à un système juridique uniforme (relativement) quel que soit le lieu de situation de la société fille. A l'accroissement de la dimension de l'espace s'est donc ajoutée une multipli-

• **Chambre de commerce internationale**: organisme privé ayant son siège à Paris, qui regroupe par des comités nationaux les hommes d'affaires et qui a pour objet de faciliter les opérations du commerce international.

• **Entreprise multinationale**: ensemble d'entreprises ou de sociétés dont chacune a son indépendance juridique mais est subordonnée à la société mère du groupe; elles sont localisées sur le territoire de pays différents (synonyme: entreprise transnationale, dans la terminologie des Nations Unies).

• **GATT - General Agreement on Tariffs and Trade**: Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948.

cation des opérations de commerce international tant en qualité qu'en valeur. Il a donc fallu réguler cet ensemble et cette régulation s'est faite à travers les contrats internationaux et à travers quelques traités internationaux qui ont d'ailleurs renforcé le jeu des contrats.

Tout d'abord, en effet, les opérateurs du commerce international, qu'ils soient agents de production (industriels) ou prestataires de services (banques, assurances, transports), ont occupé et occupent encore tout l'espace offert en concluant entre eux et avec leurs clients les des contrats qui reproduisent totalement ou partiellement des modèles élaborés par les organisations professionnelles dont la plus célèbre est la Chambre de commerce internationale ou, pour les plus puissants d'entre eux, en rédigeant des modèles de firme qu'ils appliquent dans chacune de leurs relations. Ces contrats modèles sont élaborés en fonction des besoins ressentis par les praticiens ou pour réduire certaines contraintes.

Contrat clé en mains et eurocrédits

Le contrat clé en main est souvent utilisé pour la mise en forme juridique des grands projets internationaux, construction d'un ensemble industriel (usine de liquéfaction du gaz naturel de Skikda), d'un aéroport, d'un hôpital ou d'un métro (métro du Caire). Dans ce type de contrat, le vendeur ou l'entrepreneur prend en charge la conception du projet, la fourniture des équipements, la construction éventuelle des bâtiments, la mise en route des installations; l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage ne reçoit l'ensemble qu'une fois les essais de fonctionnement achevés. Ces contrats clé en main ont suppléé à l'impossibilité ou à la difficulté de procéder à des investissements directs dans des pays hostiles à la propriété privée ou à la propriété étrangère des moyens de production, puis ils sont apparus comme un instrument essentiel du transfert de technologie des pays industrialisés vers les pays en développement, si on ajoute au schéma de base des prestations d'assistance technique et de formation du personnel local. La formule tend actuellement à être stéréotypée et universelle, constituant le contrat de droit commun ou de référence pour les opérations industrielles internationales.

Dans le même ordre d'idées, on citera l'invention par le système bancaire international des eurocrédits. Ceux-ci, sur le plan économique, constituent un procédé de financement d'opérations in-

dustrielles ou de déficits budgétaires, sous forme de prêts bancaires à moyen et long terme, de ressources puisées sur le marché monétaire international. Sur le plan juridique, ils constituent un véritable contrat de prêt fait par des prêteurs bancaires groupés dans un syndicat international à un emprunteur public ou privé. La durée du crédit, ses risques et complications (multiplicité des prêteurs de toutes nationalités, solvabilité de l'emprunteur, évolution des taux d'intérêt, évolution de la valeur des monnaies d'emprunt et de remboursement) ont entraîné la mise sur pied de formules contractuelles sophistiquées qui ont permis le financement d'une bonne partie du commerce international pour le meilleur (développement des économies) et pour le pire (endettement du Tiers-Monde). On a pu dire que le système des euro-banques marquait la formation d'un véritable système monétaire et financier privé dans le cadre de l'émergence d'une économie mondiale.

L'assurance qualité

Enfin, dernier exemple à un niveau plus subalterne, l'invention des clauses d'assurance qualité. Dans les nouveaux domaines à contenu de très haute technologie, la compensation monétaire, généralement utilisée dans les contrats à titre de sanction, est apparue insuffisante en raison des risques humains encourus et de l'étendue des dommages matériels directs et indirects prévisibles : les contrats portant sur l'exploration et l'exploitation de l'espace, sur la conception et l'exploitation de centrales nucléaires doivent être entièrement réalisés pour être satisfaisants. C'est pourquoi on tente de réduire les risques d'inexécution, et l'assurance qualité, qui n'est pas une assurance auprès d'une compagnie spécialisée mais une méthode de contrôle, a été introduite dans la plupart des contrats internationaux technologiques : le fournisseur assuré

affirme que la qualité des fournitures et des services permet d'atteindre les objectifs du contrat, et il établit un plan de procédures appelé programme d'assurance qualité qui consiste principalement en l'examen par l'acquéreur des plans, notes de calcul, spécifications, etc., du fournisseur et qui lui permet de s'assurer que les dispositions projetées sont bien adaptées aux objectifs qu'on se propose d'atteindre.

Faciliter l'action

Ce travail d'élaboration des opérateurs du commerce international, longuement analysé et mis en valeur par plusieurs formations du CNRS, a permis de tisser un réseau dense de règles juridiques et a démontré la souplesse du contrat pour l'adaptation du droit aux évolutions sociales. Il a été permis par la large liberté (autonomie de la volonté)

que reconnaissent la plupart des Etats à ces opérateurs dans le domaine des relations commerciales internationales, liberté souvent justifiée par les impératifs de la concurrence internationale. La seule limite qui est posée est celle de l'interdiction de porter atteinte aux règles d'ordre public, mais, si celles-ci sont variables suivant les époques et la conjoncture, elles sont peu contraignantes. En revanche, les Etats interviennent plus directement dans un esprit international en concluant des traités destinés à faciliter l'installation à l'étranger de leurs ressortissants (convention d'établissement, traité de commerce) ou à faciliter la circulation des marchandises (GATT). Quelquefois même ils facilitent le fonctionnement des contrats internationaux en élaborant un cadre juridique qui fait abstraction des particularismes nationaux et fournit des règles transnationales.



Tunnel sous la Manche, vue aérienne du chantier extérieur (© Cliché PHOT'r). Les contrats internationaux permettant la mise sur pied d'entreprises aussi complexes.

International contracts - Because of the freedom accorded to the parties by most national laws, the international contract is a flexible instrument, well-adapted to rapid technological and world economic changes. It has been possible to invent new types of contract (turnkey contracts or euro-credit contracts) to meet new industrial or financing requirements, or to introduce new clauses, such as those of quality assurance in contracts with a high technological content.



Creusement du tunnel sous la Manche. (© Cliché Poteau/TML).

► les (Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises) ou le règlement des différends qui surgissent à l'occasion de l'interprétation ou de l'exécution des dits contrats. Généralement, ces différends sont portés non devant un juge d'Etat mais devant des juges privés choisis par les contractants eux-mêmes, les arbitres du commerce international, spécialistes qualifiés et rompus aux pratiques internationales. Les Etats ont ratifié cette procédure en facilitant sur leur territoire la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères rendues par ces arbitres (Convention de New York de 1958) et en prenant acte des difficultés particulières que soulève l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger (Convention de Washington de 1965). Comme on le constate, le système juridique des relations commerciales internationales, composé à titre principal des contrats internationaux, est un système complexe car il doit combiner la rapidité des transactions, l'adaptation des règles à un monde en constante évolution, préserver les intérêts fondamentaux des Etats et, malgré tout, rester assez simple pour être utilisé par des ingénieurs ou des gestionnaires dont la formation de base n'est pas forcément une formation juridique, même si les juristes professionnels ne sont pas absents des grandes négociations contractuelles.

■ Philippe Kahn, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (UPR 130 CNRS), Université de Dijon, 4, boulevard Gébrier, 21000 Dijon.

Du droit au développement au droit du développement

En prenant conscience que la paix c'est aussi le développement, les Etats ont cherché à promouvoir de nouvelles règles dans leurs relations économiques.

■ Maurice Flory

Avec la décolonisation apparaît dans le monde une préoccupation tout à fait neuve : le développement. Les nouveaux Etats, qui vont devenir deux fois plus nombreux que les anciens, s'expriment dans les organisations internationales et vont faire passer au premier plan leurs revendications économiques. En 1961 l'Organisation des Nations Unies (ONU) ouvre timidement une première décennie pour le développement. Les Etats décolonisés que l'on appelle désormais pays en voie de développement souhaitent reconsidérer les fictions d'un droit international qui ignore trop la réalité. Ils veulent dépasser le postulat de l'égalité souveraineté et réclament la reconnaissance de l'inégalité de développement pour obtenir un traitement différencié générateur d'une inégalité compensatrice.

C'est alors, en 1964 exactement, qu'apparaît le concept de « droit international du développement » sous la plume du professeur André Philip, puis sous celle du professeur Michel Virally.

S'attaquer à la racine du mal

En 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies ouvre la deuxième décennie pour le développement avec l'adoption par consensus d'une importante résolution. Une nouvelle analyse du sous-développement y est consacrée : il ne s'agit plus seulement pour les pays sous-développés de rattraper les pays industrialisés ; il faut s'attaquer à la racine du mal qui n'est pas seulement un retard dans une évolution, mais qui vient des structures mêmes de la société internationale. Il convient de les modifier sur la base des principes nouveaux qui apparaissent en clair, tels que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'application d'une dualité de normes au profit des défavorisés, une nouvelle division internationale du travail, pour en faire une revendication globale vers un nouvel ordre économique international (NOEI).

1974 marque l'apogée de cette décennie. Sous l'impulsion de l'Assemblée générale de l'ONU présidée par le minis-

tre algérien des Affaires étrangères, M. Bouteflika, trois textes importants sont adoptés : la *Déclaration relative à l'instauration d'un NOEI* ; le *Programme d'action relatif à l'instauration d'un NOEI* ; la *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*.

Après l'essor du droit international économique qui a tenté d'organiser le commerce, la monnaie et le crédit, il revenait au droit international du développement (DID) de corriger un ordre économique fait pour les pays industrialisés. Le DID est donc un droit de finalité qui repose sur les principes suivants :

– Les Etats sont également souverains mais inégalement développés.

– Le droit international ajoute à sa finalité traditionnelle de paix celle du développement. « Le développement est devenu le nouveau nom de la paix. » Le droit international élargit son champ et va intervenir dans des domaines qui lui étaient étrangers jusqu'alors.

– En l'absence d'un véritable pouvoir législatif, l'intervention du droit international repose souvent sur la recommandation non obligatoire. On se trouve alors en présence d'un « droit non stabilisé ».

– Le remède au sous-développement nécessite parfois, au bénéfice des pays en voie de développement, une règle spécifique. Ainsi apparaît en droit international la technique de la dualité ou de la pluralité des normes.

Malgré les orientations données dans les grands textes de synthèse précités, le DID n'a pas réalisé une construction continue et homogène ; dans certains secteurs les résultats existent, notamment pour la protection des ressources naturelles, les règles du commerce international, l'organisation des marchés des produits de base, l'aide, les investissements, les transferts de technologie. Dans d'autres domaines, la direction est indiquée, mais la réalisation n'a pas suivi.

Un droit controversé

Le droit international du développement a suscité de grands débats dans lesquels la recherche entreprise tant à l'université qu'au CNRS occupe une



Des remèdes au sous-développement : la recherche et la formation. Ici, en Colombie : une journée sur le terrain au Centre international pour l'agriculture tropicale : essai d'une nouvelle variété de riz. (© Cliché T. Spiegel/Rapho).

place importante. Les juristes du Tiers Monde, maghrébins notamment, ont accusé le droit du développement d'avoir été «récupéré» par le système dominant et en définitive de le consolider. Les positivistes occidentaux y voient un instrument de déstabilisation du droit international. Cette discussion qui touche aux sources mêmes du droit international n'enlève rien au caractère concret du droit du développement qui traduit les efforts de la société internationale pour remédier aux inégalités de développement. C'est là un domaine en constante évolution ; de nouveaux chapitres s'ouvrent ainsi ; à la réglementation de l'aide publique et privée se sont ajoutés le droit de la coopération, la réforme du droit international du commerce, la promotion de l'industrie et les transferts de technologie. On remarque que l'évolution du droit international du

International development law - The efforts undertaken by international organisations to resolve inequalities in development have given birth to international development law. This covers fields of major importance such as aid, bilateral and multilateral cooperation, international trade, technology transfer, investment, debt and north-south relationships between states.

développement passe par des phases qui mettent en œuvre des techniques différentes. Après une phase lourdement planificatrice et idéologique qui culmine en 1974, on assiste à un certain dépérissement de la coopération multilatérale du système des Nations Unies et à son remplacement par un bilatéralisme qui se joue désormais non plus seulement entre les Etats mais aussi entre des collectivités et entre des partenaires privés. Le mot à la mode est désormais «partenariat».

La naissance d'un droit social international

Faut-il encore parler de droit international du développement ? Pourquoi pas, ce droit n'est nullement lié à une idéologie. Il s'efforce simplement d'encadrer les nécessités du développement et suit donc l'évolution de la pratique juridique. S'il s'occupe moins de l'aide, du nouvel ordre économique international et du système des Nations Unies, il devient attentif aux relations transnationales des collectivités et des entreprises, au rôle des banques et à la dette tant publique que privée.

L'évolution ne s'arrêtera pas là et déjà on pressent l'étape suivante. Le droit international du développement, souvent taxé d'inefficacité devant des situa-

tions parfois dramatiques, joue en réalité un rôle prospectif en aidant à une prise de conscience du dysfonctionnement de la société internationale. Le droit international souffre de son incapacité à lier l'ensemble des Etats, ce qui en fait un droit purement volontaire conformément au principe de base de la souveraineté étatique. Le droit international du développement pour assumer ses objectifs ne peut en rester là. Mais pour passer d'une démarche qui relève de la charité à un système de justice organisée, une étape doit être obligatoirement franchie, celle qui met en jeu la solidarité globale de la communauté de tous les Etats. L'utilisation plus fréquente du concept de «communauté internationale» est sans doute le signe d'une évolution des mentalités qui laisse pressentir la naissance progressive d'un droit social international qui ne sera plus un droit volontaire et parcellaire, dédié aux seuls pays en voie de développement, mais qui sera peut-être, dans un futur encore lointain, le droit de l'ensemble de la communauté internationale.

■ Maurice Fiori, professeur à l'université d'Aix-Marseille III, Faculté de droit, 3, avenue Robert Schuman, 13626 Aix-en-Provence Cedex.

Propriété intellectuelle, propriété industrielle

Technologies modernes et échanges internationaux conditionnent aujourd'hui l'évolution d'un droit de la propriété industrielle dont la finalité et les objectifs sont souvent antinomiques.

Marie-Angèle Perot-Morel

Toute œuvre de l'esprit est la «propriété» de son auteur. Il n'est pas surprenant qu'un tel principe issu du droit naturel ait été consacré par les lois révolutionnaires reconnaissant l'existence des principaux droits de propriété intellectuelle tant dans le domaine littéraire et artistique avec la première grande loi sur le droit d'auteur du 24 juillet 1793, que dans le domaine de la technique où la loi du 7 janvier 1791 déclarait solennellement que «toute découverte ou invention nouvelle dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteurs». Rampant avec l'institution des privilèges qui récompensaient arbitrairement les créateurs sous l'Ancien Régime, la sacralisation de ces nouveaux droits, hissés au rang de propriété absolue, les mettrait à l'abri de toute discussion.

Entendue au sens large, la propriété dite «intellectuelle» couvre à la fois le domaine du droit d'auteur et celui de la

propriété industrielle qui sera seule l'objet de ce propos ; elle concerne toutes les créations techniques ou commerciales pouvant faire l'objet d'un monopole d'exploitation : brevets d'invention, marques de fabrique, de commerce et de service, dessins ou modèles industriels. La nature incorporelle de ces droits donne, il est vrai, une physiologie particulière à la notion de propriété. Détachée de tout support matériel, elle porte non sur l'idée abstraite qui, pour des raisons évidentes d'intérêt public, culturel ou scientifique, ne peut faire l'objet d'appropriation, mais sur son expression concrète, soit à travers une œuvre littéraire ou artistique, soit dans son application à un résultat technique déterminé. Le point de départ des deux branches de droit est donc identique. Néanmoins, une divergence de finalité a, dès l'origine, marqué la propriété industrielle dont les préoccupations spécifiques, fluctuantes et souvent contradictoires, sollicitent la réflexion du juriste et ouvrent à la recherche des champs d'investigation sans cesse renouvelés.

LA PROTECTION DES LOGICIELS

Qui, parmi les utilisateurs de micro-informatique, n'a pas été tenté, un jour ou l'autre, de faire une copie de logiciel pour dupliquer un ami ou de dupliquer la disquette d'un service voisin dans un laboratoire ? Ces piratages, effectués le plus souvent en toute bonne foi, ont des répercussions sur le marché de l'informatique et sur la création de logiciels.

C'est conscient de la réalité de l'enjeu économique que le législateur a organisé la protection des logiciels dans la loi du 3 juillet 1985. Le texte inscrit le logiciel parmi les œuvres de l'esprit protégeables et reconnaît à son «auteur» un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous qui se traduit par un monopole d'exploitation et s'accompagne du respect de son droit moral. En voici les principales dispositions :

— Le titulaire des droits peut être l'auteur «personne physique», ou l'employeur lorsque les logiciels sont créés par les employés dans l'exercice de leurs fonctions.

— L'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation de son logiciel pour le rendre compatible par exemple avec des programmes déjà existants.

— Toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde est interdite, et toute utilisation du logiciel non expressément autorisée par l'auteur est passible de sanctions.

— Le logiciel est protégé pour 25 ans à compter de sa création.

— La protection de la loi s'étend aux auteurs étrangers, à condition que la loi du pays dont ils sont ressortissants accorde sa protection aux logiciels créés par des nationaux français.

L'inventeur face à l'intérêt collectif

Dans sa conception initiale, la propriété industrielle avait essentiellement pour but de «récompenser» l'inventeur. La propriété du droit commun, soumise à la loi de la concurrence, ne pouvait empêcher la reproduction et le pillage des créations de l'esprit. C'est, paradoxalement, le développement de l'économie libérale qui a fait naître l'idée de monopole, le seul moyen efficace de préserver le droit de l'auteur étant de lui assurer l'exclusivité de l'exploitation. La propriété industrielle est ainsi, comme l'a dit Roubier : «fille de la liberté du commerce et de l'industrie».

Mais parallèlement, le législateur en consacrant ce droit nouveau entendait le faire servir à l'intérêt général. Le monopole qu'instituait la loi du 5 juillet 1844, obtenu par une simple formalité de dépôt, ne fut pas sans contrepartie. C'est en échange de la divulgation de son secret, par une description complète et précise de l'invention, que l'Etat accorde à l'inventeur le profit exclusif de son œuvre. La société y trouve ainsi son compte : d'une part, les brevets, par leur publication, deviennent une source de documentation importante, un instrument de choix pour la diffusion des connaissances ; d'autre part, à l'expiration du monopole dont la durée maximum est de vingt ans, l'invention tombe dans le domaine public et peut être librement reproduite.

Ce schéma très simple, protection de l'inventeur contrebalancée par l'intérêt collectif, s'est, il est vrai, quelque peu modifié avec l'essor de la grande industrie : l'organisation de la recherche collective au sein des entreprises, reléguant à l'arrière-plan l'inventeur isolé, a fait prévaloir la considération de l'investissement économique. Le brevet d'invention moderne apparaît surtout comme un moyen privilégié de «rentabiliser» la recherche et de conquérir les marchés.

Mais quelle que soit la logique qui l'inspire, le brevet n'en constitue pas moins une entrave très lourde à la liberté du commerce et de l'industrie qui explique un mouvement restrictif que l'on constate actuellement dans la plupart des législations : il se traduit, d'une part, par une limitation plus ou moins stricte du champ de la brevetabilité ; on exclut, par exemple, certaines catégories d'inventions et l'on rend surtout plus rigoureuses les conditions d'accès au brevet ; on impose, notamment, dans toutes les lois européennes, l'exigence nouvelle de «l'activité inventive», c'est-à-dire d'un effort créateur d'un certain niveau. D'autre part, des tendances que l'on a pu qualifier de «socialisantes» se font jour dans l'évolution des droits de



Recherches sur la propriété industrielle par accès direct sur ordinateur à l'Institut national de la propriété industrielle. (S) Gliché Pichal/REA.

propriété industrielle; c'est ainsi que l'institution de licences obligatoires ou d'office, permettant à des tiers d'exploiter à la place du breveté lorsque certaines nécessités économiques ou sociales l'exigent, entame singulièrement le caractère absolu de son monopole.

Dans ce contexte, la propriété industrielle se présente comme un droit en perpétuelle évolution, à la recherche d'un équilibre fragile entre des finalités antinomiques, un droit qui n'a encore trouvé ni ses limites, ni sa direction définitive. En ce sens, il apparaît beaucoup plus comme une problématique que comme une véritable discipline, et ceci met au premier plan l'intérêt d'une recherche juridique cohérente et structurée répondant à une demande sociale de plus en plus pressante tant dans l'ordre interne que dans le cadre international.

Au cœur d'intérêts contradictoires

Dans une matière en pleine mutation où les progrès technologiques et les échanges internationaux posent à l'industrie des problèmes très préoccupants, la recherche s'oriente, sous l'influence de facteurs divers, en de multiples directions dont on ne peut donner ici que quelques exemples.

En premier lieu, la difficile conciliation de l'intérêt des créateurs, des entreprises et de l'économie nationale, oblige à repenser sans cesse le droit interne, à en recenser les lacunes et les imperfections, à proposer des solutions conformes aux impératifs nouveaux. La contribution d'équipes de recherche spécialisées, soutenues par le CNRS, a été primordiale en la matière, tant au niveau de la construction doctrinale que

de l'évolution jurisprudentielle. Joignant l'analyse théorique à des méthodes d'enquêtes pratiques et d'évaluation des besoins sectoriels, les travaux réalisés (publications, colloques, aide à la décision sous différentes formes...) se sont efforcés de répondre à l'attente de l'industrie et des divers acteurs qui participent à la création. La démarche scientifique est ici d'autant plus délicate qu'elle est nécessairement interdisciplinaire: elle ne peut faire abstraction de questions étroitement liées à l'économie telles que la stratégie des entreprises en matière de licences ou de transfert des techniques, l'incidence des droits de propriété industrielle sur les règles de la concurrence et des ententes, ou encore la protection du consommateur dont l'idée s'infilte de plus en plus dans le droit des marques et des signes distinctifs. La recherche doit également prendre en compte les nombreux facteurs sociaux et politiques qui interfèrent dans certains conflits tels que celui des

Industrial ownership - Industrial ownership covers all those technical or commercial inventions whose protection is ensured by trading restrictions such as patent rights, trade marks and industrial drawings and models. This rapidly changing branch of law, in which the principles are evolving in pace with the new demands of trade and industry, now has an economic rather than individualistic function, and its aims are often contradictory. The development of modern technology and the ever increasing piracy of industrial inventions are raising delicate legal problems.

créations de salariés, pour n'en citer qu'un seul.

L'urgence et la complexité des problèmes internationaux mobilisent également les efforts constants de la recherche. Les grandes conventions internationales qui existent en ce domaine depuis le début de l'ère industrielle (notamment la Convention d'Union de Paris de 1883) prennent une ampleur nouvelle et appellent d'importantes révisions; d'autres, plus récentes, dans le cadre de la CEE, en particulier la Convention de Munich du 5 octobre 1973 instituant le brevet européen, offrent un réseau de difficultés et nécessitent pour les entreprises un choix éclairé entre les protections qui leur sont offertes. Les travaux menés actuellement en vue de favoriser l'élaboration de nouveaux projets communautaires, devenus plus urgents dans la perspective du grand marché de 1993, notamment en matière de marques, de modèles industriels, de nom commercial, de concurrence déloyale, impliquent préalablement une connaissance approfondie du droit comparé qui constitue l'un des axes de recherche prioritaire de certaines équipes.

Sans parler des pays en voie de développement dont les revendications actuelles risquent d'ébranler les fondements mêmes du droit de propriété industrielle, on ne saurait exclure de ce bref panorama les interrogations nouvelles que suscite l'apparition des technologies modernes en matière d'information et de communication. La protection des biens nouveaux qui en découlent: programmes d'ordinateur, circuits intégrés, banques de données, systèmes-experts, réseaux... cherche à s'établir sur d'autres terrains que celui de la propriété industrielle mais s'inspire des mêmes préoccupations. C'est ainsi que le logiciel (voir encadré) a trouvé récemment une structure d'accueil dans le droit d'auteur (loi du 3 juillet 1985) mais avec des règles dérogatoires qui suppriment les principes les plus traditionnels de ce droit. La même tendance se dessine pour d'autres créations spécifiquement industrielles: elle semble remettre en question la finalité même du droit d'auteur et appelle une réflexion globale qui a été déjà largement amorcée dans le cadre d'un séminaire du CNRS qui s'est déroulé, en plusieurs étapes, au cours des années 1988-1989 sur «les controverses du droit d'auteurs».

Marie-Angèle Perrot-Mandé, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre universitaire d'enseignement et de recherche en matière de propriété industrielle, Université de Grenoble II, Faculté de droit, BP 47X, 38040 Grenoble Cedex.

Droit et pratiques dans l'entreprise

Du travail doctrinal à la sociologie juridique, des activités savantes se développent dans un domaine où la réflexion profite de l'apport d'autres disciplines.

Antoine Jeammaud

L'importance des réformes législatives intervenues au cours de la décennie et l'impressionnante mobilisation de techniques juridiques afin de stimuler l'emploi ont suscité de nombreux travaux, de type principalement dogmatique et doctrinal. Des juristes ont ainsi apporté leur contribution à la description de l'architecture amendée des relations professionnelles, autant qu'à celle de l'éclatement de la notion d'emploi. Mais il est remarquable qu'ils aient assez souvent dépassé la démarche dogmatique et l'élucidation des questions de droit pour s'interroger sur la pratique des dispositions en cause. Attention a surtout été portée à l'usage des instruments normatifs censés favoriser l'accès à l'emploi ou à l'occupation plus ou moins précaire, la négociation collective, l'aménagement du temps de travail, à l'application concrète des dispositions rénovées sur les représentations des salariés dans l'entreprise ou encore au droit d'expression directe des travailleurs. Les dispositifs des textes de 1984-1985 sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises ont également été soumis à l'épreuve de leur application.

L'observation de «la pratiques» a souvent été suggérée par la vocation explicite des réformes à induire un changement social ou, plus encore, par une frappante instrumentalisation du droit qui condamne les innovations législatives ou réglementaires à être jugées à l'aune de leur efficacité économique. Dans le cas du droit d'expression directe introduit en 1982, c'est d'abord le caractère explicitement expérimental de son régime initial qui allait susciter une intense activité d'investigation sur sa mise en œuvre. Avec la matière du traitement des situations de conflit dans les relations du travail, du recours aux procédés atypiques d'embauche, voire de la négociation collective, l'institution et les usages du droit d'expression directe ont d'ailleurs constitué l'un des principaux terrains de déploiement d'une sociologie juridique faisant sa place à l'observation empirique. Par ailleurs, l'attention

de certains s'est portée avec profit vers le phénomène d'élaboration et de diffusion de la connaissance du droit social par ses usagers et assujettis.

Des problématiques alternatives

Mais l'investigation sur les pratiques dans leur rapport aux règles de droit paraît avoir été conduite tantôt à partir d'une problématique de l'effectivité des normes, orientant vers une mesure de l'écart entre ces normes et des actions recensées sans véritable considération pour leurs déterminants normatifs, tantôt dans une perspective postulant, à la fois, que les «acteurs» prennent les règles en considération dans leurs calculs et que leurs actes sont dotés par le droit en vigueur, indépendamment de la volonté ou de la conscience qu'ils en ont, d'une «valeur» qui produit en soi des effets pratiques, ne serait-ce qu'en conditionnant à son tour des possibilités d'action ultérieure. Si cette seconde problématique semble plus complexe, elle est en vérité plus réaliste que la mesure d'une effectivité dont la conception

ignore généralement la diversité de l'objet des normes juridiques et des contextes dans lesquels elles sont mobilisées au gré des intérêts. La redécouverte de la sociologie compréhensive wébérienne n'est certes pas étrangère à des affinements méthodologiques qui «touchent au fond». Mais l'intérêt pour les «pratiques d'acteurs» dans leurs relations aux préceptes du droit du travail entretient aussi quelque rapport avec les mouvements partiellement contradictoires qui caractérisent l'évolution récente de ce droit: *politisation* avec le projet explicite de faire de sa réforme un levier de transformation sociale, *instrumentalisation* de l'intervention législative et réglementaire au titre de politiques publiques en direction des marchés du travail. Dès lors, il y a d'ailleurs qu'une concomitance entre une certaine vogue de la recherche jurisociologique et un notable renouveau de réflexions ressortissant à la théorie et la philosophie du droit.

Un souci théorique

La critique matérialiste avait entrepris, à la fin des années soixante-dix, d'instruire le procès de la représentation dominante du droit du travail. Furent mises en évidence son inscription dans les rapports capitalistes de production, sa congruence à ce mode de production dominant et, plus même, ses fonctions dans la constitution et la reproduction de ces rapports. On ne saura jamais si ces entreprises ont joué un rôle dans la réactivation des réflexions d'ensemble sur la branche. Depuis lors, en tout cas, quelques universitaires et chercheurs



Une agence de travail par intérim. (© Cliché Natasha/REA). Le quotidien, tributaire des réglementations. Les lois à l'épreuve des besoins sociaux?

ont illustré, par leurs travaux, ce niveau de préoccupation. En particulier, certains se sont attachés à établir la rationalité singulière d'une branche de l'ordre juridique qui appartiendrait à un modèle du «droit social» soucieux de progrès social, de justice distributive, et ouvertement «collé» aux faits sociaux, par opposition au modèle du «droit civil», délibérément abstrait et centré sur la justice commutative.

Or, depuis plusieurs années, les milieux patronaux et les tenants du libéralisme économique revendiquent un assouplissement des conditions juridiques d'usage de la main-d'œuvre (leur «flexibilisation»). Les innovations juridiques ainsi réclamées et celles qui ont en partie répondu à ces vœux ont alimenté certaines des recherches déjà évoquées, allant de la description raisonnée des règles nouvelles à l'observation et l'interprétation de leur usage. Mais elles ont aussi suscité des interrogations théoriques: sur l'ampleur et la qualification des permanentes rectifications des instruments normatifs, sur le sens et la portée des initiatives législatives et des tentatives jurisprudentielles simultanées ou successives au regard d'un objectif, haut proclamé en 1981, d'édification d'une démocratie économique et d'une aide à la sortie de crise. Cependant, la persistance de terminologies débitrices des modes – «dérégulation», «déréglementation», «déjuridicisation» ou, à l'inverse, «juridicisation» – désigne l'un des points faibles de la connaissance en la matière.

Cette carence est en partie imputable à une perception trop souvent sommaire de l'outillage du droit et de son *modus operandi* dans les actions et relations sociales. Bien des mystères entourent encore la régulation assumée par une batterie de normes, dont les juristes maîtrisent par ailleurs si bien les énoncés, ainsi que sa combinaison avec d'au-

Law and professional relationships - Standards relating to working and professional relationships are undergoing useful codification and interpretation, as a result of reforms aimed at modernising industrial relations or included in government employment policies. But the uses to which standards are put and the practices they are supposed to control have also provoked a notable amount of activity in the field of legal sociology. In addition, current approaches of sociologists studying employment and certain theoretical considerations of economists are now favouring a rethink on the role of the law in the drawing up and formulation of industrial relations.

tres espèces de régulation sociale. Or, le domaine saisi par le droit du travail fait aujourd'hui l'objet de préoccupations ou d'apports théoriques dans des champs scientifiques voisins, qui offrent quelques chances d'avancer de manière décisive vers une plus fine intelligence du rôle «médiateur» du droit, tant à l'échelle de l'ensemble d'une société que dans les actions du quotidien.

Les sociologues du travail rencontrent des phénomènes juridiques dans leur propre champ d'opération, dès lors surtout que celui-ci s'étend à l'ensemble des rapports, individuels ou collectifs, qui s'établissent relativement au travail. Il apparaît qu'ils manifestent plus d'attention que naguère à cette présence du juridique dans leur objet. Voilà qui est prometteur pour la connaissance du droit du travail, à condition que ses spécialistes soient en mesure de répondre à l'appel à la coopération ainsi lancé.

Des courants novateurs

Si ces curiosités assez nouvelles sont riches surtout de promesses, c'est à certains courants de la pensée économique actuelle que l'on doit les apports majeurs à l'éclaircissement de la part du droit dans l'organisation et les relations tant internes qu'externes des entreprises. Nous songeons aux courants parfois rapprochés sous l'appellation de «conventionnalisme». Ils mettent en évidence l'irréalisme de la classique opposition du marché et de la règle, en établissant combien la représentation d'un marché

qui serait un espace vierge de toute forme de normativité tient du mythe: tout marché est proprement inconcevable sans, au moins, une «convention constitutive» fournissant un cadre commun aux actions. La présence des dispositifs juridiques est parfois explicitement considérée (on pense aux travaux sur l'émergence historique de la catégorie de «chômeur») et certains de ces économistes n'hésitent pas à proposer une interprétation du rôle et des évolutions du droit du travail. On devine l'intérêt de ce front de recherches qui établissent la présence et l'efficacité des règles et représentations juridiques au cœur même de la formation des rapports de travail et de leur fonctionnement. Pour autant, des équivoques subsistent dans la mesure où, par exemple, les termes de «convention» ou de «contrat de travail» dont il est question dans maints écrits de ces économistes ne nomment peut-être pas exactement ce que le langage du droit leur fait désigner. Il y a là un terrain ouvert à une nécessaire collaboration de chercheurs de disciplines différentes. Sa perspective constitue, en soi, l'acquis majeur de la recherche scientifique sur le droit directement relatif à l'entreprise et aux relations professionnelles.

■ Antoine Jemmail, professeur à l'université Jean Monnet, directeur du Centre de recherche critique sur le droit (URA 1155 CNRS), Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme, 33, rue du 11 novembre, 42023 Saint-Étienne Cedex 2.

Le droit commercial: le regard de l'historien

La préoccupation des gens de doctrine et des hommes d'affaires suscite la réflexion des historiens quant au processus de création du droit des affaires: interrogation prospective qui peut améliorer le travail du législateur.

■ Jean Hûaire

À la fin du siècle dernier, les historiens qui s'attachaient aux faits économiques découvraient l'importance du droit du commerce; ils scrutaient les origines de la lettre de change, la formation des sociétés, le développement des juridictions consulaires. Après une éclipse de plusieurs

décennies, ce genre de recherche est redevenu d'actualité. L'intérêt porté en Europe à la codification du droit a ramené l'attention sur les grandes lois telles que l'ordonnance promulguée par Louis XIV sous l'influence de Colbert en 1673 pour le commerce terrestre et, plus encore, le Code de commerce de 1807, dont le retentissement avait été considérable en dehors des frontières de l'Empire.



Un marché sous la République Universelle, 1848 - Gravure Musée Carnavalet, Paris. (© Edimedia)

► Entre les textes et la pratique

C'est aussi, en France particulièrement, l'évolution du *droit commercial* et plus largement du *droit des affaires* (nouveau concept doctrinal marquant la liaison étroite entre droit commercial, fiscalité et droit pénal spécifique notamment) qui a poussé les spécialistes à élargir leurs horizons. Depuis la fin du second conflit mondial, en effet, l'inflation des textes législatifs et réglementaires et leur manque de cohérence provoquent une critique quasi unanime des juristes; d'autant que la doctrine s'efforce d'étendre toujours davantage sa connaissance de la vie pratique et de ses problèmes. En quête d'explications constructives, la doctrine actuelle accroit plus que jamais son champ de recherche à la fois dans l'espace, par la comparaison avec les systèmes juridiques extérieurs, et dans le temps par l'appel à l'histoire. Déjà, en 1950, le doyen Hamel, dans chacun des ouvrages collectifs qu'il avait suscités sur la vente et le gage en matière commerciale ou sur la commission, avait délibérément fait place à un chapitre sur l'évolution de ces institutions pour en éclairer l'état contemporain.

Une nouvelle démarche

Que l'appel à l'histoire vienne de juristes qui vivent le droit de leur époque presque au jour le jour n'est pas en soi un phénomène bien surprenant, tant le présent est tributaire du passé. En revanche, cela modifiait considérablement le point de vue et la démarche que devaient désormais adopter les histo-

riens du droit. Ils n'étaient plus tout à fait libres de concevoir l'histoire pour elle-même en réservant leurs efforts avec prédilection aux documents des époques les plus lointaines; appelés à préparer une histoire plus immédiatement utile à la compréhension du droit contemporain, ils devaient au contraire partir de ce droit pour remonter le temps, sans pour autant, bien entendu, se priver d'aller chercher aussi haut qu'il serait nécessaire.

Les quinze dernières années ont alors vu s'ajouter dans les travaux historiques une nouvelle stratification correspondant exactement à cette orientation. Ainsi ont pu être expliquées l'équivoque et l'insuffisance de la notion de fonds de commerce, toujours soulignées par la doctrine et consacrées par le législateur qui s'était d'ailleurs bien gardé d'introduire la moindre définition dans les textes. Ces faiblesses de l'institution sont apparues proprement congénitales: aux environs de 1780, les notaires parisiens avaient, tant bien que mal et dans un souci purement pratique, intégré à leur

History and commercial law - For about the last 100 years, commercial law has become a subject of study by historians, alongside economic itself. Recent developments in business law, by provoking reconsideration on the institutions and on the nature of this branch of the law, have renewed this historical interest, but from the perspective of contemporary law: this new insight has given fresh vigour to this field of study.

formulaire le tout nouvel usage des marchands d'attribuer une valeur vénale à la clientèle en cas de cession de leurs fonds de boutique comme dans les bilans de faillite. La recherche historique portait alors implicitement la question fondamentale de savoir si la force de la tradition constituait une raison suffisante à la pérennité d'une institution au demeurant attaquée à d'autres titres. L'étude du développement du droit des sociétés de capitaux depuis la fin du XVIII^e siècle a également apporté son lot d'utiles renseignements tant sur la société en commandite — qui retrouve aujourd'hui un certain regain de faveur comme structure susceptible de décourager les OPA inamicales en plaçant les commandités hors d'atteinte — que sur la société anonyme dont les contours avaient été façonnés par le Conseil d'Etat dès la première moitié du XIX^e siècle par le biais de l'autorisation gouvernementale imposée par le Code de 1807. La liste des travaux de même portée s'étend encore aux dessins et modèles, au commissariat aux comptes dans les sociétés, au compte courant, aux juridictions consulaires.

Pour venir en aide au législateur

Enfin l'expansion du droit des affaires, l'apparent phénomène d'accélération, ont provoqué une constante interrogation quant au processus de création de ce droit, aux besoins et à l'avenir des institutions. Une réflexion prospective a ainsi été tentée à propos de la meilleure politique législative possible en la matière, espérant améliorer le travail du législateur en repérant avec une précocité suffisante les tensions qui affectent des institutions en cours d'évolution et qui provoqueront, à plus ou moins brève échéance, de nouvelles modifications des normes. L'analyse historique a révélé des constantes dans le processus d'élaboration du droit, qui prend même un caractère conflictuel entre le légalisme de principe de notre système juridique et la résurgence de l'usage dans la vie des affaires: même si la pratique offre une inertie considérable à la loi et peut innover par l'usage, elle demeure dans l'ensemble tributaire de l'intervention législative. Une telle réflexion supposait une profondeur de champ dans l'investigation que l'histoire, par nature, était tout à fait apte à lui apporter.

■ Jean Hénaire, professeur à l'université de Droit, économie et sciences sociales de Paris II, directeur du Centre d'étude d'histoire juridique (URA 955 CNRS), Archives nationales, 60, rue des Francs-Bourgeois, 75141 Paris Cedex 05.

L'Europe et le droit communautaire

Ordre juridique nouveau en formation, devant exprimer à la fois la nature propre de la Communauté et les influences des systèmes juridiques nationaux, le droit des Communautés européennes propose aux chercheurs un champ d'investigation exceptionnel.

Robert Kovar

Des raisons multiples expliquent l'attention croissante portée par les juristes au droit communautaire. La nouveauté relative de ce droit peut être l'une d'entre elles, encore qu'à l'origine les juristes qui voulaient bien s'intéresser à lui ne constituaient qu'une maigre phalange. On se réjouira de constater que nombreux sont ceux qui depuis sont venus grossir les rangs des premiers aventuriers, en considérant que cette évolution est un des signes de la réussite des Communautés européennes. Il n'est pas jusqu'au Conseil d'Etat qui, au terme d'une longue réticence, n'ait finalement été touché par la grâce communautaire.

L'importance des enjeux économiques, sociaux et politiques de la construction communautaire est, sans nul doute, la considération déterminante. La perspective de l'achèvement du «marché intérieur» contribue à orienter davantage encore praticiens et chercheurs vers l'étude du système juridique des Communautés européennes.

L'ampleur et la diversité du domaine couvert, qui touche aussi bien au droit douanier qu'au droit commercial, social, fiscal, administratif ou encore de la concurrence, fait qu'aucune des spécialités juridiques ne peut désormais ignorer la dimension communautaire. Trop longtemps réservé à des spécialistes, le droit des Communautés européennes interpelle l'ensemble des juristes. Il les oblige à intégrer, dans leur pratique

comme dans leur réflexion, un corps de règles complexes et spécifiques.

Par sa richesse, le droit communautaire constitue pour la recherche en science juridique un champ d'investigation exceptionnel. Sa jeunesse, trente ans d'âge, permet d'observer un ordre juridique nouveau en formation. Le rôle éminemment constructif de la Cour de justice des Communautés européennes a été et demeure l'un des thèmes de recherche privilégiés. Il amène à confronter cette expérience avec celle d'autres juridictions comme la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique.

Une nature composite

L'ordre juridique communautaire présente la particularité de devoir exprimer à la fois la nature propre de la Communauté et les influences des droits de ses Etats.

La spécificité des Communautés les rend irréductibles à toutes les théories fédéralistes, supranationalistes, institutionnalistes ou internationales construites pour rendre compte de leur nature juridique. Celle-ci est détermi-

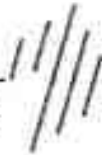
née par une tension entre les catégories du fédéral et de l'international. Cette tension confère aux Communautés une nature composite, voire instable, qui voue à l'échec toute tentative de les réduire aux catégories classiques des groupements d'Etat, mais, en même temps, elle contraint le chercheur à l'innovation. Cette innovation permet de réviser souvent avec profit les concepts et les instruments utilisés pour l'analyse des systèmes juridiques internes ou internationaux. C'est ainsi qu'en matière de sources du droit, la notion de directive a suscité d'intéressantes comparaisons avec les techniques législatives étatiques. De même, le développement de principes généraux de droit par la Cour de justice est un stimulant pour l'étude de la jurisprudence des juridictions nationales. L'ordre juridique communautaire se juxtapose, mais aussi se superpose aux ordres juridiques nationaux. Leurs relations atteignent une intensité qui dépasse de beaucoup celles du droit international avec les droits étatiques. La discrétion des traités instituant les Communautés européennes ont contraint la Cour de justice et les juridictions nationales à devoir dégager, souvent dans des conditions délicates, des solutions conformes aux exigences du droit communautaire. Les droits nationaux s'en sont fréquemment trouvés perturbés dans leurs certitudes les plus fondamentales. Ils ont eu à s'accoutumer, à coexister avec des règles communautaires toujours plus présentes, à reconnaître leur primauté et leur application directe. La manière dont les divers droits nationaux ont su s'adapter représente un thème de recherche particulièrement instructif.

L'étude des institutions communautaires



Des stocks de viande et de beurre d'intervention. (© Cliché Gayard/REA). L'importance des enjeux économiques explique l'attention croissante portée par les juristes au droit communautaire.

The European Community and law - European Community law ought to express both the nature of the Community itself and the influences and rights of the member states. The development of European laws has called into question entire branches of national legislation. The influence of European legislation on laws dealing with consumer affairs, the environment, health and industrial ownership has grown steadily.



► taires ne se justifie pas seulement pour elle-même : elle s'impose à tous les «publicistes», constitutionnalistes, administrativistes en raison des répercussions de ces institutions sur les appareils étatiques. La nécessité de concevoir les rapports entre les organes et les administrations nationales et communautaires s'impose comme un impératif majeur. Des recherches ont déjà été entreprises : elles gagneraient à être élargies, approfondies et systématisées.

Les spécialistes du droit comparé ont trouvé dans la construction communautaire un champ d'intervention revivifié. L'action d'harmonisation des législations conduite par les Communautés a fortement contribué à assigner une finalité fonctionnelle aux recherches comparatistes.

Une emprise progressive sur le droit des Etats

Le développement de la réglementation communautaire a eu pour conséquence de remettre en cause des pans entiers des législations nationales. Nul secteur du droit ne peut prétendre être à l'abri de ce processus. Le droit pénal, qu'on aurait pu croire par essence étran-

ger à la construction communautaire, a lui aussi subi la pression des exigences du droit communautaire. Le pouvoir sanctionnateur des Etats connaît de nouvelles limites. Simultanément, les Etats doivent mettre ce pouvoir au service du droit communautaire. Enfin, dans le domaine du droit de la concurrence, la commission a été investie de compétences répressives destinées à combattre les pratiques anticoncurrentielles.

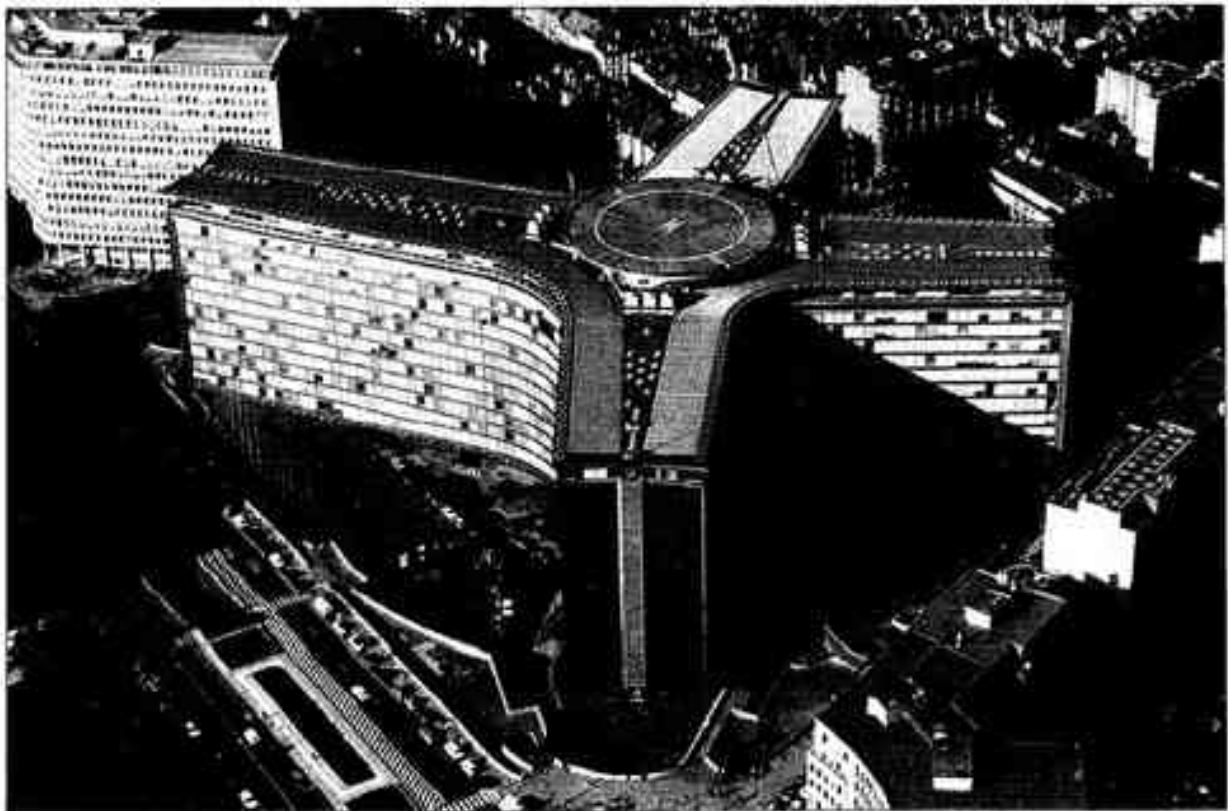
L'emprise du droit communautaire s'affirme progressivement sur le droit de la consommation, de l'environnement, de la santé ou encore de la propriété industrielle.

L'élaboration de normes communautaires est l'occasion de confronter les mérites des législations nationales. De multiples groupes d'experts gravitent dans l'orbite de la Communauté, favorisant les échanges intellectuels. Chacun apprend à relativiser ses propres conceptions nationales et à s'ouvrir aux enseignements des autres droits.

Trop lentement peut-être au gré de certains, les Communautés sont devenues un acteur majeur des relations économiques internationales. Progressivement, elles s'efforcent de se constituer

une stature politique. Leur insertion dans le droit international n'est possible qu'en imaginant des formules novatrices. Il en est ainsi de la capacité contractuelle des communautés, de leur participation à des organisations intergouvernementales, de l'exercice du droit de légation ou enfin du régime de leur responsabilité. La composition originale des Communautés interdit de leur transposer les solutions établies du droit des gens. L'élargissement des compétences internes de la Communauté, par le biais de la pratique de ses institutions ou de l'Acte Unique Européen, suscite des problèmes inédits, de même que l'attraction exercée par les Communautés en Europe sur les Etats appartenant à la sphère d'influence de l'Union soviétique.

■ Robert Kowar, professeur de droit communautaire à l'université Robert Schuman, Centre d'études internationales et européennes (URA 1393 CNRS), Faculté de droit, 1, place d'Athènes, 67084 Strasbourg Cedex.



Le palais de l'Europe à Bruxelles. (© CEE/diffusion Documentation française). L'ordre juridique communautaire présente la particularité de devoir exprimer à la fois la nature propre de la Communauté et les influences des droits de ses Etats.

DROIT, SCIENCES, TECHNOLOGIES

Les découvertes scientifiques et les progrès de la technologie lancent des défis de plus en plus nombreux aux sociétés. Dans sa double qualité de réflexion sur les normes devant régir les communautés humaines et de technique d'action, le droit est particulièrement sollicité pour proposer des solutions ; celles-ci deviennent d'autant plus complexes qu'elles ne sauraient ignorer la nécessité de l'interdisciplinarité et l'internationalisation de plus en plus prononcée des problèmes majeurs.

La nature de l'espace cosmique, des grands fonds marins, de l'environnement, des génomes, mais aussi la capacité d'effectuer des manipulations génétiques, d'emmagasiner et de gérer des informations ou de mieux connaître notre biosphère, rendent aujourd'hui indispensable une coopération avec les représentants d'autres spécialités. Pour le juriste, ces derniers doivent pouvoir donner les éléments des problèmes à résoudre et indiquer les solutions envisageables. Une chaîne interdisciplinaire est donc nécessaire dans laquelle le droit sera généralement un des derniers, sinon le dernier maillon, proposant des solutions directement aux décideurs.

L'internationalisation croissante est la deuxième caractéristique des nouveaux domaines d'intervention du droit. Pour l'espace cosmique et les grands fonds marins, on ne peut guère imaginer qu'il en soit autrement. En génétique et en informatique, la nature même des recherches rend également impossible tout confinement dans des frontières étatiques. Par ailleurs, ces dernières n'ont jamais pu empêcher la propagation des pollutions ou les migrations d'espèces de la faune et de la flore sauvages. Nous comprenons de mieux en mieux que les problèmes d'environnement deviennent, à partir de certaines dimensions, nécessairement internationaux, voire planétaires.

Que peut faire le droit confronté à de tels défis ? Une des voies possibles est de tenter d'utiliser les concepts juridiques existants, souvent basés sur le droit de propriété : patrimoine, *res communis*, choses ou espaces non appropriables. Des opérations de codification sont possibles – c'est le cas de la mer – mais on peut aussi développer le droit en appliquant des solutions existant dans un domaine à un autre : il en a été ainsi pour l'espace cosmique. Dans tous les cas, la connaissance de la pratique est indispensable et

l'informatique, précisément, peut être un outil de valeur pour y aider.

Toutefois, le plus souvent les sciences du droit ont dû s'engager dans de nouvelles voies, en créant de nouvelles catégories juridiques comme le patrimoine commun de l'humanité, de nouvelles institutions ayant des structures inédites, ou de nouvelles techniques juridiques, comme les régimes imposant l'étude des conséquences de certains actes ou activités envisagés. Mais le droit a dû aussi s'interroger sur la nature de choses auparavant inconnues : biens informatiques, biens de l'environnement, cellules vivantes. Ces réflexions ont pu mener à la formation de nouveaux modes de pensée, voire à la recherche d'une nouvelle éthique, comme dans les domaines de l'informatique ou de la génétique, en attendant que s'impose une éthique de l'environnement.

Exprimant ou essayant de formuler de nouvelles valeurs sociales, jamais les juristes n'ont eu autant besoin d'imagination que de nos jours.

Alexandre Kiss
Directeur de recherche au CNRS

Un nouveau droit de la mer

La Convention de 1982 a profondément transformé le droit de la mer. Elle n'a pas pour autant réglé tous les problèmes et de nouvelles pratiques voient le jour.

■ Jean-Pierre Beurier
Jean-Pierre Queneudec

Constitué par l'ensemble des règles internationales applicables au milieu marin et à ses diverses utilisations, le droit de la mer est demeuré pendant longtemps un droit purement coutumier résultant de la pratique suivie par les principales nations maritimes.

D'un droit coutumier...

La mer étant traditionnellement considérée avant tout comme une voie de communication, le droit international classique en organisait le statut en distinguant entre les vastes espaces de haute mer relevant d'un régime de totale liberté et les étroites bandes côtières d'eaux territoriales soumises à la souveraineté des Etats riverains. Le régime juridique bâti autour de cette distinction fondamentale est resté pratiquement inchangé jusqu'à la seconde guerre mondiale.

Ce schéma classique a été progressivement érodé par le progrès des techniques et la diversification des activités maritimes engendrée par le développement technologique.

De plus en plus considérée comme un immense réservoir de ressources naturelles, la mer est peu à peu devenue le lieu privilégié de l'expansionnisme de la plupart des Etats côtiers, à la fois désireux de s'approprier les richesses pétrolières contenues dans les fonds marins et soucieux de se réserver l'exploitation des ressources biologiques dans des zones adjacentes d'étendue croissante. Ce mouvement d'appropriation nationale d'espaces maritimes de plus en plus étendus a pris naissance en 1945 avec la proclamation Truman, par laquelle les Etats-Unis sont venus affirmer leurs droits exclusifs sur les ressources du plateau continental au large de leurs côtes.

Les conventions relatives au droit de la mer adoptées en 1958 à Genève, tout en codifiant les règles coutumières préexistantes, ont fait une place aux nouvelles prétentions manifestées par les Etats côtiers; mais elles ont très vite été dépassées sur de nombreux points, en raison notamment de la contestation dont elles ont été l'objet de la part des pays en développement.

... à la Convention de 1982

La revendication d'un nouvel ordre juridique applicable à l'ensemble des mers et des océans a conduit à l'élaboration et à l'adoption de concepts et de principes entièrement nouveaux, qui sont à la base de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

En vertu de cette convention, les Etats côtiers sont à présent en droit d'instituer, en plus d'une mer territoriale de 12 milles marins au maximum, une zone économique exclusive de 200 milles, dans laquelle ils exercent des droits souverains sur toutes les ressources naturelles et où ils disposent également de certains pouvoirs en matière de préservation du milieu marin et de lutte contre la pollution, ainsi que de compétences étendues à l'égard des activités de recherche scientifique marine. En outre, les droits de l'Etat côtier sur le fond de la mer peuvent s'exercer au-delà de 200 milles, puisque le plateau continental lui appartenant est désormais défini comme le prolongement naturel du territoire de l'Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale et qu'il peut s'étendre, dans certains cas, jusqu'à 350 milles marins au large des côtes.

Le nouveau droit de la mer consacre donc l'extension de la juridiction des Etats côtiers sur des zones maritimes de plus en plus vastes, et ce fait est irrémédiablement acquis. Dans le même temps, il tend à préciser les conditions d'exercice de la liberté de navigation, en particulier en détaillant les règles relatives au droit de passage inoffensif dans la mer territoriale et en maintenant le régime de la libre circulation maritime et aérienne, non seulement en haute

A new law of the sea - Maritlaw customary law, codified in 1958, was changed profoundly by the 1982 Convention, which extended the rights of coastal states over marine resources, detailed the conditions for the exercise of freedom of navigation, and created a complex mechanism for the management of the deep sea bed. However, areas of uncertainty still exist, where new practices worthy of study are being created.

mer, mais aussi dans les zones économiques exclusives. De même, dans les détroits internationaux qui mettent en communication deux mers libres, est affirmé un droit de passage en transit sans entrave pour tous les navires et aéronefs.

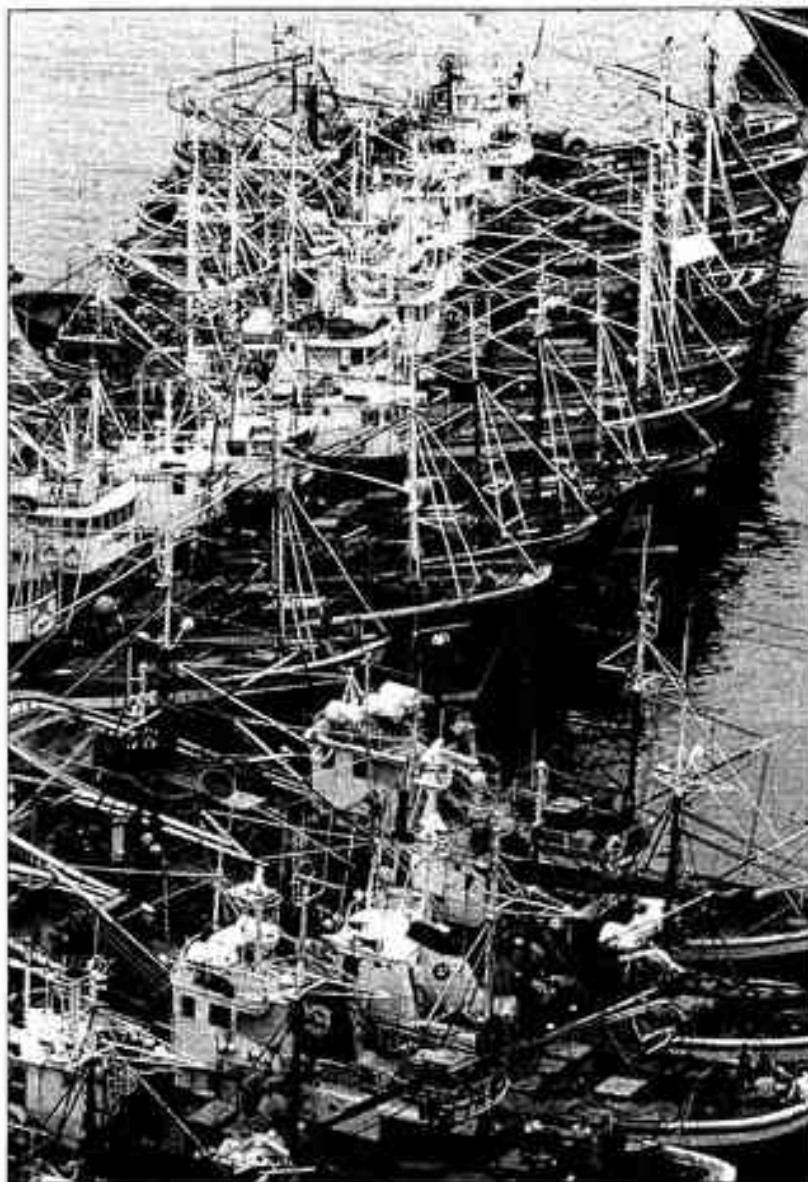
Ce droit nouveau est par ailleurs animé par le souci d'ériger les grands fonds marins en une sorte de domaine public international. Ce qui conduit à prévoir, pour ces espaces sous-marins situés au-delà des plateaux continentaux, une gestion collective assise sur la notion de patrimoine commun de l'humanité.

Gérer les grands fonds marins

Afin d'assurer l'exploitation des ressources de cette zone internationale des fonds marins, la convention prévoit la création d'une organisation internationale particulière, par l'intermédiaire de laquelle seront organisées et contrôlées toutes les activités menées dans la zone internationale. Cette autorité internationale des fonds marins disposera non seulement de larges pouvoirs de réglementation et de contrôle, mais aussi de ressources financières substantielles provenant soit des redevances perçues à l'occasion des autorisations d'exploitation qu'elle délivrera à des Etats ou à des sociétés, soit de l'exploitation qu'elle mènera elle-même par le biais d'une entreprise internationale chargée de l'extraction, du transport, du traitement et de la commercialisation des minéraux extraits des fonds marins internationaux. Il lui reviendra ensuite d'assurer le partage équitable de ces ressources, en tenant particulièrement compte des intérêts et des besoins des Etats en développement.

Ce mécanisme international très complexe ne pourra cependant voir effectivement le jour que si la convention est ratifiée par un nombre significatif d'Etats comprenant ceux d'entre eux qui sont directement intéressés par l'exploitation des grands fonds marins, c'est-à-dire ceux disposant à la fois de la technologie et des moyens financiers nécessaires.

Bien qu'elle ne soit pas encore entrée en vigueur, n'ayant reçu au 1^{er} octobre 1989 que 40 ratifications sur les 60 qui sont nécessaires, la convention de 1982 représente d'ores et déjà le texte international de référence en matière de droit de la mer. Les institutions qu'elle crée et les règles qu'elle édicte conditionnent à présent la conduite des Etats en cette matière et les amènent désormais à adapter ou à modifier leur législation nationale afin de mettre celle-ci en harmonie avec le nouveau droit de la mer.



Blocus du port d'Hendaya par les chalutiers espagnols. (© Cliché F. Poincet/Sygm). Le droit de la mer traite les problèmes d'accès aux zones de pêche.

Les champs ouverts à la recherche

Aussi les travaux entrepris en ce domaine au cours des dernières années par la recherche juridique française ont-ils eu pour objet principal d'évaluer les conditions de mise en œuvre des dispositions de la Convention de 1982. Plusieurs études ont été menées, qui ont mis en évidence les caractéristiques du nouveau régime des espaces maritimes, qu'il s'agisse des zones placées sous juridiction nationale, comme les zones économiques exclusives, ou de la zone internationale des fonds marins. Dans le

même temps a été peu à peu affiné le cadre conceptuel dans lequel le nouvel ordre juridique maritime est appelé à déployer ses effets.

Divers problèmes demeurent toutefois encore en suspens dans le droit de la mer contemporain et constituent autant de champs ouverts à la recherche. Il en est ainsi, par exemple, du régime de la navigation dans les eaux côtières, des limites assignées aux pouvoirs de l'Etat côtier dans la gestion de sa zone économique, de ses droits éventuels sur les ressources biologiques au-delà des limites extérieures de cette zone, ou encore des conditions d'exercice des activi-

tés de recherche scientifique dans des eaux soumises à une souveraineté ou une juridiction étrangère. De même en est-il de questions plus particulières concernant les règles de droit applicables aux épaves découvertes en haute mer ou dans une zone économique exclusive, ou celles régissant la pose et l'entretien de câbles sous-marins sur le plateau continental d'un Etat côtier.

Sur ces différents points, la Convention de 1982 n'apporte pas de réponse claire ou est insuffisamment explicite. Comme elle ne lie pas encore juridiquement les Etats, faute d'être en vigueur, il est du plus haut intérêt théorique et pratique de tenter de percevoir comment de nouvelles pratiques coutumières pourraient la compléter ou pallier ses insuffisances.

L'étude de ces différents aspects implique non seulement des recherches approfondies portant notamment sur les travaux préparatoires de la convention, qui sont d'un accès d'autant plus malaisé qu'ils n'ont pas tous été rendus publics, mais elle nécessite également bien souvent des analyses très poussées de droit comparé, afin de déterminer le sens et la portée des pratiques effectivement suivies par les Etats dans la mise en œuvre des nouvelles règles; ce qui suppose des efforts particuliers pour surmonter à la fois les obstacles documentaires et linguistiques et les difficultés inhérentes au maniement d'une pluralité de systèmes juridiques étrangers.

De surcroît, bon nombre de projets de recherche en matière de droit de la mer ne peuvent être valablement et efficacement développés que dans une optique résolument inter-disciplinaire. Tel est plus particulièrement le cas en ce qui concerne le droit des délimitations maritimes.

Il est enfin une autre dimension que la recherche française en matière de droit de la mer doit aussi prendre en compte, eu égard à la participation de notre pays à la Communauté économique européenne qui intègre déjà certaines activités maritimes menées par des ressortissants des Etats membres. Les perspectives ouvertes par l'Acte unique européen laissent entrevoir, en effet, un dépassement inévitable de «l'Europe bleue», exclusivement conçue jusqu'ici en termes d'organisation du secteur des pêches maritimes.

■ Jean-Pierre Beurier, maître de conférences, directeur du Centre de droit et d'économie de la mer (URA 1264 CNRS), Faculté de droit et de sciences économiques, 12, rue de Kergoul, BP 331, 29273 Brest Cedex.

■ Jean-Pierre Quéroudec, professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, 12, place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 05.

Le droit devant l'espace et les grands fonds marins

■ Claude-Albert Colliard

De nouveaux régimes juridiques ont été élaborés pour régir le monde sous-marin et l'espace, devenus accessibles à l'homme à partir des années 1960. Ils sont le contrepoint du droit classique et présentent entre eux de grandes analogies qu'on peut rassembler suivant cinq grands principes :

- Une approche internationale générale avec l'intervention de l'ONU pour l'établissement du système juridique. De nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ainsi que des traités élaborés sous son égide constituent aujourd'hui un régime juridique cohérent pour régir ces espaces.
- Une utilisation pacifique qui peut aller dans certains cas jusqu'à la dé-militarisation de lieux déterminés.



Le Nautilus en plongée: il permit l'exploration jusqu'à 6 000 mètres de profondeur. © Clive La Coquelle-Genavril/Heures. L'exploration des grands fonds marins doit être pacifique, faite dans l'intérêt de l'humanité tout entière et à des fins de recherche scientifique.

- Les activités menées dans ces domaines doivent sauvegarder l'intérêt de l'humanité tout entière.
 - La non-appropriation par les Etats de certains espaces: l'espace cosmique, la Lune et les corps célestes, les grands fonds marins.
 - La liberté de la recherche scientifique est proclamée, bien que la Convention sur le droit de la mer ne le fasse qu'avec quelques réserves.
- Toutefois, il existe également des différences entre la réglementation

de l'espace cosmique et celle des grands fonds marins, dans la procédure d'élaboration et dans l'acceptation par les Etats. Tous les traités concernant l'espace cosmique, préparés par un organe de l'ONU sont en vigueur, alors que la Convention sur le droit de la mer, élaborée lentement par une conférence diplomatique, n'a encore réuni que 40 ratifications sur les 60 requises.

Des instruments conventionnels proclament les grands fonds marins d'une part, la Lune et les corps célestes de l'autre, patrimoine commun de l'humanité. Ce concept, apparu à la fin des années 1960, semble être appelé à s'étendre pour englober les orbites des satellites géostationnaires, le spectre des fréquences radioélectriques, l'Antarctique, la couche d'ozone stratosphérique, etc. Dans tous ces cas, la souveraineté étatique cède la place au principe de gestion en commun dans l'intérêt de l'humanité présente et future.

■ Claude-Albert Colliard, professeur émérite, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur du Centre d'études et de recherche du droit international, 12, place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 05.

La réglementation de l'espace

Scientifiques puis commerciales, avec un arrière-plan militaire préoccupant, les activités spatiales suscitent une réglementation internationale en continuelle transformation.

■ Simone Courteix

Le 4 octobre 1957, le premier satellite était mis en orbite autour de la Terre, marquant ainsi l'avènement de l'ère spatiale. En 1961, l'homme allait dans l'espace extra-atmosphérique, et, le 21 juillet 1969, le premier astronaute atterrissait sur la Lune et ramenait des échantillons lunaires.

On mesure ainsi les perspectives immenses ouvertes par la science et la technologie spatiales à la connaissance humaine. On verra que l'homme a cherché également à utiliser à des fins pratiques

les résultats obtenus. De nouvelles industries basées sur l'utilisation des satellites ont été développées.

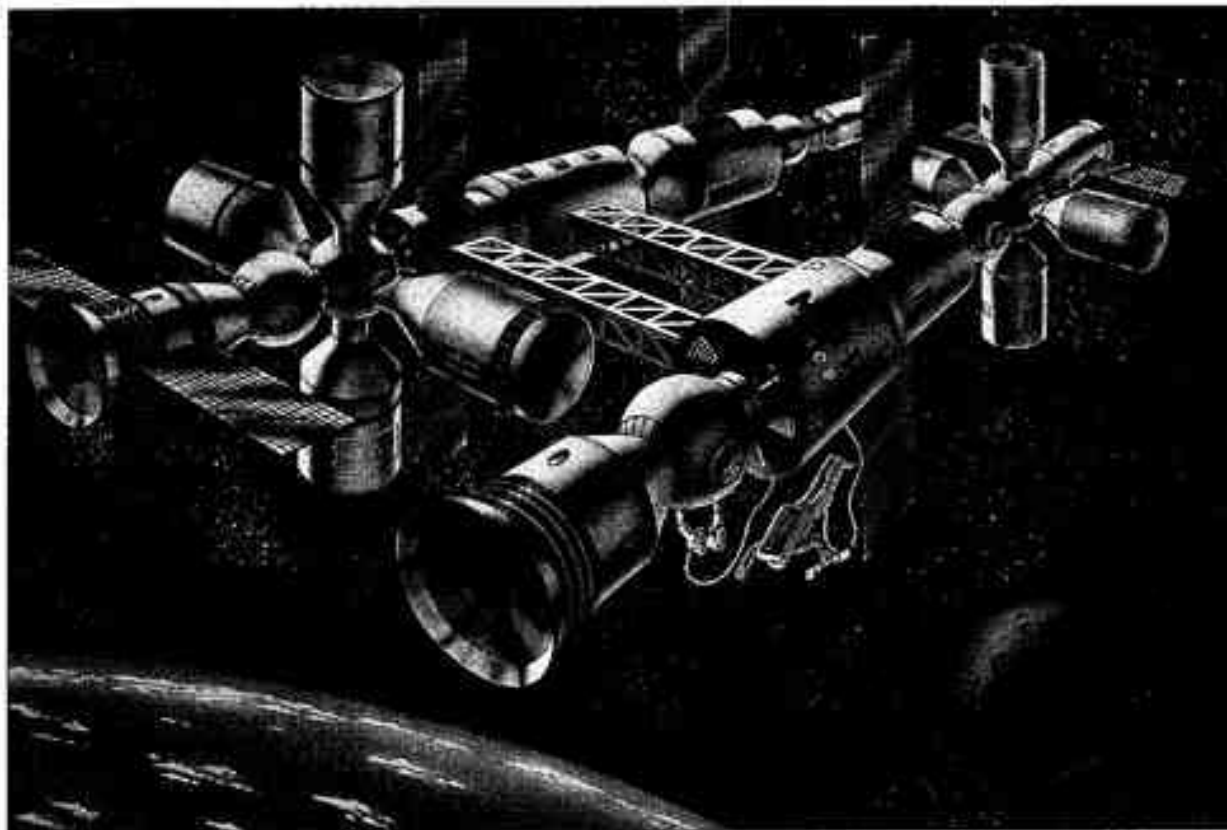
L'émergence d'un nouveau droit

Le droit de l'espace se présente comme la réglementation des activités spatiales, étant entendu que les solutions possibles seront dès l'origine de nature internationale, puisque ces activités concernent la planète entière: c'est là sa première originalité. Une seconde originalité réside dans sa méthode d'élaboration. En effet, ce droit s'est formé en plusieurs étapes. La première a été

constituée par la pratique et la formation d'une coutume internationale basée sur un consensus tacite entre Etats lanceurs d'engins et Etats dont les territoires étaient survolés. Une seconde étape a été celle d'un droit écrit élaboré essentiellement dans le cadre des Nations Unies et notamment de son comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (CUPEEA), suivant la méthode du consensus «express» adopté par cet organe des Nations Unies.

Le premier résultat obtenu par le CUPEEA a été la production d'un certain nombre de résolutions, dont la «Déclaration» de 1963 des principes juridiques sur l'exploration et l'utilisation de l'espace, repris dans le Traité sur l'espace, véritable charte fondamentale du droit de l'espace signée le 27 janvier 1967 et complétée par des conventions spécifiques dont on citera les principales :

- l'Accord de 1968 sur le retour et le sauvetage des astronautes et la restitution des objets spatiaux ;



Station MIR : premier élément des futures cités spatiales. (© Cliché A. Komarovski/APN Moscou). En trente ans d'activités spatiales, on est passé de l'ère de la recherche pure et de l'exploration de l'espace à celle de la recherche appliquée et de l'exploitation commerciale.

– la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale des Etats pour les dommages causés par des objets spatiaux. Cette responsabilité s'analyse elle-même en une responsabilité politique des Etats et en une responsabilité juridique ;

– la Convention de 1975 sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace ;

– l'Accord de 1979 sur les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes.

Ainsi a été fondé un droit qui au départ présentait un aspect quelque peu révolutionnaire par les principes nouveaux qu'il proclamait et qui tend de plus en plus à se rattacher à des concepts plus traditionnels basés sur les rapports inter-étatiques.

Les principes nouveaux du droit de l'espace qui constituent sa spécificité sont notamment :

– le principe de liberté d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique et des corps célestes. Ce principe s'analyse dans un égal accès de tous les Etats aux activités spatiales et dans la non-appropriation et la non-souveraineté de l'espace extra-atmosphérique, de

la Lune et des autres corps célestes,

– le principe de l'intérêt de l'humanité, qui a pris des dimensions précises avec la conclusion de l'Accord de 1979 sur la Lune.

Scientifique puis commercial

Comme on l'a indiqué, on assiste à un retour vers des solutions plus classiques prévues néanmoins par le Traité sur l'espace de 1967. Ce «reflux» est largement dû à l'ouverture d'un champ immense d'activités pratiques dont l'effet

Space law - Space law, controlling activities taking place in space, has three main characteristics: the first is related to its international nature, the second is concerned with the methods by which it is drawn up. Finally, it is a system which is constantly changing because of the nature of space activities themselves; these at first were scientific, but have soon tended to become commercial, but always with a disconcerting military presence in the background.

se fait sentir directement dans le cadre des territoires étatiques. Il en est ainsi par exemple des activités de télévision directe par satellite ou de télédétection, sans oublier que des difficultés naissent également du fait de l'existence d'un décalage important entre l'idée d'interdiction totale de toute activité militaire dans l'espace et la réalité des activités spatiales dont 70 % sont de nature militaire.

En trente ans d'activités spatiales, on est donc passé de l'ère de la recherche pure et de l'exploration de l'espace à celle de la recherche appliquée et de l'exploitation commerciale. Ce passage s'accompagne par ailleurs d'une militarisation de fait de l'espace. Le droit de l'espace, par essence évolutif, a donc dû s'adapter à ces mutations scientifiques et techniques et à ces nouvelles activités.

S'agissant de la commercialisation de l'espace, on constate que les utilisations privées de l'espace à finalités terrestres prenant de plus en plus le pas sur l'exploration spatiale, il a fallu les réglementer. Un droit complémentaire a donc été élaboré, notamment dans le domaine des télécommunications spa-

stiales, pour tenter de coordonner les nombreux systèmes commerciaux mondiaux, régionaux et nationaux de télécommunications par satellites mis en place. C'est l'œuvre accomplie par l'Union internationale des télécommunications qui, avec le concours du CUPEEA, a également tenté de résoudre des problèmes aussi difficiles que ceux posés par la radiodiffusion par satellite (ou télévision directe par satellite), compte tenu des graves menaces qu'elle comporte pour la souveraineté des Etats. On citera notamment le problème posé par des programmes émis à partir d'un Etat et susceptibles d'être reçus directement par les ressortissants d'un autre Etat.

La télé-observation de la Terre à partir de l'espace constitue un second volet de l'impact terrestre des utilisations pacifiques de l'espace. Le développement de systèmes opérationnels de télédétection par satellite à des fins commerciales avait conduit dès 1972 le CUPEEA à envisager l'adoption d'un code de bonne conduite sur l'utilisation des satellites aux fins de télédétection. Un consensus a pu s'établir en décembre 1986 sur certains principes, qui font prévaloir dans ce domaine les impératifs liés à une véritable coopération internationale.

Dans les deux grands domaines que l'on vient de citer, on observe en fait soit l'insuffisance du droit positif existant, soit le caractère limité de la valeur nor-

native de ce droit dont l'application effective dépend en réalité de la bonne volonté des Etats.

S'agissant de l'évolution juridique liée au progrès technologique, on rappellera que l'élaboration du droit de l'espace a débuté avant même que le concept d'espace extra-atmosphérique ait été précisé dans ses limites physiques. Le problème d'une limite géographique entre l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique n'est toujours pas réglé et reste à l'ordre du jour du CUPEEA. Sur cette question est venue se greffer celle du statut de l'orbite géostationnaire qui fait l'objet, de la part de certains Etats équatoriaux, d'une revendication de souveraineté sur le segment de cette orbite situé au-dessus de leur territoire.

Les questions en suspens

L'avenir du droit de l'espace est donc lié à l'évolution que les activités spatiales vont connaître dans le futur. A cet égard, on ne saurait passer sous silence les aspects liés à la militarisation de l'espace. Le traité sur l'espace avait affirmé l'utilisation «pacifique» de l'espace, formule qui a donné lieu à d'importantes difficultés d'interprétation. L'utilisation militaire accrue de l'espace, et notamment les projets d'armes anti-satellites des deux grandes puissances, ont eu pour résultat de politiser

avant tout la question du droit applicable au désarmement ou au non-armement dans l'espace. Cette affaire politique ne relève plus du CUPEEA, mais d'autres enceintes internationales s'occupant du désarmement, sans préjudice des conversations bilatérales entre les deux Grands.

D'autres problèmes, cette fois proprement pacifiques, restent à résoudre. On songe notamment aux stations spatiales que l'URSS, les Etats-Unis et l'Europe, mais aussi le Japon et la Chine envisagent de construire seuls ou en coopération. Des problèmes juridiques nouveaux se poseront également avec la constitution des futurs systèmes de transports spatiaux. Enfin, la multiplication des vols spatiaux pourrait bien entraîner des conséquences sur l'environnement aussi bien spatial que terrestre et rendre nécessaires des mesures de protection appropriée. Nul doute que, dans le cadre d'un droit spatial en pleine évolution, des formules nouvelles aient à être trouvées afin qu'aucun hiatus n'apparaisse entre le progrès technologique et la satisfaction des besoins commerciaux d'une part, et la maîtrise juridique des activités spatiales d'autre part.

■ Simone Courteix, directeur de recherche au CNRS, Institut de droit comparé (URA 166 CNRS), 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.

Droit et protection de l'environnement

Une législation dans presque tous les pays du monde, des centaines de traités entre Etats : la protection de l'environnement fait l'objet depuis trente ans d'une intense activité juridique.

■ Alexandre Kist

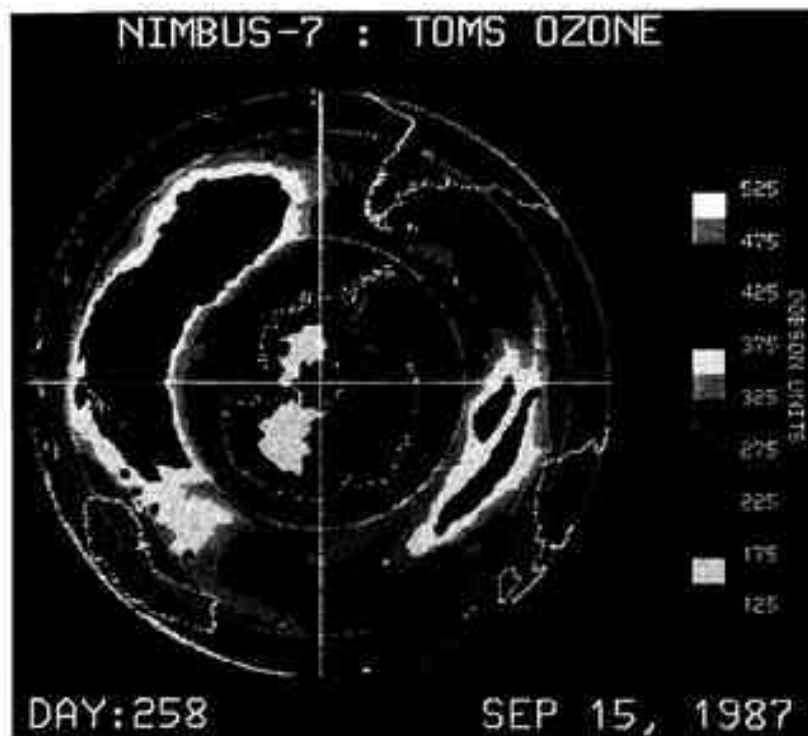
L'un des défis majeurs auxquels les sciences du droit ont dû faire face au cours des dernières décennies était la nécessité d'arrêter les détériorations de l'environnement. Il convient d'entendre ce dernier comme signifiant le milieu de vie de tout être humain et, par une extension inadé-

quante, toute la biosphère, soit la partie de l'univers où se concentre toute vie.

Une nouvelle branche du droit

Certes, depuis le Moyen Age il existait des règles concernant certaines formes de pollution — comme celle de l'air — et limitant les prélèvements sur des ressources naturelles — gibier, bois. Ces

prescriptions sont devenues de plus en plus nombreuses avec l'âge industriel. Toutefois, il aura fallu attendre les années 1960 pour qu'une prise de conscience, très rapidement devenue universelle, envisage l'ensemble de l'environnement — ce dernier terme était même pratiquement inconnu auparavant. Une législation méthodique cherchant à protéger les eaux continentales, l'air et les mers contre la pollution, ainsi que la faune et la flore sauvages contre une exploitation excessive date de cette époque, tant à l'intérieur des Etats qu'au plan international. Le mouvement ne cesse de s'intensifier, si bien qu'à l'heure actuelle, pratiquement tous les Etats du monde ont une législation protégeant l'environnement — plus ou moins développée, il est vrai — et qu'au plan international, il existe des centaines de traités conclus entre Etats et de résolutions adoptées par des organisations intergouvernementales. Il



Carte satellite montrant une diminution de la couche d'ozone au-dessus de l'Antarctique en septembre 1987. (© NASA/Cosmos). De plus en plus nous découvrons des problèmes écologiques dont les dimensions sont telles qu'ils ne peuvent être résolus par un seul pays.

convient d'y ajouter les quelque 150 textes émanant de la Communauté économique européenne, pour avoir une image complète des dimensions qu'a prises cette nouvelle branche du droit.

Interdisciplinaire et international

Dès le début de ce que l'on peut appeler « l'ère écologique », il était bien évident que le droit à lui tout seul n'était pas à même de résoudre les problèmes que lui posait la nécessité de conserver l'environnement. Comme toutes les autres branches du droit nées des progrès scientifiques et techniques et de leurs conséquences sur la société, le droit de l'environnement est obligé de faire appel à d'autres disciplines et même à un grand nombre de spécialités, à commencer par la physique et en terminant par la sociologie et l'économie. Il se situe au bout d'une chaîne interdisciplinaire dans laquelle il est aussi important que tous les autres chaînons, avec la particularité qu'il est étroitement lié à l'action.

Une autre caractéristique du droit de l'environnement est qu'il est souvent obligé de dépasser les frontières. Les mers, les cours d'eau et les lacs, la nappe

d'eau souterraine, l'air, la flore et la faune sauvages ne connaissent pas le découpage du monde en États. L'imbrication croissante des économies nationales oblige aussi les États à coopérer : l'odyssée des « vaisseaux du poison » errant d'un port à l'autre avec leur cargaison de déchets toxiques illustre bien la nécessité d'harmoniser les législations des différents États dans ce domaine. Enfin, de plus en plus nous découvrons des problèmes écologiques dont les dimensions sont telles qu'ils ne peuvent être résolus

Law and environmental protection - Environmental law was created about twenty years ago. By necessity interdisciplinary and tending to be increasingly international, it has seen a wealth of new legislation. At first laws were concerned with the main problem areas; the oceans, continental waters, the atmosphere, and wildlife, to which have now been added laws relating to processes cutting across boundaries (toxic and dangerous substances, radiation). However, researchers should question the adequacy of this law in achieving its aim: the protection of the environment.

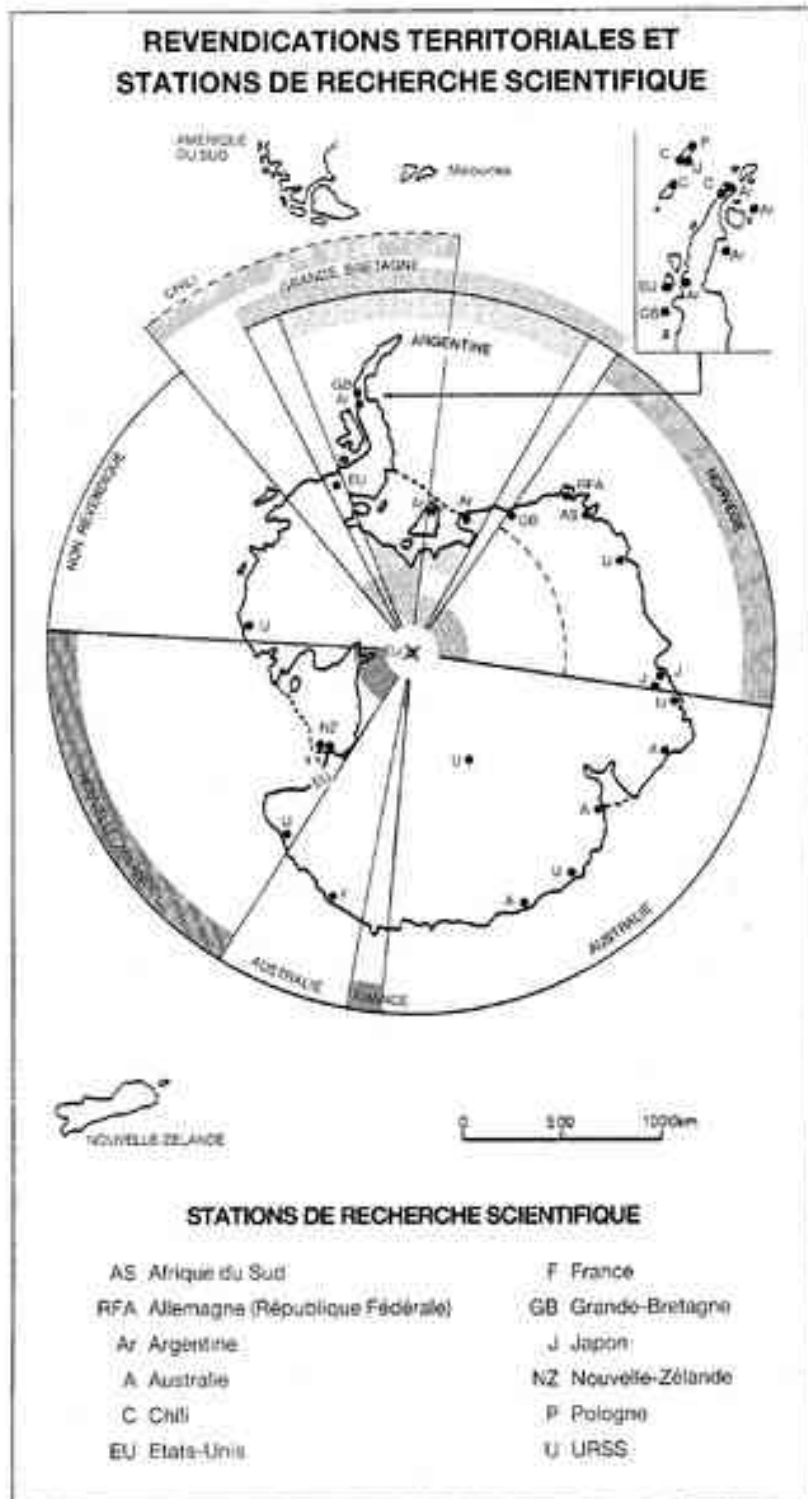
par un seul pays, et certains d'entre eux, comme le dépérissement de la couche d'ozone ou le danger d'un réchauffement du climat de notre planète, ne peuvent être envisagés qu'au niveau universel.

Une réglementation sectorielle et transversale

La masse impressionnante de textes législatifs, nationaux, communautaires, internationaux, a connu une évolution non seulement quantitative mais aussi qualitative. Au début et pendant la période qui va jusqu'au milieu des années 1980, la réglementation était caractérisée par la méthode sectorielle consistant à aborder séparément les problèmes affectant les différents secteurs de l'environnement : mer, eaux continentales, atmosphère, faune et flore sauvages. Il était alors nécessaire de parer aux dangers les plus imminents, tout en n'ignorant pas que des liens très étroits existent entre tous ces éléments. Toutefois, il est devenu de plus en plus évident que des problèmes majeurs pouvaient se poser dans n'importe quel secteur, ou plusieurs d'entre eux sinon tous à la fois. Il en est ainsi des conséquences possibles des radiations nucléaires, des produits chimiques et des déchets toxiques ou dangereux. Une réglementation transversale devait donc se superposer aux règles sectorielles, qui, néanmoins, restent toujours nécessaires. Naturellement, les dispositions qui concernent, entre autres, la sécurité des centrales nucléaires, la communication d'informations sur les produits chimiques toxiques ou dangereux, les modalités de leur transport et de leur distribution, le transport et l'élimination des déchets présentant un danger, ont la tendance naturelle à devenir rapidement communautaires, voire internationales.

Des notions nouvelles pour le juriste

Il restait à savoir si les règles ainsi élaborées et la jurisprudence de plus en plus importante qui s'y greffe sont à même d'assurer la protection efficace de l'environnement qui ne se compose pas seulement de biens, mais aussi d'écosystèmes, de processus nécessaires à la vie, donc d'éléments que le droit peut difficilement appréhender. La véritable finalité, la sauvegarde des possibilités pour les générations futures, est elle-même en dehors des perspectives habituelles du droit. La doctrine était donc confrontée à des interrogations fondamentales. Celles-ci ont conduit les chercheurs à réfléchir sur une meilleure utilisation des possibilités qu'offre le droit actuel.



Carte des revendications territoriales et des stations de recherche scientifique implantées sur le continent Antarctique. Grâce à une convention adoptée en 1959, les pays prétendant à des revendications territoriales dans l'Antarctique ont accepté de ne pas les faire valoir. Le sixième continent est une zone de paix où la recherche scientifique est libre et où l'environnement, particulièrement fragile, doit être protégé. Faut-il le déclarer patrimoine commun de l'humanité et réserve naturelle mondiale ?

Deux des principes de la Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982

Principe 21.

Les Etats et, dans la mesure où ils en ont la possibilité, les autres autorités publiques, les organisations internationales, les particuliers, les associations et les entreprises :

- coopéreront à la conservation de la nature par des activités communes et autres actions appropriées, notamment par des échanges d'informations et par des consultations ;
- établiront des normes pour les produits et procédés de fabrication risquant d'avoir des effets nuisibles sur la nature, ainsi que des méthodes d'évaluation de ces effets ;
- mettront en œuvre les dispositions juridiques internationales applicables en vue d'assurer la conservation de la nature et la protection de l'environnement...

Principe 24.

Il incombera à chacun d'agir en conformité avec les dispositions de la présente Charte ; chaque personne, agissant individuellement, en association avec d'autres personnes ou au titre de sa participation à la vie politique, s'efforcera d'assurer la réalisation des objectifs et autres dispositions de la présente Charte.

► mais aussi sur une nouvelle lecture du droit de l'environnement dans son ensemble.

Ajoutons que, pour la recherche en matière de droit de l'environnement, la France se place au premier plan, aussi bien au point de vue quantitatif que qualitatif. Mais le problème de la relève d'une première génération de juristes de l'environnement risque de se poser.

■ Alexandre Kiss, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre du droit de l'environnement (URA 999 CNRS), Université Robert Schuman, place d'Athènes, 67084 Strasbourg Cedex.

Le vivant et le droit

On prend des brevets sur un micro-organisme, une plante, un animal. Pour l'homme, comment doit-on traiter un embryon, une cellule, un gène ? Le débat est ouvert.

Marie-Angèle Hermitte

Jusqu'à une époque toute récente, la qualité d'être vivant n'a eu en droit qu'un impact limité puisque la grande division passait entre les personnes et les choses. Dans la catégorie des personnes, il n'y avait que des humains (jusqu'à l'invention des personnes morales), mais pas tous les humains : en droit français, sous l'empire du Code noir, les esclaves étaient réputés biens meubles s'ils étaient rattachés à l'habitation, immeubles s'ils étaient rattachés à la terre. À ce titre, ils pouvaient être vendus, saisis, transmis par héritage. Mais ils étaient soumis à la capitation comme toutes les autres personnes, à moins qu'ils n'aient été mutilés. Ils retrouvaient, en droit, l'intégralité du statut de personne, dès qu'ils étaient affranchis.

Les animaux et les végétaux étaient des meubles, parfois des immeubles comme les poissons des étangs ou les colombes attachées au colombier. Leur qualité d'être vivants, fondamentale pour les personnes, n'était que marginale pour les animaux et les végétaux (quelques conséquences toutefois dans les haux ruraux).

Aujourd'hui, les biotechnologies ont fondamentalement bouleversé cet ordre juridique car on assiste à un effondrement des anciennes frontières entre les différents règnes du vivant. En effet, la génétique est, par essence même, confrontée au risque de réduire les êtres vivants au fonctionnement de leurs gènes. Or, ce fonctionnement obéit aux mêmes principes généraux d'un bout à l'autre de la chaîne du vivant. Cette approche, qui a une légitimité au moins partielle au sein du laboratoire, pose évidemment de graves problèmes à l'ordre juridique. Celui-ci doit intégrer les nouvelles réalités, les nouvelles activités humaines tout en restant le gardien de l'ordre symbolique. Or la symbolisation impose précisément de fonder des frontières entre les différents règnes du vivant pour éviter une biologisation totale de la société, du politique, de l'effort éthique.

Le vivant comme totalité indifférenciée

L'évolution du droit des brevets montre bien le risque d'indifférenciation. Jusqu'aux années soixante, il existe un consensus pour admettre que le vivant n'est pas brevetable : une variété végétale, une race animale ne sont pas brevetables. Cela n'empêche d'ailleurs pas la sélection de progresser. Puis les États-Unis tentent un premier coup de force sur les micro-organismes, demandent et obtiennent la brevetabilité des micro-organismes génétiquement modifiés. Pour convaincre le juge, on lui signifie qu'un tel organisme n'est qu'une « petite usine chimique ». Le juge admet donc qu'il n'y a pas de raisons de priver le biologiste d'une protection dont bénéficie son collègue chimiste, et précise qu'il n'y a aucun risque de « contagion » de cette décision vers les êtres situés plus haut dans l'échelle du vivant, tels les animaux ou les végétaux. On est en 1980. Pourtant, en 1985, c'est un maïs qui est breveté, en 1987 une huître, et, en 1988, une souris dont la particularité est de déclencher un cancer de manière héréditaire. Pendant ce temps, on commence le séquençage du génome humain, qui devrait donner accès à la connaissance de tous les gènes humains. Certains encore revendiquent la brevetabilité des gènes humains, tandis que d'autres recommandent de se contenter de la protection des logiciels d'ordinateur qui seront nécessaires pour avoir accès au système.

D'un certain point de vue, ces gènes ne sont que des molécules chimiques, de l'autre, ils sont des informations qui, réagissant avec l'environnement, conditionnent de manière plus ou moins prégnante les êtres humains. Au regard des catégories juridiques traditionnelles, ils

The living world and the law - The subject matter of law controlling the living world has changed over the last decade, with the application of patents first to microorganisms, then plants and now animals. How should man treat an embryo, a cell or a gene? The debate is open.

se rapprochent donc plutôt des choses, ou plutôt des personnes selon la manière dont on les envisage. De la même façon, les multiples produits du corps humain que l'on traite sont de plus en plus souvent qualifiés de « choses d'origine humaine » : comme choses, ils rentrent dans le circuit industriel, mais parce qu'ils sont d'origine humaine, on tend à imposer qu'ils soient donnés gratuitement et volontairement par la personne dont ils émanent (contrainte qui est de moins en moins bien acceptée).

L'abolition des frontières entre les règnes du vivant se fait particulièrement sentir en matière de procréation. Un grand nombre de techniques utilisées en procréation humaine assistée vient de la sélection animale. Jusqu'où ce mouvement peut-il être accepté sans atteinte à la dignité humaine ? Nul ne le sait. La possibilité de déterminer le sexe de l'embryon *in vitro* n'est sans doute plus très éloignée ; tout laisse penser que certains pays laisseront le libre choix du sexe de l'enfant. Mais combien de temps faudra-t-il pour apprécier les conséquences de cette démarche ? Il s'agit là d'une véritable expérimentation de type anthropologique dont l'intérêt n'est pas évident.

La recherche de nouvelles frontières

Nul ne doute qu'il faille adapter les règles juridiques aux nouvelles réalités techniques. Lorsque surgissent des problèmes communs à l'ensemble des règnes du vivant, il faut prendre acte. C'est le cas, par exemple, de ceux posés par l'introduction dans l'environnement des organismes génétiquement modifiés. Ces introductions ne sont pas totalement nouvelles puisque le transport des végétaux, des animaux et des organismes pathogènes qu'ils véhiculent a toujours existé. Mais l'on sait justement que ces introductions ont parfois donné lieu à des drames irréversibles, en particulier à la disparition de nombreuses espèces endémiques supplantées par les espèces nouvellement introduites qui s'avéraient plus performantes. L'Australie est ainsi confrontée à de graves difficultés du fait de bactéries pathogènes transportées d'Europe sans leurs prédateurs, et se multipliant sans frein dans un nouvel environnement. C'est cette expérimentation qui explique la mise au point de règles de relargage et d'introduction d'organismes étrangers dans un nouvel environnement. La législation phytosanitaire, les lois sur l'élevage sont en cours de transformation : des réglementations sur la libération dans le milieu environnant des organismes génétiquement modifiés sont en voie d'élaboration. Il s'agit là d'un problème commun à tout le vivant (sauf



Conservation de paillettes de sperme dans de l'azote liquide. (C) Gilché M. Suria-Seigneury Conseil. Les progrès de la recherche scientifique débouchent sur des problèmes éthiques nouveaux, tels ceux posés par la fécondation *in vitro*.

► l'homme), mais qui comporte des éléments techniques différents d'un règne à l'autre.

Mais il faut aussi respecter les différences symboliques. C'est ainsi qu'un courant en faveur du respect de l'animal obligera peut-être les sélectionneurs à

éviter la création de races animales destinées à souffrir : cela pourrait être le cas de certaines races dans lesquelles l'insertion d'un gène de croissance semble donner lieu à des déséquilibres divers qui peuvent nuire parfois gravement à la santé de l'animal. Cette limite éventuellement imposée en sélection animale ne concerne pas le végétal.

Il est bien évident que les plus grandes difficultés concernent l'humain. La personne humaine est, en droit, aussi bien protégée que possible. Mais la personne humaine n'est qu'une catégorie abstraite à laquelle on peut donner des contenus divers. Le nouveau-né anencéphale est-il une personne ? Dans ce cas, on ne peut prélever ses organes que lorsque la mort a été constatée selon des techniques précisées dans des textes juridiques ; dans le cas contraire, on pourrait les prélever dès la constatation de l'anencéphalie. Un début est amorcé sur ce point. L'embryon de moins de quatorze jours n'est-il qu'un « amas de cellules » sur lequel on peut expérimenter librement ? Oui, disent certains biologistes qui réclament un droit à l'expérimentation sur ce qu'ils appellent le pré-embryon (*in vitro*). Est-ce une personne humaine potentielle comme le recommande le Comité national d'éthique ? Mais il s'agit là d'une qualification de l'entre-deux qui ne résout pas les problèmes de fond et conduit simplement à une surveillance un peu plus lourde des recherches entreprises sur les embryons. Est-ce, comme le dit la loi sur l'avortement, un être humain dès le commencement de la vie ? Dans ce cas, on pourrait admettre que, seule la mère

pouvant invoquer un état de détresse, le chercheur n'a aucune possibilité de pratiquer des expérimentations sur le pré-embryon, à l'exception de celles qui améliorent ses chances de survie.

Préserver la diversité biologique

Si l'on voulait être complet, il faudrait encore parler de la défense des équilibres essentiels à la reproduction du vivant, car on craint que l'effet de serre et la diminution de la couche d'ozone, ainsi que les grandes pollutions, ne portent atteinte à la diversité biologique de la planète. Une réflexion juridique est en cours, s'orientant vers la recherche d'un partage équitable des droits de polluer entre les Nations. Des instruments juridiques se multiplient pour tenter de protéger des zones de grand intérêt biologique : zones humides, déserts, prairies... Ici encore, le meilleur cotoie le pire : entre une gestion souple de la diversité biologique, indispensable, et la contrainte exercée sur les pays en développement pour qu'ils conservent une part de nature que le Nord a supprimée au nom du développement économique, la marge est faible...

■ Marie-Angèle Hermitte, directeur de recherche au CNRS, 63, rue Hallé, 75014 Paris.

L'originalité du droit nucléaire

En réponse aux effets spécifiques d'une technologie nouvelle sur l'homme et son environnement, il a fallu innover et créer une branche de droit spécialisée.

■ Pierre Strohl

L'énergie nucléaire est la première des « technologies nouvelles » pour laquelle un ensemble de dispositions juridiques et institutionnelles présentant un caractère spécifique ait été mis en place. L'expression « droit nucléaire » est la première

d'une série où se trouve associée la double référence à une discipline de toujours et à une « révolution scientifique » de notre temps ; on parlera ensuite de droit spatial et, demain, sans doute, de droit génétique. En fait, le droit nucléaire n'existe pas vraiment comme système juridique autonome ; il sert plutôt à désigner, de manière commode, plusieurs innovations apportées à diverses

branches de droit, qui ont le même objet — la norme applicable aux utilisations de l'énergie nucléaire, dans la mesure où elle déroge au droit commun — et qui présentent une certaine cohérence.

Le point de départ

Il n'est guère besoin d'expliquer les raisons pour lesquelles l'utilisation de l'énergie atomique a été, tout de suite, considérée comme une affaire d'État en même temps qu'une affaire intéressant directement la communauté internationale. A un stade précoce, des organismes spécialisés de caractère public deviennent les instruments de la politique des gouvernements, dans le cadre de législations nouvelles. Plusieurs organisations intergouvernementales sont

créées. Le rapprochement des dates des premières étapes des structures juridiques, nationales et internationales, et de celles du développement technologique parle de lui-même (voir tableau). On y voit les caractéristiques initiales du droit nucléaire : cadres institutionnels spécialisés, forte dominance des compétences gouvernementales, place importante de la coopération internationale, anticipation du régime juridique par rapport aux applications industrielles de la technologie. Elles traduisent les orientations politiques de ce droit, liées à la conscience du risque potentiel des utilisations militaires et civiles de l'énergie nucléaire aussi bien qu'à l'intérêt des gouvernements sur le plan de l'approvisionnement énergétique et, pour certains, de la défense nationale.

Le cadre national

L'évolution ultérieure a modifié quelques aspects de ce régime initial : le monopole public sur les combustibles nucléaires tend à disparaître, l'industrie prend le relais des agences gouvernementales, après la phase de recherche et développement, pour la construction et l'exploitation des centrales. Le régime de l'économie de marché, notamment pour les échanges internationaux, reste cependant largement subordonné à des contraintes réglementaires et à des contrôles gouvernementaux de portée exceptionnelle. Les réglementations sont même devenues de plus en plus sévères sous l'effet des mouvements d'opposition à l'énergie nucléaire, à partir des années 1970, et, plus tard, à la suite des deux accidents graves de Three Miles Island (1979) et de Tchernobyl (1986). En fin de compte, l'évolution du droit nucléaire vers des structures plus libérales dans la phase d'industrialisation s'est trouvée freinée par un regain des pouvoirs et des missions du secteur public, sous d'autres formes. Il s'agit,

par exemple, de la création d'organismes publics autonomes, compétents en matière de sûreté, à l'image de la « Nuclear Regulatory Commission » des Etats-Unis (1974), et d'agences gouvernementales, de droit public ou d'économie mixte, chargées de la gestion des déchets radioactifs, ainsi que de fonds de financement auxquels l'industrie doit contribuer pour garantir la disponibilité à long terme des capitaux nécessaires à cette gestion.

Les exigences réglementaires courantes pour la construction et la mise en service des installations nucléaires, l'utilisation et le commerce des substances radioactives sont les suivantes : autorisation préalable, analyses de sûreté, évaluation probabiliste des risques, études d'impact sur l'environnement, soumission à des normes de protection radiologique et à des règlements de sûreté très stricts, plans d'urgence, conditions relatives au stockage définitif des déchets radioactifs, procédures contradictoires de consultation du public, obligation de notification des événements anormaux ayant une incidence sur la sûreté, pouvoir des autorités réglementaires de modifier les conditions d'autorisation, etc.

Certaines de ces dispositions font partie de l'arsenal classique de prévention des risques industriels, d'autres – comme les études d'impact et l'assurance de qualité – sont plus nouvelles et tendent à se généraliser dans d'autres secteurs.

La spécificité des réglementations nucléaires est surtout liée à l'accumulation de conditions protectrices, impératives et préalables : le retard ou le blocage des programmes nucléaires par la seule action de l'appareil réglementaire ou des procédures judiciaires, dans divers pays, en est la meilleure preuve. Une originalité plus intéressante se trouve dans le rattachement, formel ou matériel, d'une grande partie de ces dispositions à des sources internationales – conventions, directives des Communautés européennes, recommandations, guides et codes de pratiques adoptés par les organisations nucléaires internationales (Agence internationale de l'énergie atomique, AIEA et Agence pour l'énergie nucléaire, AEN). Il en résulte une assez grande harmonie du droit nucléaire par-delà les frontières.

Les relations internationales

En mettant à part les décisions, règlements et directives des Communautés européennes qui peuvent concerner pratiquement tous les aspects des activités nucléaires, le caractère international du droit nucléaire se manifeste naturellement dans plusieurs domaines où les relations entre Etats tiennent le premier plan. C'est là qu'il est le plus novateur mais qu'il connaît encore quelques-unes de ses principales faiblesses. Nous nous bornerons à deux exemples.

Le système de garanties de l'AIEA, ▶

The peculiarity of nuclear law - Nuclear energy would naturally appear to be the responsibility of the state and of the international organisations. Nuclear law is therefore typified by the extent of legal competence in the public sector, by the strictness of the controlling regulations and by the importance of international involvement. Change towards a more liberal approach have been countered to some extent by a reaction to protest movements and by restrictions on international exchange. The Chernobyl accident, amongst other things, has highlighted gaps in nuclear law with respect to transfrontier effects.



Manipulation de déchets de faible radioactivité. (© Total). La meilleure réglementation est celle qui s'appuie sur les techniques les plus modernes.

c'est-à-dire le réseau d'accords, de contrôles et d'inspections s'appuyant sur le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (1968) constitue sans doute l'instrument de police internationale le plus universel (près de 100 Etats) et le plus élaboré. Les engagements de non-prolifération pris dans ce cadre ont été tenus, mais, contrairement aux intentions affirmées par le traité, en guise de contrepartie, les utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire par les Etats non dotés d'armes atomiques n'ont pas été favorisées. La politique des pays exportateurs, traduite notamment dans les Directives du Club de Londres (à partir de 1975), a conduit à renforcer les restrictions au commerce nucléaire international. En fait, les contraintes, pourtant sévères, liées à l'application du Traité sur la non-prolifération ont paru insuffisantes, en particulier parce qu'un petit nombre de pays «politiquement sensibles» a refusé de s'y soumettre.

La responsabilité civile pour les dommages causés par les accidents nucléaires a été établie, très tôt et sur le plan international, selon une conception originale qui a fait du chemin, depuis, dans d'autres domaines. Malheureusement, le régime de la responsabilité exclusive et sans faute de l'exploitant nucléaire, limitée en fonction de la couverture de l'assurance obligatoire qui est disponible, mais complétée par une indemnisation par les gouvernements, est resté circonscrit au cadre étroit des onze pays d'Europe occidentale contractants à la Convention de Paris de 1960 et à la Convention complémentaire de Bruxelles de 1963. La tentative d'étendre ce régime à l'échelle mondiale par la Convention de Vienne de 1963, établie sur le modèle de celle de Paris mais ratifiée par un nombre trop limité de pays, a échoué. L'expérience de Tchernobyl a mis en lumière l'insuffisance d'un droit international de responsabilité nucléaire applicable dans un espace régional restreint, tout en confirmant la nécessité d'un régime spécial de réparation des dommages nucléaires transfrontières, puisque l'état actuel du droit international général ne garantit pas qu'ils seront indemnisés dans des conditions satisfaisantes. Un Protocole commun de 1988 liant les Conventions de Paris et de Vienne est un premier pas vers l'extension géographique de la responsabilité des exploitants nucléaires. Les actions en cours pour augmenter les montants de cette responsabilité, ainsi que pour établir une indemnisation internationale des gouvernements pour les dommages à l'environnement, répondent également aux préoccupations nées de l'accident de Tchernobyl.

Une remarque générale s'impose en guise de conclusion: la création d'un

Les débuts de l'énergie nucléaire	
Droit national	
1945-1954:	premières lois nucléaires, création d'organismes nationaux (le CEA en France, la Commission de l'énergie atomique aux Etats-Unis, l'Autorité de l'énergie atomique au Royaume-Uni), premières lois sur les substances radioactives;
1954-1965:	révision des législations nucléaires pour le passage au stade industriel, adoption de lois sur les installations nucléaires de base.
Coopération internationale	
1946:	«Plan Baruch» présenté par les Etats-Unis à l'ONU pour la création d'une Autorité internationale pour le développement de l'énergie nucléaire (échec);
1953-1956:	programme américain «Atoms for Peace», première Conférence internationale nucléaire à Genève, premiers accords de coopération avec les Etats-Unis;
1957-1958:	création de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), de l'Agence européenne pour l'énergie nucléaire (devenue en 1972 l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire - AEN) et d'Euratom;
1959:	premières normes internationales de radioprotection;
1960:	première Convention internationale sur la responsabilité civile nucléaire.
L'industrie nucléaire	
1951:	première production d'électricité nucléaire aux Etats-Unis (EBR1 - 100kWe);
1956-1957:	premières centrales industrielles au Royaume-Uni (Calder Hall - 50 MWe) et aux Etats-Unis (Shippingport - 60 MWe).

Capacité électronucléaire installée dans le monde (exprimée en mégawatt électrique)	
1960:	17 réacteurs — 1 296 MWe, soit 0,24 % de la capacité totale
1965:	53 réacteurs — 7 611 MWe, soit 0,88 % de la capacité totale
1970:	90 réacteurs — 21 141 MWe, soit 1,88 % de la capacité totale
oct. 1989:	433 réacteurs — 314 000 MWe, soit 17,00 % de la capacité totale

droit spécifique pour une technologie donnée est favorisée par la spécificité des effets de celle-ci sur l'homme et son environnement physique et social. Dans le cas de l'énergie nucléaire, il s'agit évidemment du risque de la radioactivité. La tendance à élaborer des droits spécialisés pour diverses techniques nouvelles ne devrait cependant pas nous dispenser d'une réflexion d'ensemble sur la

maîtrise, par le droit, de la transformation des sociétés modernes liée à la révolution technologique de la fin de ce siècle.

■ Pierre Strohl, directeur général adjoint de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire, 38, boulevard Saubert, 75016 Paris.

Droit de l'informatique et droit de l'information

On ne peut plus aujourd'hui dissocier l'étude des conséquences juridiques de l'informatisation de celle du droit de l'information, que celle-ci soit véhiculée, traitée ou commercialisée.

Isabelle de Lambertier

L'étude des conséquences juridiques de l'informatisation constitue aujourd'hui, pour le chercheur en sciences du droit, un champ d'investigation qui commence tout juste à être cerné et partiellement défini.

Les modes de traitement de l'information (l'informatique), les nouveaux modes de circulation de cette information traitée grâce à la télématique et aux réseaux, enfin la possibilité pour le plus grand nombre d'accéder à l'information via le minitel sont à l'origine du bouleversement des catégories et des notions, tant juridiques qu'économiques. Il s'agit aujourd'hui d'un véritable débat de société portant sur les enjeux que soulèvent la gestion et l'harmonisation des contraintes et des libertés des différents acteurs de l'informatisation et de la télématique.

Pour répondre à ce bouleversement, les pouvoirs publics ont été conduits à prendre des mesures dont il faut ici rappeler les plus saillantes. Un certain nombre de textes de lois ont été votés visant, entre autres, à fixer des garde-fous au traitement des données nominatives sur l'informatique et les libertés (loi du 6 janvier 1978), à protéger les logiciels par le droit d'auteur en tant qu'œuvres de l'esprit (loi du 3 juillet 1985, voir l'encadré dans l'article de M.-A. Porot-Morel), à sanctionner de nouvelles formes de délinquance (loi du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique).

Une institution originale, la Commission nationale informatique et libertés, est chargée de réguler et de sauvegarder l'équilibre entre la protection des libertés individuelles et la circulation d'une information qui devient de plus en plus une valeur marchande.

Peut-on parler d'un «droit de l'informatique»? Oui, si l'on considère les règles nouvelles mises en place pour répondre à des besoins que suscite l'utilisation d'une technologie avancée. Mais il n'est pas possible de réduire le «droit de l'informatique» à ces quelques lois, car, sans qu'il soit besoin de textes spécifiques, toutes les branches du droit ont eu à répondre aux questions soule-

vées par ce nouvel «objet», celles-ci étant l'occasion de faire émerger des points fondamentaux de notre droit. Tout en reconnaissant une certaine spécificité aux recherches portant sur le droit de l'informatique, il faut souligner que l'informatique interpelle aussi bien le spécialiste du droit des contrats, du droit de la propriété intellectuelle, que celui du droit fiscal ou du droit pénal.

Percevoir les «objets» informatiques et informationnels

Une des manières d'appréhender le phénomène de l'informatisation peut consister à l'étudier à travers l'activité contractuelle qu'il suscite. L'informatisation d'une entreprise a représenté pendant longtemps la mise en jeu d'investissements importants. Il n'en est plus de même aujourd'hui avec la baisse des coûts des matériels, mais les risques et incidences d'une informatisation mal menée, tant sur le plan technique que sur le plan contractuel, restent souvent mal perçus par les utilisateurs et les fournisseurs: les conséquences dommageables dépassent parfois très largement le coût de l'investissement en matériel et en logiciels.

L'étude des relations contractuelles entre utilisateurs et fournisseurs de prestations informatiques, même si elle remonte maintenant à plusieurs années, est toujours renouvelée par les transformations des modes de circulation et de commercialisation des créations et des services informatiques.

Le statut des biens informatiques, (particulièrement les créations immatérielles telles que les logiciels, systèmes

Information technology law and data law - Research on law concerning information technology and data covers all legal fields, including contracts, industrial ownership, criminal law, etc. Problems relating to computer hardware and software cannot be dissociated from those of the data treated and transmitted by the computers and telecommunications systems.

experts, banques de données) est un problème crucial auquel sont confrontés tous ceux qui participent à leur élaboration, les commercialisent ou les utilisent. Quels sont les enjeux juridiques de la protection du logiciel? Qui peut revendiquer des droits sur une banque de données?

Ce ne sont pas seulement les «objets» informatiques qui sont au cœur du débat. Ceux-ci sont étroitement liés au contenu qu'ils véhiculent, à savoir l'information. La plupart des secteurs de l'économie, y compris le monde de la recherche, sont confrontés aux problèmes que soulèvent l'appropriation et la circulation de l'information. Comment concilier, d'une part, la libre circulation des idées et de certaines informations et, d'autre part, la prise en compte de la valeur que représentent ces informations? Quelles sont les conséquences des monopoles de fait ou de droit qui peuvent dominer le marché de l'information (monopole des auteurs par exemple, des transporteurs, des diffuseurs)? Faut-il créer des limites à la libre circulation de l'information?

C'est à toutes ces questions que les chercheurs en sciences du droit travaillant sur le «droit de l'informatique et de l'information» ont tenté d'apporter, sinon des éléments de réponse, du moins une contribution à la réflexion collective. On citera, entre autres, des travaux sur les techniques contractuelles suscitées par l'informatique dans les marchés publics et privés, la commercialisation des banques de données, la vente par voie télématique, et bien sûr la propriété intellectuelle et le droit de l'information.

Cette contribution des chercheurs consiste généralement en une analyse critique des différentes réponses que le droit positif peut apporter pour remplir un vide juridique, qui peut n'être qu'apparent. S'il existe effectivement un vide juridique, ou s'il est à craindre que le droit ne puisse apporter de réponses dans un avenir plus ou moins proche, la recherche doit analyser les différentes options qui se présentent et les conséquences qu'elles pourraient entraîner.

Le droit de la preuve

En conclusion, on illustrera par un exemple concret l'apport de la recherche au droit de l'informatique. Parmi les nombreuses incidences juridiques du développement des nouvelles technologies de l'information, celles touchant au régime et au droit de la preuve comptent parmi les plus importantes et les plus urgentes.

De nombreux ministères, administrations, entreprises expriment leur embarras devant l'inadaptation du droit posi-



Archivage de bandes magnétiques. (© Gaz de France D.E.T.N.). Le statut des biens informatiques est un problème crucial auquel sont confrontés tous ceux qui participent à leur élaboration, les commercialisent ou les utilisent.

► tif, qui repose sur le principe de la preuve écrite. Faut-il continuer à « doubler », par la conservation du papier, l'archivage électronique ?

Une étude en cours a pour finalité d'étudier la preuve des opérations effectuées en utilisant des moyens automatisés.

Doit-on reconnaître des équivalents à l'écrit traditionnel qui auraient la même force probante : télex, télécopie, listing, etc. ? Faut-il considérer que la question essentielle n'est pas le type de preuve, mais la finalité de la preuve, de l'identification des intervenants (émetteur et récepteur), du contenu du message, de l'authentification de l'acte, de la conservation et l'archivage de celui-ci, enfin de la sécurité garantie ?

Les nouvelles techniques de transmission de l'information assurent-elles cette sécurité et la possibilité de conservation nécessaire ? Faut-il, parce que l'écrit a été reconnu, il y a deux cents ans, comme garantissant cette sécurité, continuer à fonder le droit positif sur ce mode de preuve ? Quelles seront les conséquences d'une modification du formalisme existant ?

La recherche dans ce domaine suppose non seulement une analyse du droit existant, mais aussi une analyse des pratiques et des difficultés rencontrées dans l'application du droit.

Pour une étude de ce type, le cadre juridique de référence dépasse le droit

français, et le partenariat avec des spécialistes des principales familles de droit coexistent en Europe se justifie pleinement. L'étude de concepts juridiques, tels que ceux du droit de la preuve, nécessite pour être bien comprise qu'on la resitue dans son contexte historique et juridique, les modes de raisonnement et d'interprétation pouvant varier d'un pays à l'autre. Il convient donc le plus souvent de mener une recherche comparative, afin d'analyser les points de convergence et de divergence, première étape avant la recherche d'une harmonisation.

Le partenariat avec les chercheurs juristes étrangers doit aussi trouver ses sources et ses prolongements dans la pluridisciplinarité. C'est aujourd'hui la chance du droit de l'informatique et de l'information de se nourrir des résultats des recherches des autres disciplines (sociologie, histoire, économie...), tout en répondant aux besoins juridiques exprimés par la société (y compris la communauté scientifique).

Isabelle de Lamberterie, directeur de recherche au CNRS, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (UPR 831 CNRS), 27, rue Paul Bert, 94204 Ivry-sur-Seine Cedex.

L'informatique au service du droit

L'informatique juridique tend à devenir une science à part entière : analysant les sources du droit, elle permet la mise au point de systèmes experts et la constitution de banques de données.

Jean-Louis Bilon,
Vincente Fortier

Il apparaît de plus en plus clairement que l'informatique est un auxiliaire indispensable de la science du droit. L'informatique juridique a ses lois. Quel que soit le domaine abordé, la démarche scientifique reste identique, empruntant dans un ordre strict et invariant à des disciplines qu'elle fusionne en les adaptant aux besoins de ce champ particulier de recherche. Elle a ses méthodes, évolutives en fonction des progrès de l'informatique.

Des domaines d'investigation variés

Observant que le juriste apprend, se documente, raisonne et argumente, décide et juge, rédige, les chercheurs en informatique juridique analysent chacune de ces activités, en dégagent la problématique et en tirent des méthodologies de représentation et de traitement informatique. Leurs succès, dans cette voie, sont démontrés par la création, entre autres, d'enseignements assistés par ordinateur, de banques de données, de systèmes experts, de systèmes intégrés d'aide à la décision, réalisations qui

reposent sur une recherche fondamentale.

Le traitement informatique des sources du droit, qu'il s'agisse de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine, et que le but à atteindre soit de créer des systèmes d'aide à la décision, des « experts » ou des banques de données, est toujours fondé sur une connaissance approfondie du langage du droit.

Toute recherche en informatique juridique est confrontée à un moment où à un autre au problème de la mise en évidence des relations sémantiques, syntaxiques et grammaticales entretenues par les termes de la langue juridique.

Information technology in the service of law - Juridical computer science is tending to become a discipline in its own right, enabling a better understanding of legal language and reasoning and of the judicial system. Fundamental research is leading to applications such as juridical expert systems and computer-aided decision making, as well as the establishment of databases.

L'activité juridique fait l'objet d'analyses diverses; le raisonnement du législateur et le processus décisionnel suivi par les juges pour rendre leurs décisions sont l'objet d'une quête de la pensée créatrice du droit permettant la réunion d'un faisceau d'éléments utilisés pour la constitution de systèmes experts et d'aide à la décision.

Le discours pédagogique est aussi un domaine d'investigation pour l'informatique juridique. Des tentatives d'informatisation de l'enseignement du droit débouchent sur des méthodes nouvelles. Des outils comme l'enseignement assisté par ordinateur (EAO) offrent des terrains de recherche en voie d'exploration.

Le « droit des juges »

L'approche quantitative de la jurisprudence, en permettant une exploration de l'espace judiciaire, contribue à une meilleure connaissance de cette source du droit que l'on peut appeler le « droit des juges ». Le rassemblement des données jurisprudentielles, la facilité et la rapidité de traitement qu'offrent actuellement les moyens informatiques ainsi que l'utilisation de logiciels de statistiques autorisent des études de plus en plus sophistiquées de la pratique du



Les équipes de recherche du CNRS sont à l'origine des banques de données juridiques françaises. Leurs travaux ont permis l'apparition d'un véritable service public de la documentation juridique informatisée. (© Cléché J. Hébinguer/CNRS).

juges. Cette utilisation de l'informatique permet en effet d'aller plus loin dans une analyse qui, il faut bien le reconnaître, n'a été jusqu'ici envisagée que sous un angle purement qualitatif et exégétique.

— D'une part, elle observe le juge notamment dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits. Cette « informatique observation » offre ainsi les moyens d'évaluer l'exercice de sa liberté, voire d'en appréhender les limites

réelles. Elle permet notamment de déterminer dans quelle mesure le juge n'en fait pas usage pour modifier la loi elle-même, s'arrogeant ainsi un pouvoir qu'il ne lui appartient pas d'exercer. Et s'il se l'attribue, il sera possible de rechercher au nom de quelles valeurs.

— D'autre part, cette informatique peut servir de guide pour le législateur à qui elle adresse un message appelant une réforme ou le comblement d'un vide juridique, et pour le juge lui-même, en dévoilant la part du phénomène qui échappe à sa propre conscience.

Les équipes de recherche du CNRS sont à l'origine des banques de données juridiques françaises. Leurs travaux ont permis l'apparition d'un véritable service public de la documentation juridique informatisée fondé sur les méthodes et les moyens proposés en leur sein.

■ Jean-Louis Bilon, directeur de recherche au CNRS, responsable de l'Institut de recherches et d'études pour le traitement de l'information juridique (URA 954 CNRS).

■ Vincent Fortier, chargé de recherche au CNRS, Institut de recherches et d'études pour le traitement de l'information juridique (URA 954 CNRS), 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex.

Pourquoi des systèmes experts juridiques ?

Les systèmes experts permettent-ils de fonder une approche plus scientifique du droit et de garantir pour les citoyens une application plus cohérente de la justice ?

■ Danièle Bourcier

Un système expert est un logiciel destiné à assister un professionnel pour une tâche déterminée dans un domaine de connaissance limitée. Dans le domaine du droit, un système expert est un système d'aide à la décision qui a pour objectif de fournir un diagnostic ou une consultation sur un problème donné, considéré du point de vue de sa qualification, de sa solution ou de sa rédaction juridiques. On considère qu'actuellement en France, il existe une quinzaine de systèmes opérationnels et

de nombreux prototypes portant sur des connaissances réglementaires dans l'administration et les entreprises.

Système expert et recherche juridique

La recherche juridique permet d'intervenir de deux façons.

D'abord les laboratoires avaient constitué depuis longtemps, et avant que la demande ne soit claire sur le marché de l'ingénierie de l'intelligence artificielle, les équipes interdisciplinaires (logiciens, informaticiens, linguistes, juristes) nécessaires pour s'engager dans

Juridical expert systems: why? - Researchers in the fields of the law and of artificial intelligence can foresee, with the arrival of computer programs capable of handling the incomplete, vague and complex information which often typifies their field, the possibility of creating a new and more scientific approach to the law, guaranteeing citizens a more consistent and open application of any given legal system.

la mise au point de prototypes : ainsi ont été proposés des systèmes experts susceptibles de représenter des textes législatifs particulièrement complexes dans leur combinatoire comme ceux de la nationalité, des marchés publics ou des prestations sociales, ou de structurer les données jurisprudentielles comme celles des pouvoirs du maire en matière de tranquillité, de sécurité ou d'ordre publics.

D'autre part, loin de se limiter à l'élaboration et à la validation de logiciels, les chercheurs-juristes ont rapidement compris tout le parti pris méthodologique qu'ils pouvaient tirer de ce nouveau



Dans le domaine du droit, un système expert est un système d'aide à la décision qui a pour objectif de fournir un diagnostic ou une consultation sur un problème donné. On peut, par exemple, lui soumettre un problème de bruit lié à la circulation automobile; il fournira les éléments juridiques de sa résolution. (© Cliché M. Baret/Rapho).

Comprendre le droit

Les juristes chargés d'élaborer les bases de connaissances des systèmes experts ont donc été confrontés non seulement aux problèmes du recueil de l'information mais à ceux de la compréhension du droit: consistance, cohérence et complétude d'un ensemble de règles normatives; représentations des cas de jurisprudence. Il leur a été aisé alors de relever les difficultés suscitées par l'accumulation de textes successifs quelquefois contradictoires et par les formulations floues très fréquentes en droit comme l'urgence, la gêne ou la normalité. Concevoir l'utilité de tels outils au moment même de l'élaboration de la loi ou du contrat est apparu comme une nécessité: la « légistique », discipline chargée de la production, de la rédaction et la codification de textes juridiques, aura pour objet de s'intéresser à ces nouvelles technologies de gestion du texte. Dans plusieurs pays, l'intelligence artificielle est déjà venue au secours des ambiguïtés inhérentes au langage naturel et a renouvelé l'art et la science de la rédaction des normes (élaboration parallèle de textes et de bases de connaissances).

Enfin, au-delà de la confection de prototypes ou de la participation à des systèmes experts opérationnels, les chercheurs en droit et en intelligence artificielle voient, par l'arrivée de logiciels adaptés à des connaissances incomplètes, floues ou complexes qui souvent caractérisent leur domaine, les possibilités de fonder une approche plus scientifique du droit et de garantir pour les citoyens une application plus cohérente et plus transparente d'un système juridique donné.

► mode de formalisation du droit. La confection de tels systèmes passe en effet par une analyse exhaustive des fondements d'un diagnostic ou d'une solution. En droit, ces fondements sont essentiellement constitués par les règles issues des diverses sources du droit posi-

tif: la loi, le règlement et la jurisprudence. Il convient d'y ajouter, tout en leur réservant un statut à part, les textes d'interprétation que sont les circulaires émises par l'administration (10 000 par an à peu près) et les analyses de la doctrine.

■ Danièle Bourcier, chargé de recherche au CNRS, responsable de l'unité « Informatique, droit, linguistique » (URA 962 CNRS), Conseil d'Etat, Palais-Royal, 75001 Paris RP.

CNRS - AUDIOVISUEL

1, place Jussieu-Boisvielle 92102 Meudon Cedex

AKAZAMA - INTRONISATION D'UN SOUVERAIN

En République du Niger, au pays Maïwa, a lieu l'intronisation d'Ahmadou Gao, nouveau souverain, célébration qui n'a pas eu lieu depuis quarante ans. C'est l'occasion de faire découvrir le changement qui s'est opéré dans cette société. L'unanimité et le pouvoir traditionnel sont encore présents mais sont confrontés à un nouvel ordre des choses: la puissance de l'Etat, la pénétration de l'étranger.

Auteur - réalisateur: Marc-Henri Pivault assisté de Garba Mamane Sahara
 Co-présolution: CNRS - Audiovisuel - Sociétés rurales et politiques du développement (ER 225 CNRS) -
 ministère des Relations extérieures
 1981/1986 - 70 minutes - Support de diffusion: 16 mm - U2" VHS Pal

FAMILLE ET SOCIÉTÉ

Si la recherche juridique n'avait su dépasser l'approche classique ou le simple commentaire doctrinal, l'ampleur des bouleversements de la famille et des phénomènes sociaux qui lui sont associés l'aurait de toute façon contrainte de le faire. Rien n'illustre mieux cette mobilisation obligée de la recherche juridique dans le domaine de la famille que les efforts accomplis par le Doyen Jean Carbonnier dès les années soixante pour trouver des modes d'ajustements entre la production de normes qu'il s'agit de moderniser et l'évolution des attitudes et des comportements familiaux qu'il s'agit de prendre en compte. Ces efforts vont favoriser un développement de la recherche en droit des personnes, plus encore ils vont l'inspirer pour une bonne part.

C'est particulièrement vrai pour un premier courant de recherche consacré plus directement à l'analyse de cette confrontation entre les mœurs et la loi, que ce soit pour constater une neutralité croissante du droit à l'égard des choix dans l'organisation de la vie privée, pour souligner ce qu'on pourrait appeler la complexification de l'économie normative qui ne serait pas mieux illustrée que par les questions posées par

les familles immigrées, ou encore pour évaluer l'influence des nouvelles conceptions de la solidarité sur le droit concernant les relations entre générations.

C'est sans doute cette nouvelle nature du droit sous l'effet des transformations sociales – droit plus flexible, plus sensiblement pluraliste, soumis à des tensions contradictoires – qui explique l'intérêt croissant porté par la recherche à ses mises en œuvre, lesquelles révèlent non plus comment l'ajustement entre les mœurs et la loi se fixe dans une règle mais comment se gèrent quotidiennement, avec plus ou moins de pragmatisme en fonction des conceptions propres des agents chargés de ces mises en œuvre, des situations sociales auxquelles ils sont confrontés ou des statuts conférés aux justiciables, suivant leur sexe par exemple. Ce jeu dans l'application du droit explique alors la marge de manœuvre aux limites incertaines dont disposent des professionnels comme ceux chargés de tâches d'« expertise » ou encore la diversification des formes de justice dont la raison est également à rechercher dans des facteurs internes ou externes à l'institution judiciaire (par exemple, en quoi une certaine façon d'assurer la fonction de justice dans le do-

maine de la famille dépend d'une certaine conception de l'ordre social et politique d'une société).

L'histoire du droit est d'ailleurs là pour nous rappeler le lien entre ordre normatif et ordre politique et dévoiler les principes fondateurs du droit de la famille. Dans cette troisième grande interrogation, il convient d'ajouter aux travaux qui sont ainsi consacrés à la genèse du droit de la famille ceux consacrés à la genèse du rapport au droit établi par le citoyen, genèse non plus explorée dans le temps mais dans les processus de socialisation différentiels de l'enfant et de l'adolescent.

Il est remarquable que ces orientations de la recherche juridique dans le domaine des personnes et de la famille mobilisent des savoirs de disciplines différentes: de l'histoire à la sociologie en passant par l'anthropologie, non pas pour constituer ce gouvernement des savants dont rêvait Ernest Renan pour produire à la place du Parlement des lois scientifiques, mais certainement pour mieux comprendre la complexité des relations entre les multiples raisons sociales et la raison juridique.

Jacques Commaille
Directeur de recherche au CNRS



Droit familial : l'œuvre révolutionnaire

La législation révolutionnaire voulait faire régner l'égalité au sein du groupe familial. Les innovations les plus profondes, vite abandonnées, apparaissent aujourd'hui comme des anticipations.

■ Jean Bari

« **S**ais-tu, mon enfant, quels sont les effets les plus destructifs de la Révolution ? Tu ne l'en douterais jamais. En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui ; il n'y a plus que des individus... » Par la plume du duc de Chaulieu, écrivant ceci à sa fille dans les *Mémoires de deux jeunes mariées* (1841), Honoré de Balzac — qui accuse par ailleurs le Code civil d'être une « machine à hacher le sol » — exprime l'hostilité des nostalgiques de l'ancienne société française à l'œuvre juridique de la Révolution, prolongée par la codification napoléonienne. Depuis, de telles diatribes sont devenues idées reçues et encore exprimées çà et là aujourd'hui. Le renouveau des études révolutionnaires à l'occasion du Bicentenaire permet heureusement de porter un regard plus serein et scientifique sur une réalité tout autre.

Laïciser les actes de la vie

Que la Révolution ait introduit dans le droit familial des modifications profondes et durables est l'évidence. L'institution de l'état civil, qui laïcise les actes de la vie et d'abord le mariage, n'est pas l'une des moindres. Jean Jaurès voyait à juste titre dans cette mesure « l'une des plus révolutionnaires qui aient été décrétées. Elle atteignait jusqu'en son fond la vie sociale. Elle changeait... la base même de la vie. »

Law and family: the work of the Revolution - To what extent did the post-revolutionary legislation overturn the rights of the family in its attempt to regenerate society? The laws made under the Revolution were in fact part of a long-term progression culminating in the triumph of the rights of the individual in the 19th century. The most profound egalitarian innovations of the Revolution, being restricted in their application, were finally rejected.

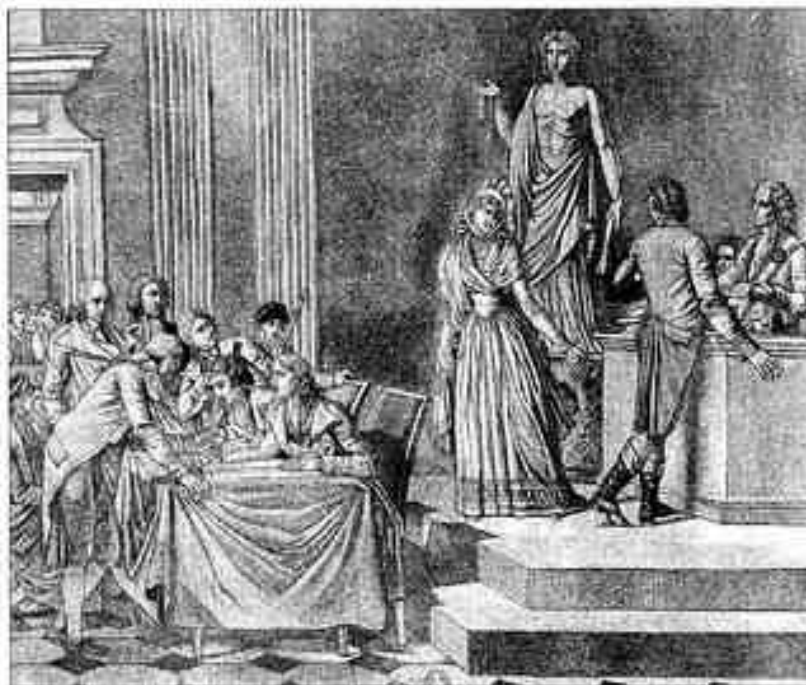
Elle entraînait, en toute logique, l'admission du divorce qui disparaîtra au début de la Restauration, en 1816, pour être de nouveau reconnu à partir de 1884.

Dans son ensemble, la production juridique des assemblées de la Révolution est aujourd'hui replacée dans une chronologie longue qui rejette la notion si trompeuse de « droit intermédiaire ». Les lois votées pendant la décennie révolutionnaire puisent leurs racines dans le mouvement des Lumières et dans les conceptions jansénistes de l'Europe, mais aussi dans des pratiques sociales porteuses de liberté et d'égalité, révélatrices, plus exactement, d'une dialectique liberté/égalité qui précède à 1789 mais qui prend toute son ampleur à partir de cette date. Quant au Code civil,

solide armature de la société bourgeoise au XIX^e siècle et au-delà, il n'est pas en rupture profonde avec le droit révolutionnaire ; il en constitue le prolongement et l'aboutissement après que les avancées égalitaires les plus novatrices de l'an II ont été rabotées au cours du Directoire.

L'égalité entre héritiers

Si l'on prend l'exemple de l'égalité entre héritiers, il est certain que des tendances égalitaires s'étaient développées bien avant la Révolution, en certains pays et dans certaines couches de la société. Cette égalité successorale à laquelle on aspirait n'était cependant pas stricte : elle était laissée à la discrétion du père de famille — donc à sa *liberté* — qui appréciait les situations de fait et, en fonction de celles-ci, modulait les parts de chacun de ses enfants, soit par le truchement de contrats de mariage, soit, là où elle existait, grâce à la liberté testamentaire. Celle-ci disparaît presque totalement en l'an II ; l'égalité successorale est alors rigoureuse. Mais pour peu de temps ; dès l'été 1795, la législation assouplit et surtout, la pratique juridique laisse percevoir une grande souplesse d'application et dessine des stratégies de résistances ou de contournements.



« Le divorce républicain », dessin de Mollet, Musée Carnavalet. (© Archives Snark/Edimedia). Cette gravure est la symétrie inverse du « mariage républicain » du même auteur et de la même date (1794). Prenant acte du désaccord des époux, l'officier d'Etat civil, revêtu de son écharpe, prononce le divorce. Les hommes assis au premier plan, au premier plan, qui étaient les témoins du mariage, sont devenus les « arbitres de famille » dont l'intervention est prévue par la loi du 20 septembre 1792.

Cette mise en perspective de l'œuvre révolutionnaire, qui conduit à l'insérer dans une évolution longue et qui, en conséquence, relativise le « bouleversement », est rendue possible par l'ouverture de nouveaux filons : la masse des archives notariales et celle des archives judiciaires entre autres, dont l'exploration a été longtemps négligée, moins par manque de curiosité que par défaut de classement et donc d'accès. Certes les textes législatifs, leurs travaux préparatoires et les débats qui ont précédé leur vote sont fort éclairants, ils ne permettent cependant pas de saisir les attitudes et les comportements des acteurs de la vie juridique. Comment mesurer l'ampleur des divorces sans dépouiller actes de l'état civil et décisions des *tribunaux de famille* ou d'autres juridictions ? Comment analyser les stratégies familiales sans les minutes des notaires ? Seules de telles approches permettent de rejeter nombre d'affirmations hâtives, gratuites et tendancieuses – que l'on trouve même sous la plume de « bons auteurs » – sur la prétendue « crise du mariage », sur le raz de marée des divorces, ou sur la disparition de l'autorité du père...

Deux siècles pour entrer dans les mœurs

Les résistances au nouvel ordre juridique, la lenteur de l'évolution des mœurs, plus encore à la campagne qu'en ville, ne doivent cependant pas masquer l'importance des innovations ni l'accélération des mouvements de fond en période de Révolution ; accélération due en grande partie à la mobilisation populaire de 1792 à l'an II, vite contrée après Thermidor : accélération trop forte pour pénétrer profondément et durablement dans la pratique des classes dominantes et dans le fin fond des départements.

Deux siècles après, ne parle-t-on pas des « anticipations » de la période révolutionnaire, par exemple en matière de divorce (par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur), d'adoption, d'égalité entre les enfants légitimes et naturels, de situation juridique de la femme mariée... qui n'auraient refait surface dans le droit positif français qu'en la seconde moitié du XX^e siècle ?

■ Jean Bart, professeur à l'université de Bourgogne, directeur du Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit (URA 973 CNRS), 4, boulevard Gabriel, 21000 Dijon.

La prostitution dans la société médiévale

Si le bas Moyen Age institutionnalise la prostitution, c'est dans le souci de garantir l'ordre moral et de surveiller l'activité sexuelle de la population.

■ Leah Otis-Cour

Les archives municipales méridionales nous apprennent beaucoup sur les caractères, les dimensions et l'évolution de la prostitution à l'époque médiévale. On y apprend que la politique suivie à son égard s'est transformée de la simple tolérance augustiniennne d'un phénomène considéré comme inévitable dans un monde imparfait au XII^e siècle, en une véritable structuration, voire institutionnalisation de ce phénomène aux XIV^e et XV^e siècles. Ainsi les quartiers « chauds » coutumiers se sont vu accorder aux XIII^e et XIV^e siècles un véritable statut juridique, avec obligation et droit de résidence garantis aux femmes publiques par les autorités municipales ; plusieurs de ces centres sont devenus propriétés municipales à la fin du XIV^e siècle, et souvent placés sous garde seigneuriale ou même royale.

Plus difficile à déceler, cependant, est le rapport qui pouvait relier cette tendance à la structuration d'une prostitution auparavant sauvage, à l'évolution du droit matrimonial et de la moralité sexuelle à l'époque. Les autorités ne cherchaient pas toujours à justifier explicitement cette politique d'institutionnalisation en termes de moralité, et quand bien même cela fût le cas, les traces de ce lien ont souvent été perdues par la suite.

Protéger la morale

La structuration de la prostitution se faisait, on le sait, dans un souci d'ordre public, le but en autorisant un quartier chaud étant non pas de faciliter ou d'encourager la prostitution, mais plutôt de la limiter dans l'espace, afin d'évi-

ter le désordre sexuel.

A travers une poignée de documents, on apprend, cependant, que la définition de ce qui pouvait constituer le désordre sexuel a évolué de façon considérable du XIII^e au XV^e siècle. Le quartier chaud de Montpellier, investi d'un statut juridique en 1285, était, selon un document narbonnais daté de 1335 (visant à réclamer le même privilège), zone interdite aux arrestations pour cause d'adultère. Ce privilège reflète la « norme double » de la société médiévale : malgré l'enseignement de l'Église, la société laïque méridionale persistait à considérer l'adultère comme un crime féminin, n'impliquant que la femme infidèle et son complice. Ce texte indique également que cette norme double était en danger, attaquée par des initiatives ecclésiastiques et royales, et que la prostitution institutionnalisée était censée étayer cette norme double contre la nouvelle rigueur pénale.

Pour célibataires uniquement

La situation a évolué considérablement au XV^e siècle. Une chartre provenant des archives municipales de Castelnaudary témoigne de l'intervention royale en matière de prostitution, car les consuls de la ville avaient pris le souci de demander permission au roi de construire « un bordel » en 1445. Mais la clientèle visée avait changé ; la chartre royale précise (peut-être après quelques hésitations, puisqu'il s'agit d'un passage inscrit sur une nature) que la maison était à l'intention des « jeunes hommes et serviteurs non mariés ». En théorie, du moins, la prostitution ne devait viser comme clients que les jeunes célibataires ; il n'est plus question de zone tolérée d'adultère des hommes mariés.

D'autres documents font le lien entre l'institutionnalisation de la prostitution et l'évolution de la moralité sexuelle. Lorsque l'archevêque de Lyon voit ses études accusées d'être un lieu de rendez-vous illicite, il affirme qu'elles sont honnêtes, car on n'y tolère pas l'adultère. Un habitant de Pamiers est accusé en 1496 d'adultère pour cause de commerce avec deux femmes prostituées céliba- ➤

The prostitution in mediæval society - Public policy on prostitution evolved from an Augustinian tolerance in the 12th century to a veritable institutionalization in the late Middle Ages. This increased institutionalization of prostitution can be linked to a growing rigor in sexual morality, especially condemnation of male adultery.



Prostituée chassant de sa demeure un homme qu'elle a dépouillé de tous ses biens, y compris de ses vêtements. Vitrail dit de « Filu prodigue », première moitié du XIII^e siècle, cathédrale de Bourges. (Cliché F. Garnier).

► taires. Et le concubinage et le proxénétisme, tous les deux largement tolérés dans le Midi au XIII^e siècle, furent condamnés et activement réprimés au XV^e siècle.

La prostitution institutionnalisée au bas Moyen Âge n'est donc pas le signe d'un quelconque relâchement moral, mais au contraire, elle fut intimement liée au rétrécissement du champ d'activité sexuelle qui s'esquissait à l'époque. Et il n'est guère étonnant de constater son démantèlement au siècle suivant sous l'influence de la rigueur calviniste qui condamna la « simple fornication » - rapports entre célibataires - autant que l'adultère et le concubinage. Sans pour autant oublier les facteurs économiques et démographiques (telle la paupérisation des couches sociales inférieures dans lesquelles étaient recrutées les prostituées), on peut néanmoins affirmer que c'est la Réforme protestante qui sonna le glas de la prostitution structurée, institution non pas signe de décadence, mais déjà hautement moralisée au XV^e siècle.

■ Leah Oris-Cour, chargé de recherche au CNRS, Institut d'histoire des anciens pays de droit écrit (URA 966 CNRS), Université de Montpellier I, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex.

Les nouvelles formes de vie familiale

A chacun sa famille, à chacun son droit. Le législateur admet la pluralité des modèles de vie familiale et concentre ses efforts sur ce qu'il considère comme l'essentiel : assurer l'éducation des enfants.

■ *Hughes Fulchiron*

Traditionnellement, le mariage constitue le cadre juridique classique de la vie en couple et de la procréation. Cependant, l'effondrement du nombre des mariages, l'augmentation de celui des divorces et des naissances « illégitimes », le développement de nouvelles formes de vie familiale, à deux parents (concubinages, « familles reconstituées »), à un parent

(familles monoparentales), ou à une personne, soulèvent, dans des termes radicalement nouveaux, la question de la relation entre le fait familial et le droit. C'est cette relation, dans toutes ses incertitudes et dans toute sa complexité, qu'il revient à la recherche juridique d'étudier avec d'autant plus d'attention que la question de la définition d'une politique législative se pose désormais avec une particulière acuité : quelles règles établir face à cette diversité

et à cette flexibilité de la structure familiale ?

Deux exemples paraissent particulièrement significatifs des problèmes auxquels la connaissance et l'action sont confrontées : celui des concubinages et celui des familles monoparentales. Dans les deux cas, le pluriel s'impose, car les situations sont extrêmement diverses.

Des catégories juridiques nouvelles

Cette diversité engendre une première difficulté : celle de définir les catégories juridiques nouvelles. Par exemple, sous l'appellation traditionnelle de concubinage entrent une multiplicité de cas : cohabitation juvénile ou non, vie maritale ou simples relations épisodiques, etc. De plus, il est très difficile de dégager les éléments constitutifs des concubinages : faut-il qu'il y ait relations sexuelles, différence de sexes, communauté de vie, durée et stabilité — et dans

ce cas, quelle durée, quelle stabilité, et qui va l'apprécier ?

La difficulté est la même avec les familles monoparentales. Le terme a été emprunté à la sociologie : au sens le plus large, il désigne la situation d'une personne qui assume seule la charge d'un enfant. Mais en pratique, aux côtés de la veuve et de la fille séduite et abandonnée (figures traditionnelles du monde juridique), on trouve la femme divorcée dont l'ex-mari paye mal, ou pas du tout, la pension alimentaire, la concubine qui a rompu, ou la mère célibataire (plus ou moins volontaire).

Toutes ces situations sont d'autant plus difficiles à saisir qu'elles évoluent : les familles se font, se défont, se recomposent ; comme on l'a dit, la monoparentalité est moins un état qu'un passage. Finalement, ces nouvelles formes de vies familiales semblent plus faciles à définir négativement que positivement, par opposition avec la famille fondée sur le mariage.

Le rôle et la place du droit dans ces modes alternatifs de vie en famille sont par là particulièrement ambigus : quels sont les besoins de droit, quels sont les besoins du droit ?

Un modèle minimum

Contre l'ignorance volontaire, le combat, où à l'inverse l'assimilation, l'analyse du discours juridique contemporain révèle un choix de neutralité. Le législateur paraît s'inspirer en cela de l'idée du pluralisme juridique : à chacun sa famille, à chacun son droit. Comme l'écrit le doyen Carbonnier : « Le législateur ayant enregistré la divergence des choix et l'incertitude des observations n renoncé à privilégier un schéma familial au détriment d'un autre ». Respectant la diversité des opinions, il a admis une pluralité de modèles, renvoyant chaque individu à sa liberté et à sa responsabilité. Il y aurait eu ainsi un « recul prémonstré de la règle juridique », en fait une redéfinition de sa place au sein de l'ensemble de la régulation sociale dans le cadre de la recherche d'une meilleure adéquation entre le droit et les faits.

On assisterait ainsi à une sorte de redéploiement stratégique : persuadé qu'il

The law and new forms of family life. The appearance of new forms of family life is calling into question the traditional model of marriage. Analysis of current legal thinking on the subjects of cohabitation and single-parent families seems to reveal the choice of a neutral position and the promotion of a minimal model of couple and children facing together all of the vicissitudes of family life.



Un homme, une femme, des enfants : quel type de famille pour l'an 2000 ? Le législateur contemporain a la volonté de légitimer un modèle minimum. (Cliché J.-P. Casaubon/Petit Format).

ne peut plus imposer aux membres de la société ses choix en matière d'organisation familiale, le législateur paraît concentrer ses efforts sur ce qu'il considère comme l'essentiel : une cellule familiale à composition variable certes, mais capable d'assurer l'éducation des enfants. S'opère donc un renversement de perspective : la famille n'est plus construite à partir du couple, mais à partir de l'enfant : enfant ouvrant des droits à ses parents (c'est l'enfant à charge du droit social et du droit fiscal), enfant créancier de ses parents (c'est la responsabilité parentale que l'on tend à substituer à l'autorité parentale), enfant sujet autonome de droits (c'est l'enfant entendu et défendu, l'enfant dont les

droits propres sont « déclarés »). Dès lors, le droit peut s'accommoder de la pluralité. D'où, sans doute, la montée à la vie juridique des situations de fait, l'appel quasi incantatoire du législateur contemporain à l'effet symbolique de la loi, et sa volonté de légitimer, par le recours aux autres sciences sociales, ce qui serait un « modèle minimum » : un homme et une femme élevant les enfants.

■ Hughes Fulchiron, chargé de recherche au CNRS, Centre de droit de la famille (URA 963 CNRS), Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme, 14, avenue Berthelot, 69361 Lyon Cedex 07.



Familles immigrées : pluralité et conflit de normes

Les remous médiatiques provoqués par le port du foulard islamique à l'école ont souligné la complexité de la vie quotidienne des familles immigrées : un équilibre difficile entre des normes culturelles et législatives souvent conflictuelles.

■ Jacqueline Costa-Lascoux

L'affaire du «foulard islamique» — nommé plus justement par une spécialiste des cultures du Maghreb le «fichu islamique», étoffe couvrant la chevelure et insigne militant — a illustré la pluralité et les conflits de normes dans la France contemporaine. L'opinion publique découvrirait ce qui fait le quotidien de la sociologie du droit des minorités : les obstacles à la connaissance de systèmes normatifs d'origine étrangère, la difficulté de qualifier les litiges et d'évaluer les enjeux, l'amplification médiatique d'une question de société devenue un objet de partage idéologique. Ce qui a surpris la classe politique avait été prévu par le chercheur, sans qu'il ait pu se faire entendre.

Le regroupement familial est devenu la principale source d'immigration en France. De 1947 à 1987, plus d'un million et demi de personnes sont ainsi entrées : près de 30 000 personnes en 1988, dont les deux tiers venant de pays musulmans. La sociologie du droit ne saurait ignorer les bouleversements qui en ont résulté : évolutions de la structure familiale, mariages «mixtes», familles éclatées ou séparées, pluralité de nationalités... autant de modalités d'acculturation et, parfois, de conflits de lois relatifs à l'identité des personnes, à la formation ou à la dissolution du mariage, aux relations parentales et aux droits des enfants, aux successions. L'immigration a engendré un pluralisme juridique qui fait cohabiter, à l'intérieur même des familles, des nationalités et des statuts divers : certains n'ignorent-

ils pas que la nationalité française leur a été attribuée à la naissance ou qu'ils l'acquerront à la majorité sans formalité? Le premier travail des administrations et des juges sera souvent de déterminer la nationalité. Un contentieux ne cesse de se développer : quel est le droit applicable (le droit international privé impose le respect du statut personnel de l'étranger), quelles en sont les limites au regard de l'ordre public français? La polygamie, la répudiation, la non-reconnaissance de l'adoption, les mutilations sexuelles... sont désormais débattues en justice. La sociologie du droit des résidents étrangers n'est pas seulement celle de la loi, mais une sociologie judiciaire et administrative.

Coexistence ou confrontation de modèles

Chaque migrant vit sa culture d'origine aux prises avec les institutions de la société de résidence. Les différences s'effacent ou se marquent, en fonction de nombreuses variables. Ainsi, la prégnance d'un droit religieux, l'inégalité des sexes, la puissance maritale et patriarcale caractérisent nombre de fa-

milles musulmanes. En revanche, certains jeunes de la «deuxième génération» abandonnent les schémas traditionnels pour partager les aspirations de leur classe d'âge. Il se crée un ensemble complexe d'attitudes : rupture avec le milieu familial, parfois suivie d'un retour, manipulation des systèmes de référence, invention d'une «culture d'un troisième type». La perspective d'un mariage «mixte» induira, à son tour, d'autres comportements, et des conflits pourront surgir dans l'éducation des enfants ; la question dramatique des «déplacements d'enfants», au centre des négociations franco-algériennes, en a été l'illustration.

Un kaléidoscope instable

La sociologie de l'institution familiale dans les milieux immigrés doit envisager l'éventail complet des modèles familiaux, la plasticité ou la rigidité des comportements, les rejets ou les emprunts, les décalages normatifs, les stratégies de choix et les résistances, tel un kaléidoscope qui se recomposerait au moindre mouvement. Une connaissance précise des droits, l'analyse des représentations et des attitudes, la confrontation des discours et des pratiques constituent autant d'approches pour comprendre l'imbrication des systèmes juridiques. La sociologie du droit de l'immigration est sans cesse en quête de la définition de son objet et de ses méthodes, à l'encontre des stéréotypes.

Un éclairage contrasté

La perspective de 1993 ouvre sur une vision différenciée du devenir des familles immigrées en Europe. La sédentarisation des travailleurs étrangers,

Immigrant families: multiple standards and conflicts with the law. The settling of immigrant families has created phenomena of legal pluralism and sometimes conflicts with the law in all the countries of Europe. Different models of the family can either cause confrontations or can harmonise, according to a variety of situations which threaten certain categories of national law.



Un kaléidoscope d'origines, de cultures, de droits. (© Cliché L. Brun/ Petit Format)

L'arrivée des familles et de demandeurs d'asile originaires du Sud-est asiatique, de Turquie ou d'Afrique, les migrations intra-européennes et l'ouverture à l'Est dessinent un paysage qui se dérobe à l'analyse. La segmentation de nos sociétés conduit à des paradoxes : les enfants d'immigrés, fixés à leur HLM et prisonniers de leur quartier, ont perdu la mobilité de leurs pères, au moment où celle-ci est prônée aux jeunes des pays développés : le pluriculturalisme et la mobilité, handicaps pour les uns, sont, pour les autres, les valeurs de demain.

Les migrations internationales sont subversives des catégories de droit interne. Elles requièrent des études comparatives et le sens de la relativité. Elles

signifient la collaboration scientifique avec les pays d'émigration (sur la double nationalité par exemple), avec les organisations internationales (sur les législations contre le racisme et les discriminations), avec les associations et les administrations (sur la participation aux instances locales). Les enquêtes de terrain sont délicates à mener, qu'il s'agisse des HLM, des usines ou des prisons. Plus qu'ailleurs, le vécu du droit se démarque de la loi écrite.

Le sociologue du droit de l'immigration fournit nombre de rapports et de propositions, mais sa réflexion sur les frontières du droit, sur les effets pervers des mesures, sur le concept de citoyenneté ou celui de discrimination se heurte

fréquemment à l'usage irrationnel d'un thème emblématique. Dans ce domaine particulièrement, l'approche scientifique est autant souhaitée que redoutée par les décideurs : la manipulation des chiffres de l'immigration n'entre-t-elle pas dans le jeu politique ? Plus profondément, la question est aux confins de la philosophie du droit : l'immigration introduit le mouvement et le pluralisme dans des systèmes de normes, qui ont horreur du nomadisme.

■ Jacqueline Costa-Lascoux, directeur de recherche au CNRS, Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris II, 83 bd, rue Notre-Dame-des-Champs, 75006 Paris.

Les femmes et le continent juridique

De la condition féminine aux discriminations, du sexe au genre, le démantèlement de l'objet-femme se poursuit.

■ Michèle Bordeaux

Le CNRS, depuis 1982, paraît, en actes, avoir admis l'importance des recherches sur les femmes dans les disciplines juridiques comme dans d'autres sciences humaines et de la vie, et assuré une reconnaissance scientifique au domaine en permettant à des manifestations collectives de se tenir et à un programme spécifique de soutenir leur développement. De ces lieux de confrontation, d'échange, d'incitation et d'évolution entre chercheurs CNRS, universitaires ou hors institution, ressortent des résultats, amplifiés en matière historique par les colloques du Bicentenaire.

La dernière décennie a donc connu en matière de recherche sur les femmes et recherches féministes une très importante évolution qualitative, qui apporte plus qu'on ne le croit communément à l'ensemble du continent juridique. De fait, quantitativement, le droit a toujours été très riche en dissertations sur « la femme », en particulier dans la famille, et a démontré à l'envi combien les juristes, anciens ou modernes, étaient acharnés à parler d'elle pour lui définir statut d'incapable et fonction sociale « naturelle » de reproduction ou de cour-

Si certains travaux relèvent encore de la dénonciation des inégalités entre hommes et femmes et de l'échenillage élémentaire des textes, législatifs plus que réglementaires ou jurisprudentiels, de plus en plus nombreux sont ceux qui proposent soit de nouvelles lectures, de nouvelles approches de domaines apparemment connus mais renouvelés par l'introduction de la différence des sexes comme variable explicative incontournable, soit l'accès à des champs exploratoires et opératoires inconnus ou abandonnés. Bien des enclaves disciplinaires ont dû s'ouvrir à la transversalité, à l'acceptation de nouveaux concepts (com-

Research on women and feminist research as applied to the law. Research on women and feminist research, interdisciplinary areas par excellence, have shown great qualitative advances. They have left behind the description of the status of women and proceeded to a detailed study of sexual discrimination. They have gone past the stage of denouncing inequalities and are now studying the archetypal woman constructed historically by doctrine, jurisprudence and by legislation in many sectors of public and private law.

me celui de genre ou de patriarcat) et à la diachronie inhérentes à un fait (être) féminin qui n'est en rien réductible à une catégorie juridique finie, à une « condition ».

Déconstruire l'objet-femme

Le recours aux sources originales, en particulier jurisprudentielles non publiées, proches des faits et du discours des acteurs sur les faits et le droit, constitue toujours un corpus privilégié. Il faut en effet revenir aux sources, que ce soit pour déconstruire l'objet-femme créé par la doctrine ou l'historien ou pour construire *de novo*. De nombreux travaux visent à démonter des séquences doctrinales ou judiciaires, mettant en lumière la fonction idéologique et instrumentale du droit, par exemple dans celles qui jalonnent le processus d'appropriation du travail des femmes dans l'entreprise conjugale. Pour comprendre l'enjeu de la coopération conjugale en droit contemporain et celui des « statuts » proposés aux épouses de commerçants et artisans, il faut en revenir aux moyens variés que la jurisprudence a employés pendant plus d'un siècle pour appréhender ce phénomène de coopération. Et plus particulièrement à la théorie de l'entraide conjugale qui considère le travail de l'épouse dans l'entreprise familiale comme un effet du naturel devoir de secours et d'assistance, et ce jusque dans les années cinquante.

Il s'agit bien là d'une analyse critique des opérations de qualification. Cette démarche est au cœur des recherches sur les femmes, qu'elle porte sur la qualification judiciaire au regard de la loi ou sur la création des catégories juridiques supposées rendre compte de « spécificités » féminines. Les lieux de passage du



Les sept travaux du genre féminin. Gravure du XIX^e siècle, Bibliothèque nationale, (© Edimedia).

fait au droit qui ne sont pas sans analogie avec la dialectique nature/culture sont donc passés au crible dans les principaux travaux.

Par exemple, dans le champ des crimes sexuels déjà improprement qualifiés d'attentats aux mœurs (le projet de nouveau code pénal revêt très partiellement cette insertion à part qui fait qu'un crime contre les personnes échappe aux effets de la préméditation et du guet-apens), et plus précisément en matière de viol, des travaux récents se sont attachés à suivre systématiquement sur huit ans les opérations de qualification/déqualification dans le ressort d'un parquet de province, allant du dépôt de plainte par la victime à l'issue judiciaire qui lui est donnée, observant aussi bien les non-biens et les classements sans suite que les arrêts d'Assises ou jugements de Correctionnelle. Ainsi connaît-on mieux le processus de correctionnalisation, et a-t-on des arguments scientifiques à opposer aux tenants de la victime coupable et de la pulsion irrépressible du violeur.

D'ailleurs, en matière pénale et criminologique, la prise en compte des recherches sérieuses sur les femmes a conduit à laisser « les grandes criminelles » à la moins bonne part des médias et à éviter la mise en exergue de « la criminalité féminine ». C'est au contraire la faiblesse

de son trio qui pose question dans des études toujours différentielles, par exemple sur le comportement carcéral ou la nature des infractions.

De même, on ne travaille plus sur le divorce seulement au féminin, mais on s'interroge par exemple, avec tous les éléments de méthodologie et de problématique qui précèdent, sur les discriminations entre sexe en matière d'attribution de la garde des enfants, sur les représentations des rôles paternel et maternel que se font les divers acteurs du procès, en particulier les experts, sur les représentations de la faute divorciale. À ce propos, on rejoint transversalement la question des violences conjugales et de leur sanction sur lesquelles de nombreux travaux empiriques ont eu lieu apportant constats (inquiétants : un homme sur dix bat sa compagne) et propositions.

Les femmes et le droit au travail

On ne saurait terminer sans évoquer le champ du travail féminin. C'est certainement le plus exploré, principalement en sociologie, mais aussi en droit et sociologie juridique, dans une approche comparative de la situation des hommes et des femmes, seule capable

de rendre compte des spécificités.

Des projets européens sont actuellement en cours sur la théorie du droit du travail face au travail des femmes, sur la prise en compte de la différence des sexes dans les conventions collectives des différents pays. Une banque de données est en voie de constitution.

Nationalement de nombreuses thèses et travaux sont engagés ou publiés sur la durée et l'aménagement du contrat de travail, sur le chômage, en particulier de longue durée, sur le travail précaire, sur la syndicalisation, sur la mise en œuvre de la loi du 13 juillet 1983 dite Loi Roudy, etc. À noter que l'approche historique y est à bon droit privilégiée.

Il en est de même en matière de statut des femmes dans la fonction publique, dans l'accès aux professions indépendantes et libérales réglementées, ainsi que dans l'exploitation agricole. Enfin, la difficile prise en compte par le droit du harcèlement sexuel sur les lieux de travail fait, elle aussi, l'objet d'analyses historiques et contemporaines, du droit de cuissage à l'attentat aux mœurs par personne ayant autorité sur la victime.

■ Michèle Bordenaux, professeur à l'université de Nantes, responsable de l'unité « Droit et changement social » (URA 1154 CNRS), Faculté de droit, 44136 Nantes Cedex 01.

Divorce et autorité parentale : le rôle de l'expert

L'«intérêt de l'enfant» est au centre du débat dans les procédures de divorce. Quel est le poids de l'avis de l'expert dans la décision prise par le juge ?

■ Irène Théry

La refonte du Code civil entamée au milieu des années soixante traduit un profond bouleversement dans la conception même du droit familial, de sa légitimité et de ses objectifs. Le droit se veut désormais flexible, ce qui a entraîné en particulier un renoncement croissant à des normes explicitement prescriptives au profit de notions-cadres, ouvertes à la norme extra-juridique, et dont la plus importante (la plus contestée aussi) est certainement le critère décisionnel d'«intérêt de l'enfant».

Qu'attend-on de l'expert ?

Le juge est ainsi placé devant l'obligation — et investi du pouvoir — de parachever la loi, et c'est là qu'intervient le recours aux «spécialistes en sciences humaines» auxquels il peut donner mission d'évaluer une situation familiale et de fournir un avis sur la «solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant». Ces situations d'expertise suscitent, s'agissant en particulier des conflits familiaux (divorces, séparations), de nombreuses controverses : qu'attend-on précisément de l'expert ? Où se situe la frontière des compétences respectives du juge et de l'expert dès lors que la même question leur est posée à l'un et à l'autre ? Un savoir peut-il garantir une évaluation incontestable de l'intérêt de l'enfant ? etc.

Le malaise perceptible chez les différents acteurs de la sphère judiciaire (magistrats, avocats, auxiliaires de justice, justiciables) est d'autant plus grand que l'ignorance demeure forte sur ce qu'il en est de ce type d'expertise en France : dans quels types d'affaires fait-on appel à un expert ? qui sont les experts ? y a-t-il des protocoles d'expertise et comment les avis sont-ils motivés ? quels sont les effets du rapport d'expertise sur la décision ?

Autant de questions sur lesquelles on ne sait quasiment rien, en l'absence de tout recensement statistique des affaires concernées, dont on ignore même la part qu'elles représentent dans l'ensemble des procédures.

C'est pour tenter d'apporter à ces

questions des éléments de réponse que nous menons actuellement une étude empirique des mesures d'instruction (expertises psychiatriques, consultations psychologiques, enquêtes sociales) qui peuvent être ordonnées lors des procédures d'attribution de l'autorité parentale (divorce principalement). Cette enquête qui porte sur la totalité des affaires terminées en 1985 dans quatre tribunaux de grande instance — Aix-en-Provence, Chartres, Paris, Versailles — est fondée principalement sur l'analyse des archives de ces affaires.

Certains des premiers résultats obtenus sont particulièrement intéressants dans une perspective de sociologie du droit, qu'ils mettent en cause des représentations communes ou qu'ils fassent apparaître des dimensions généralement non perçues d'affaires qui, par définition, ont posé problème à l'institution judiciaire.

L'enquête confirme le caractère quantitativement très minoritaire des «divorces très difficiles» (environ 3 %). Ceux-ci concernent à 80 % des couples de nationalité française. Si la composition de la

sous-population est hétérogène du point de vue de l'appartenance socio-professionnelle, on note cependant que la moitié des femmes à un revenu net compris entre 0 et 3 500 francs mensuels, et que 30 % d'entre elles ne vivent que de pensions et d'allocations ou sont à la charge de leur conjoint ou parents. Les enfants concernés par ces affaires sont particulièrement jeunes : dans plus de la moitié des cas de divorces étudiés, le plus jeune enfant n'a pas atteint l'âge scolaire en milieu de procédure. Les conflits concernent aussi bien des filles (50,6 %) que des garçons (49,4 %).

Le divorce «très difficile» n'est pas assimilable au divorce conflictuel : une affaire sur dix ne fait pas l'objet d'un conflit parental, mais d'une défaillance. Quand il y a conflit, celui-ci ne porte pas toujours sur la garde (66 % du total), mais aussi sur le droit de visite du non-

Legal appraisal in procedures for attribution of parental custody following divorce. The recourse to expert advice (from specialists in social sciences), during certain procedures for attribution of parental custody, provokes questions and debate: can academic knowledge guarantee appraisal that is incontestably in the interest of the child? A French survey currently being undertaken on nearly 700 cases completed in 1985 provides previously unpublished information on the characteristics of what the legal profession itself calls "very difficult" divorces, and the way in which they were treated.



L'appel à l'expert doit permettre au juge de décider de l'attribution de l'autorité parentale dans «l'intérêt de l'enfant». (© Clôthé B. Maso/ Selgeberry Conseil).



► gardien (24 %). On sous-estime généralement ce dernier type de conflit qui représente pourtant 32 % des affaires d'après-divorce «difficiles».

Le droit de garde au père

Les experts préconisent une garde au père dans 22,8 % des cas, soit le double de la moyenne établie pour l'ensemble des divorcés. Leur avis est suivi par les magistrats dans la plupart des cas (85 %). Ces résultats ne prennent sens que mis en relation avec la situation préalable à l'instruction (déjà 20 % de gardes au père) : c'est celle-ci qui, majoritairement, est reconduite, ce qui amène à souligner la valeur prioritaire accordée à la stabilité et finalement le poids

relativement faible reconnu à l'analyse comparée des compétences parentales effectuée par l'expert.

Ceci nous conduit à insister sur un autre résultat important de notre enquête, portant sur la diversité des mesures d'instruction que nous avons regroupées sous le terme d'«expertise». Elles sont non seulement très inégalement utilisées (688 enquêtes sociales, 48 consultations psychologiques, 123 expertises psychiatriques), mais très inégalement réparties, aussi bien d'une juridiction à l'autre que, dans chaque tribunal, d'un justiciable à l'autre. Le recours à une variable synthétique (profession, niveau de revenu, nature du revenu) permet en effet de faire apparaître qu'il existe un lien étroit entre la place dans la hié-

archie sociale des individus soumis à telle ou telle mesure, la place de la mesure d'instruction dans la hiérarchie des mesures, la place du spécialiste dans la hiérarchie des professions.

Tous ces résultats ont en commun de mettre en cause le mythe d'un rapport de causalité simple entre la perception par le magistrat d'un certain type de problèmes et la sélection de la mesure *ad hoc*, grâce à la mobilisation d'un savoir spécialisé pour l'évaluation de telle ou telle situation familiale.

■ Irène Théry, chargée de recherche au CNRS, Centre de recherche interdisciplinaire de Vauresson (URA 412 CNRS), 54, rue de Gatche, 92420 Vauresson.

Formes de justice et famille

Les transformations de la famille intervenues dans les dernières décennies exigeaient une évolution de la justice. Comment celle-ci s'est-elle faite, et en fonction de quelles causes ?

■ Jacques Commaille
Antoine Garapon
Etienne Le Roy

La question de la famille requiert depuis longtemps un intérêt particulier de la part de la Justice et ce qui a pu être considéré comme les mutations des comportements familiaux au cours des dernières décennies est venu renouveler ou enrichir une vocation à gérer certains aspects des relations internes à la sphère domestique ou à tenter de remédier à certains de ses dysfonctionnements. La tendance croissante du droit à «déléguer au judiciaire» par le truchement, notamment, de «notions-cadres», telles que celles de «danger» ou «d'intérêt de l'enfant», voire «d'intérêt de la famille», qui s'en remettent en dernière analyse à la libre appréciation des juges, et à travers eux, à celle des partenaires de Justice et notamment à celle des travailleurs sociaux qui apparaissent comme des agents de l'institution judiciaire, contribue à accentuer ce rôle de la Justice dans la régulation de la famille, rôle auquel les sciences sociales ont consacré beaucoup de travaux ces

dernières années. Ceux-ci sont souvent pluridisciplinaires (l'anthropologie et la sociologie ont pu à cette occasion mesurer le caractère artificiel de quelques-unes de leurs frontières) mais également, dans certains cas, pluriprofessionnelles, instituant les praticiens (magistrats, éducateurs...) en acteurs privilégiés de la constitution d'un savoir qui se veut scientifique, donc «distancié».

Des modes diversifiés d'intervention

Au-delà d'un simple inventaire des modifications judiciaires en matière familiale, dans ces travaux il faut relever la tendance lourde, repérable tant dans l'évolution législative que dans les pratiques, qui est celle de la diversification des types de réactions sociales et des genres de régulation des conflits. Il est ainsi possible d'identifier trois couples de modes d'intervention qui permettent de pénétrer la complexité des pratiques judiciaires en matière familiale :

— Quant à la forme de l'intervention judiciaire dans les rapports familiaux, on voit progresser, à côté de la forme rituelle traditionnelle qui caractérise le travail en salle d'audience, une «justice

de cabinet» de type bureaucratique. Ainsi le couple candidat au divorce aura le choix entre la séparation par consentement mutuel, dédramatisée, qui se déroule entièrement dans le cabinet du juge et le divorce pour faute, qui s'assimile plus à la forme plus conflictuelle et plus traditionnelle du procès civil, et qui se déroule en salle d'audience.

— En ce qui concerne la méthode, l'étude anthropologique a particulièrement mis en valeur la place essentielle de la négociation dans le recours de la loi, et son rôle, souvent discret, voire «honteux» à l'égard de la justice classique, «imposée». On assiste à une sorte de déjudiciarisation judiciaire, par laquelle l'institution crée elle-même une différenciation entre la justice qui applique strictement la Loi et celle qui permet un arrangement, en reproduisant ainsi de manière interne un rapport identique à celui qui existe dans la société civile entre les citoyens et la Loi.

— Les objectifs de l'institution semblent hésiter entre la célébration publique et spectaculaire de la Règle d'une part et le souci plus pragmatique d'une performance sociale directe d'autre part, en privilégiant la «paix des familles» au détriment de la pureté juridique. On pourrait schématiquement dégager le principe suivant : lorsque le droit a pour objet de conférer un statut à la famille et à ses membres, en définissant des rôles et en assignant une place à chacun, il a le plus souvent recours à une justice rituelle et imposée, en se souciant peu de son effet social ; c'est ainsi que le droit de la filiation est resté très formaliste. En revanche, il adoptera une attitude opposée au moment de contrôler les

échanges familiaux, comme en matière de séparation ou de divorce, ou bien sûr en matière d'assistance éducative.

Une pluralité des causes

La première difficulté de l'analyse vient de ce qu'aucun de ces pôles en concurrence interne au sein du système de Justice n'existe à l'état pur et que le traitement d'une affaire peut osciller vers l'un ou vers l'autre. La seconde difficulté tient au fait que la tension, le va-et-vient entre ces pôles, peut résulter de la combinaison entre des facteurs multiples, à la fois externes et internes à l'institution de Justice elle-même. Il est ainsi désormais admis que les familles ne se soumettent pas passivement à l'autorité de la Justice pour laisser le soin à celle-ci de régler leurs conflits ou de contribuer à la gestion de leurs relations internes; elles sont susceptibles de développer des stratégies qui les conduiront, ou conduiront certains de leurs membres éventuellement à recourir, à menacer de recourir à la Justice suivant ce que ce recours, effectif ou annoncé, peut représenter tactiquement dans un rapport de force interne à la sphère familiale: des travaux d'histoire ou d'ethnologie soulignent ainsi ces alternances dans certaines familles de négociation, de dépôt d'une requête ou d'une plainte, de reprise de la négociation, le recours à la Justice apparaissant comme l'*ultima ratio* ou faisant fonction d'épée de Damoclès.

De même, au-delà de leurs convictions, les professionnels du droit pourront opter pour l'une ou l'autre forme de justice en fonction de leur intérêt représenté, par exemple, par un statut plus ou moins prestigieux dans la hiérarchie des valeurs du corps professionnel concerné: ainsi la Justice des mineurs et, dans une moindre mesure le juge aux affaires matrimoniales (juge spécialisé pour les affaires de divorce), parce qu'ils sont relativement plus éloignés de la technique juridique que d'autres pratiques judiciaires, ont une image relativement



Dans le cabinet du juge aux affaires matrimoniales. (© Cliché J. Suquet/CRDP Paris, diffusion Documentation française). Le couple candidat au divorce a le choix entre la séparation par consentement mutuel, qui se déroule entièrement dans le cabinet du juge, et le divorce pour faute, en salle d'audience.

moins valorisée. Cela se mesure en particulier par la plus forte proportion de femmes et de jeunes observée dans ces fonctions judiciaires par rapport à l'ensemble du corps professionnel.

Plus largement, la tension entre des formes de justice dans le domaine de la famille peut être nourrie d'une tension entre des modèles d'organisation politique de la société, en particulier en ce qui concerne la place respective de l'Etat et de la société civile ou de la Justice par rapport à d'autres institutions dans la régulation sociale de la famille. Une justice des pairs comme pouvait l'être le tribunal de famille, sous la Révolution française (le décret du 16 août 1790 instituant les tribunaux de famille stipule que ceux-ci sont composés de parents ou, à défaut, d'amis ou de voisins, établis dans une fonction d'arbitres) ou le développement actuel de la médiation (mode de résolution des conflits sous une forme négociée à l'extérieur ou au sein même de l'institution judiciaire) témoignent d'une volonté ou d'une aspiration à écarter ou à relativiser les interventions traditionnelles sous la tutelle directe de l'Etat: ils peuvent contenir en germe le rêve ou la nostalgie d'une société communautaire suffisamment solidaire et harmonieuse pour régler ses problèmes en son sein, hors d'institutions spécialisées, celles-ci étant perçues comme le symbole du déclin d'une so-

ciété traditionnelle où l'exercice de la fonction de justice était fondé sur la confiance, la recherche d'entente, la réciprocité.

En prenant ainsi en compte la diversité de ses modes d'intervention et la pluralité de ses déterminants internes et externes, la recherche sur la Justice dans le domaine de la famille peut constituer finalement une contribution à l'analyse de la complexité des processus d'élaboration des formes de justice en général.

Forms of justice and the family - The changes in the family occurring over the last few decades have been accompanied by a diversification in the ways it is treated by the law. Whether looked at from the anthropological or sociological viewpoint, research has shown that the choice of one or other form of family law has resulted not only from factors from within the legal system itself, but also from outside factors such as the strategy of the family, how social relationships are managed or the political organisation of society.

■ Jacques Commaille, directeur de recherche au CNRS, Centre d'étude de la vie politique française contemporaine (URA 120 CNRS), 10, rue de la Cluse, 75007 Paris.

■ Antoine Garapon, juge des enfants au Tribunal pour enfants de Créteil, Laboratoire de sociologie juridique (URA 971 CNRS), Tribunal pour enfants, rue Valléry-Radot, 94011 Créteil.

■ Etienne Le Roy, professeur à l'université Paris I, directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, 14, rue Cojart, 75231 Paris Cedex 05.

Le renouveau des obligations alimentaires familiales

Au-delà des relations interpersonnelles nouées entre les personnes à l'intérieur de la famille, la solidarité familiale est aujourd'hui mise à l'épreuve par des tiers, organismes sociaux et prestataires de soins, qui exercent des recours contre ses membres au titre de leur obligation alimentaire.

■ *Evelyne Serverin*

Depuis la fin du XIX^e siècle, démographes et sociologues soulignent que la famille ne constitue plus cet espace de solidarité économique, caractéristique de la famille élargie, dont les membres sont pris dans un réseau d'obligations réciproques. Ce changement résulte d'un double mouvement de contraction: restriction de la famille au noyau formé autour du couple (famille conjugale); diminution des flux de richesses intergénérationnels, au profit de la transmission aux enfants d'un «capital culturel».

Cette double évolution était longuement développée par E. Durkheim dans sa sociologie de la famille: il soulignait que les obligations des enfants mariés envers leurs parents «étaient limitées à des aliments en cas de maladie», et que «le droit à l'héritage était destiné à disparaître». Au cours des années récentes, les sociologues ont mis l'accent sur l'importance de l'accumulation d'un «capital symbolique», seul apte à assurer la reproduction efficace du statut social (P. Bourdieu).

Le développement d'une législation de protection sociale traitant dans le même sens, en se fondant, pour certaines prestations (allocation de soutien familial, revenu minimum d'insertion, aide sociale), sur le constat de carence des familles. L'action sociale généralisée viendrait ainsi prendre le relais de ces instances défaillantes, en se substituant totalement aux anciennes solidarités. La recherche sociologique, en mettant l'ac-

Family solidarity and maintenance obligations. Although the sociological observation that solidarity within the family has weakened is correct, this only applies to direct relationships between members of the family. With the development of social legislation, procedures for recovering social debts from those having maintenance obligations are creating new structures for building solidarity.



Que les personnes âgées restent chez elles ou qu'elles soient prises en charge par les établissements spécialisés, la solidarité familiale est mise à l'épreuve, directement ou par le biais de tiers réclamant à la famille le coût des prestations versées à leurs parents. (© Cliché D. Thierry/CRDP Paris, diffusion Documentation française).

cent sur les carences des débiteurs d'aliments, notamment en ce qui concerne le paiement des pensions alimentaires de l'après-divorce, a renforcé cette représentation.

Pour justifiées qu'elles soient, toutes ces observations masquent les transformations qu'a subies, au cours des cinquante dernières années, la notion juridique d'obligation alimentaire, transformations qui ont contribué à créer un espace nouveau pour le jeu des solidarités familiales. La recherche juridique se trouve ainsi sollicitée sur de nouveaux terrains, qui mettent en jeu des mécanismes complexes.

Les dettes de santé à la charge des familles

Dans sa forme originelle, telle que la reglent encore aujourd'hui les articles 203 à 211 du Code civil, l'obligation ali-

mentaire établit un lien d'obligation réciproque entre parents en ligne directe, entre époux, et entre les beaux-parents et leurs gendres et belles-filles.

Mais cette relation «primaire», qui met face à face créanciers et débiteurs d'obligations dans la double limite des besoins et des ressources, tend aujourd'hui à être supplantée par une relation «dérivée», dans laquelle ce sont des tiers, prestataires d'avantages sociaux, qui prennent la place du créancier bénéficiaire: caisses d'allocations familiales, départements, établissements hospitaliers agissent aujourd'hui contre des débiteurs d'aliments, pour leur réclamer le coût des prestations versées à leurs parents ou conjoints. Les recours trouvent dans les textes plusieurs fondements: il s'agit tantôt d'une action pour le compte d'autrui (article 145 du Code de la famille et de l'aide sociale pour les prestations d'aide sociale), tantôt d'un recours subrogatoire (article 23 de la loi du 1^{er} décembre 1988 sur le revenu minimum d'insertion pour les allocations versées, article L 581-2 du Code de la Sécurité sociale en ce qui concerne l'allocation de soutien familial), tantôt d'une action directe (article 708 du Code de la Santé publique pour les dépenses hospitalières), toutes exercées contre les personnes tenues à l'obligation alimentaire, dans les termes du Code civil.

Tous ces procédés ont en commun de mettre à la charge des familles des dettes de santé, ou d'entretien, dont elles ne peuvent contrôler le montant. C'est dans le secteur de l'hospitalisation des personnes âgées que le poids de cette solidarité pèse le plus lourdement: par l'effet conjugué du renchérissement des prix de journée, qui excèdent rapidement les ressources propres des bénéficiaires, et de la départementalisation de l'aide sociale correspondante, qui conduit les commissions d'admission à une politique d'économie, les familles se voient contraintes de prendre en charge une part croissante de ces frais.

Pour l'actuelle génération des actifs, ainsi que pour les générations à venir, le coût de la «solidarité contrainte» ira croissant. Le système juridique d'obligation alimentaire issu du Code civil se trouve aujourd'hui dépassé par les obligations alimentaires socialisées qui s'y sont greffées depuis 1954. La confrontation entre les systèmes est source de litiges, dont la fréquence tendra à s'accroître à mesure que croîtra le nombre des familles concernées.

■ *Evelyne Serverin*, chargé de recherche au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit (URA 1155 CNRS), Université de Saint-Etienne, Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme, 35, rue du 11 novembre, 42023 Saint-Etienne Cedex.

Que représente le droit pour les 11-18 ans ?

L'image que se font les adolescents de la loi et de l'égalité en droit montre ce qui se joue avant 18 ans.

■ Chantal Kourilsky

Dès lors qu'ils n'en ont pas acquis la connaissance technique dans un apprentissage spécifique, quelle image les individus se font-ils du droit ? Les enquêtes effectuées auprès de populations adultes montrent des phénomènes contradictoires de connaissance et d'ignorance de la loi dont les variables ne sont pas clairement élucidées. Ce sont les origines de ces phénomènes que veulent éclairer les recherches sur la socialisation juridique des individus, c'est-à-dire sur la formation, avant l'âge adulte, de systèmes individuels de représentations, de connaissances et d'attitudes à l'égard du droit.

Les résultats d'une enquête effectuée en 1987 auprès de 450 enfants et adolescents de classes scolaires de 6^e, 4^e et 1^{re}, montrent notamment comment des facteurs comme le milieu social et le sexe des interrogés influent sur leurs conceptions de la loi, des limites qu'elle leur impose ou des possibilités qu'elle leur offre.

Une vision différente selon l'âge...

La théorie voudrait qu'avec l'âge, l'individu passe de la conception autoritaire d'une loi impérative, faite d'interdictions et d'injonctions dont la transgression entraîne des sanctions, à une conception plus réaliste dans laquelle il perçoit l'existence des lois dispositives lui procurant des possibilités d'agir. Parallèlement, l'adolescent dépasserait la conception idéaliste d'une loi incarnant le juste à une conception plus relativiste et utilitaire d'une loi résultant d'un consensus. Les données d'enquête ne confirment que partiellement ce schéma.

...le sexe...

Un premier clivage s'opère selon le sexe des répondants. Aucun des répondants de sexe masculin ne perçoit l'aspect dispositif de la loi. L'accent est mis par eux sur les commandements, ordres et interdictions contenus dans la loi et sur les sanctions entraînées par

leur transgression. Les filles, quant à elles, ont à la fois une image impérative de la loi et une conscience croissante avec l'âge des droits, avantages et possibilités d'agir que celle-ci peut offrir.

... et le milieu social

Mais c'est sur ce point que le milieu social des enquêtés exerce une influence déterminante. Seules les adolescentes appartenant à des familles de classes moyennes (employés et commerçants) et plus encore à des familles de cadres supérieurs perçoivent les possibilités d'agir que leur offre la loi. Les adolescentes appartenant à des milieux ouvriers mettent l'accent uniquement sur la loi impérative. Ce sont cependant elles qui, avec les adolescents garçons des classes moyennes et des milieux de cadres supérieurs, conçoivent le plus la loi sous la forme d'une règle du jeu social reposant sur le consensus général. Si elles perçoivent la loi comme fixant des limites, elles conçoivent ces contraintes comme librement acceptées et de nature à assurer l'harmonie sociale et la justice. Les répondants de milieux ouvriers conservent d'ailleurs à l'âge adolescent, à un plus fort degré que ceux d'autres catégories sociales, une conception d'une loi incarnant la justice, ce qui est illégal étant assimilé à ce qui est contraire à la justice ou l'honnêteté, sans doute parce que la loi est pour eux avant tout la loi pénale. Loi pénale également pour les adolescents de classes moyennes qui mettent l'accent plus que les autres sur une loi stricte et contraignante suscitant un désir de transgression. Répondants des classes moyennes et des milieux de cadres supérieurs se partagent d'ailleurs l'exclusivité des évaluations de la loi en termes de maintien de l'ordre social. Eux seuls également formulent à l'encontre de la loi des

Legal socialisation and formation of early perceptions of the law - Research on legal socialisation of individuals shows how representations of law and of values underlying it are formed during childhood and adolescence. Sex and social background are among the variables which determine individual perceptions.



Les résultats d'une enquête effectuée auprès d'enfants et d'adolescents montrant comment le milieu social et le sexe influent sur leurs conceptions de la loi, des limites qu'elle leur impose ou des possibilités qu'elle leur offre.
(© Cliché de Wildenberg/Sygm)

évaluations critiques (oppression, contrainte, réduction de la liberté).

La notion d'égalité

Si l'on passe de l'autorité de la loi et de sa capacité d'organiser les relations sociales à la notion d'égalité, les clivages de sexe et de milieu social s'organisent différemment. La notion juridique d'égalité, égalité en droit, égalité devant la loi, est évoquée comme une évidence par l'ensemble des garçons et par les filles des milieux de cadres supérieurs. Les filles de milieux ouvriers ou de classes moyennes, quant à elles, la subordonnent à la solution du problème de l'égalité sociale auquel elles ont déjà été confrontées.

Tout n'est sans doute pas joué à 18 ans, mais on voit ainsi que la trame des représentations des adultes de demain à l'égard de la loi et des valeurs qui la sous-tendent est déjà fortement dessinée.

■ Chantal Kourilsky, chargée de recherche au CNRS, Institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit (IUR 53) (CNRS), 77, rue Paul Bert, 94204 Ixey-sur-Seine Cedex.

JUSTICE ET JURIDICTION

Dans le vaste champ judiciaire, la recherche fondamentale ne s'est jamais tarie mais elle avait gardé un tour quelque peu traditionnel, tant en histoire qu'en droit positif.

Mais voilà que depuis le début de l'actuelle décennie, la tradition se trouve atteinte de plein fouet par ce qui pourrait bien être une révolution, l'informatique, qui a investi à son tour le judiciaire. Rencontre inédite qui peut tout aussi bien se résoudre en un dangereux affrontement qu'en un profitable enrichissement. Pour l'heure, l'informatique paraît bien vivifier la recherche judiciaire et lui insuffler un nouvel élan.

C'est de trois directions que semble venir l'impulsion nouvelle. Tout d'abord, l'informatique a entraîné une amélioration des systèmes de collecte de données et une régularisation des flux d'informations. L'effet en est particulièrement sensible dans la connaissance des contentieux judiciaires civils.

Mais les moyens techniques nouveaux ont également transformé les méthodes d'exploitation d'informations qui se font elles-mêmes plus nombreuses. Pour l'Orient

antique, par exemple, la masse d'informations mise au jour chaque année pourra être plus rapidement et plus efficacement traitée par les archéologues, philologues, historiens et juristes intéressés.

L'histoire judiciaire tirera ainsi grand bénéfice du traitement informatique de ses immenses flux documentaires dont le médiéviste peut désormais imaginer la maîtrise prochaine, de même qu'il peut songer à la rendre accessible, pour peu qu'il parvienne à réaliser un système d'indexation harmonisé à l'échelle européenne. Il aura alors permis un grand pas dans l'étude et la connaissance des grands systèmes juridiques.

L'informatique n'est ni sans risque, ni sans lacune. Risque, par exemple, d'une dérivation de la recherche par la séduction qu'exerce l'instrument cultivé pour lui-même. Lacune aussi, dans la mesure où l'informatisation n'apporte pas la panacée attendue et ne comble pas, par exemple, les déficiences dans la statistique des juridictions pénales, pourtant modèle international naguère !

L'informatique n'est pas la seule responsable de l'élargissement des perspectives

qui caractérise l'investigation contemporaine en matière de justice. On le découvre de différentes façons : dans l'étude élargie d'une institution, dans le désenclavement des disciplines traditionnelles, dans l'analyse enfin des nouvelles formes de justice.

C'est ainsi que la justice constitutionnelle a pu faire l'objet de recherches comparées et étendues aux institutions, aux libertés et droits fondamentaux. Dans une autre perspective, la recherche pénale a brisé le clivage droit public/droit privé en examinant les relations entre justice pénale et droits de l'homme, étude placée de surcroît dans l'espace européen. Enfin, le juriste moderne s'est intéressé aux formes nouvelles de résolution des conflits et aux multiples manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler « la justice informelle ».

Ce bref parcours sur les chemins connus, comme sur les pistes nouvelles, introductif aux plus amples développements qu'on pourra lire dans ces pages, aura voulu simplement montrer la très grande vitalité et l'intérêt renouvelé pour la recherche dans l'univers judiciaire.

Jean-Pierre Royer
Professeur à l'université de Lille II

La justice dans l'Antiquité

En Orient, en Grèce, à Rome, de nouvelles pistes s'ouvrent, capables de modifier notre vision de pans entiers de l'organisation de la justice, de la défense ou de l'assistance judiciaire.

■ Michel Humbert

B ase nécessaire de départ à toute étude du droit, l'expérience antique du juste et du procès n'a cessé de retenir les historiens. Mais, au terme d'un intérêt aussi constamment entretenu, la justice antique peut-elle encore attirer les chercheurs? Ce petit bilan prospectif voudrait en convaincre les plus incrédules.

Des civilisations juridiques en Orient

L'Orient – autour de la Mésopotamie et des dynasties babyloniennes – est admirablement servi par les centaines de milliers de tablettes qui livrent à foison, grâce au cunéiforme conservé en empreinte sur l'argile, fragments de codes, contrats, transactions et sentences judiciaires. La fouille des tells – ces sites antiques actuellement sous forme de monticules – en Syrie, en Irak, met au jour chaque année des trésors d'informations, rapidement exploitées par les archéologues, philologues, historiens et juristes. Confrontés aux prescriptions des grands codes (ceux d'Eshnuna ou de Hammourabi), ces textes dégagent peu à peu les grandes constantes de la justice pénale, de l'organisation judiciaire et de la conscience, très vive chez les souverains, d'une justice impartiale: l'idéal de justice est non seulement proclamé officiellement, mais quotidiennement sanctionné dans les sentences qui nous sont parvenues. G. Cardascia consacre à cette civilisation juridique de nombreux et remarquables travaux. L'appel à de jeunes juristes, initiés aux langues du Pro-

Justice and the ancient world - New avenues of research are opening up based on the major themes of ancient law: the Orient, the Hellenic civilisations and Rome. Archaeological discoveries revealing legal practices have given a more concrete image of the law and of the handing out of justice. Thanks to new insights, the ancient texts have provided new and promising perspectives on the symbolism of the trial, the nature of the punishment and the sense of justice.

che-Orient (sumérien, akkadien, hittite), doit être lancé.

Une nouvelle lecture du droit en Grèce et en Egypte

Pour la Grèce, enquêtes et révisions ont touché les deux extrêmes du droit. Le concept du juste, d'abord, a été particulièrement étudié par les philosophes du droit. L'*Ethique à Nicomaque*, relue et, plus extraordinaire, réinterprétée, sert désormais de clé non seulement à la pensée d'Aristote en général, mais aussi à la pensée juridique romaine. Cicéron en premier lieu. De l'autre côté – à l'opposé si l'on se place au point de vue de la nature du document – l'Egypte, ptolémaïque ou romaine, continue, no-



Contrat de vente palésumérien (circa 2500 av. J.-C.). Tablette d'argile cunéiforme. Musée du Louvre. (© Cliché R.M.N.)

tamment en France, à fournir aux chercheurs de nombreux thèmes de publication. La juridiction du maître d'œuvre, celle du préfet d'Egypte, permet pour la première fois dans un contexte gréco-romain de saisir sur le vif le travail concret des avocats, l'organisation quotidienne des auxiliaires de justice qui se constituent des petits recueils de jurisprudence ou s'aménagent des petits dossiers formés de textes législatifs ou réglementaires. On s'aperçoit ainsi comment la justice est rendue, donc comment se fait le droit, de même que l'on suit d'échelon en degré la marche d'un procès au sein d'une bien complexe machine bureaucratique. Plus encore: à travers la justice, ce sont les conflits de

lois, donc un droit international privé en germe, qui émergent, suscitant, on s'en doute, bien des hypothèses quand il s'agit de découvrir les règles de solution...



Denier républicain de 105 av. J.-C. reproduisant l'appel au peuple d'une peine capitale prononcée contre un citoyen. (© Bibliothèque nationale)

Des interprétations contradictoires à Rome

À Rome, les trois nouveautés majeures – pour s'en tenir au domaine de la justice – tiennent à un renouveau d'intérêt pour la justice criminelle, à un accroissement inespéré (à l'échelle de Rome) des actes de la pratique, à l'attention soutenue pour tout ce qui entoure le procès, le précède ou l'accompagne.

Le droit pénal républicain est en pleine mutation. La rareté des sources explique – sans toutes les justifier – les reconstitutions souvent absolument inconciliables. Les uns, ainsi, définissent le crime de meurtre comme la source d'une action privée destinée à satisfaire dans l'intérêt seul du groupe de la victime un besoin de vengeance. D'autres, pour la même époque, se prononcent pour une procédure publique, de type inquisitoire, et conduite devant le peuple qui juge. On devine l'ardeur de l'affrontement, pour le plus grand profit de la recherche, stimulée par un dossier essentiel dont le moins que l'on puisse dire est qu'il est loin de se refermer.

Des actes de la pratique sont donc enfin sortis de terre (plus exactement de la boue). Une découverte inattendue a fait exhumer un fort important lot de tablettes – les archives d'une famille de Pouzzoles, installée ensuite à Pompéi – dont beaucoup éclairaient la procédure: gages de comparution (garanties fournies par le défendeur qu'il comparaitra aux jour et lieu fixés), conventions déro-



gatoires de compétence (conventions par lesquelles les deux adversaires s'entendent pour choisir un autre tribunal)... Malgré les efforts de la communauté internationale, les difficultés de lecture et d'interprétation n'ont pas été toutes surmontées: mais le travail se poursuit.

Cependant, l'approche technique du

procès n'a pas occupé toutes les énergies. Dernière perspective résolument fructueuse, les «à-côté» du procès font maintenant partie des principaux axes de recherche. La défense ou l'assistance judiciaire, le rôle des avocats et des orateurs, la question de leur formation juridique, la signification symbolique du procès (d'où l'importance du décor et du

public): sa place (éminente) dans le jeu politique, sont des thèmes d'actualité. Le procès romain sort de l'éprouvette du juriste romaniste et fait son entrée dans l'Histoire.

■ Michel Humbert, professeur à l'université Paris II, responsable du Centre de documentation des droits antiques (URA 961 CNRS), 12, place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 05.

Méthodes et perspectives de l'histoire judiciaire

Les immenses séries d'archives judiciaires de l'Ancien Régime défient les chercheurs. De leur capacité à les maîtriser dépend notre intelligence de la mémoire juridique de l'Europe.

■ Robert Jacob

Aux Archives Nationales de France s'étendent, au long de kilomètres de rayons, les séries de registres qu'a produits, en ses quelque cinq siècles d'existence, le Parlement de Paris. Des flots de parchemin et de papier, probablement le plus vaste fonds d'archives de l'Ancien Régime en Europe, la mémoire judiciaire de la France. Dans les années cinquante, une petite équipe de juristes et d'archivistes, sous la direction de Pierre-Clément Timbal, entreprend le dépouillement de ces masses documentaires. Ainsi se forme le Centre d'Etude d'Histoire Juridique, l'une des plus anciennes formations du CNRS dans le domaine des sciences juridiques.

Où en est aujourd'hui le projet de ses fondateurs? Assurément, la forêt a résisté aux fragiles moyens des défricheurs. Quelle que soit leur ampleur, les dépouillements réalisés n'y représentent encore que quelques trousées. Cependant, depuis ses débuts, les méthodes de la recherche ont changé, ses objectifs se sont redéfinis. Passant du fichier manuel au traitement informatique, les chercheurs ont dû s'adapter aux mutations successives de leur nouvel outil. Tant qu'ils se consacreront aux périodes les plus anciennes, il leur était possible de suivre les voies éprouvées de l'archivistique traditionnelle: à chaque document correspond une fiche et à cha-

que fiche un certain nombre de «descripteurs», lesquels sont introduits dans une base de données à la disposition de l'historien. Mais si cette méthode donne de bons résultats dans le traitement des époques les moins richement documentées, elle se révèle inopérante face aux sources, autrement complexes, de la fin du Moyen Âge et des Temps Modernes.

Un véritable labyrinthe

A ce moment, le Parlement enrôlait chaque année plusieurs centaines d'affaires. Malheureusement, les magistrats parisiens avaient cru bon de faire éclater l'unité originelle des dossiers de procédure pour en éparpiller les pièces dans des séries différentes: registres des «arrêts» ou des «plaidoiries», recueils d'«accords» ou de «minutes», etc. Le chercheur se trouve ainsi devant un labyrinthe qu'il lui faut baliser et parcourir sans cesse pour reconstituer les procès. Ceux-ci constituent, plus que les documents pris isolément, les véritables unités de base de la documentation judiciaire.

L'expérience de ces difficultés techniques montre qu'il serait illusoire de tenter de séparer le travail de l'archiviste de celui de l'historien. Ou, si l'on veut, la «logistique» (œuvre, nécessairement collective, d'indexation de la documentation) de la recherche proprement dite,



Le procès de deux paysans devant un juge royal (miniature du XV^e siècle). (© Bibliothèque de la Cour de Cassation, ms. 147, f. 1, cliché N. Marchal).



La galerie du Parlement de Paris aux Archives nationales. (© Cliché Archives nationales).

qui suppose l'exploitation des matériaux dans le but de répondre à une problématique. L'idéal serait en définitive que chaque chercheur, appelé par la force des choses à débroussailler des terres vierges, s'applique à laisser derrière lui, dans une mémoire commune, des traces utilisables par d'autres.

Maîtriser les flux documentaires

L'équipe de Pierre-Clément Timbal fut assurément pionnière. Mais beaucoup d'autres, aujourd'hui, l'ont rejointe

sur le terrain de l'histoire judiciaire. Successivement, les archives du Conseil de Malines, celles de la Chambre Impériale de Wetlar, celles des tribunaux d'Inquisition de l'Europe du Sud et d'autres encore ont fait l'objet d'investigations comparables. Peu à peu prend corps la réalisation d'un vieux rêve d'historien du droit : maîtriser les immenses flux documentaires qui furent l'instrument de la formation des cultures juridiques européennes et en recèlent les secrets. Nous commençons à entrevoir les grandes pulsions de la pratique qui, à certaines époques, ont poussé les

Methods and perspectives of legal history - In confronting the problem of analysing and indexing the archives of the main pre-revolutionary European law courts, legal history has contributed to the study of the formation of the major European legal systems.

justiciables à faire massivement appel aux juges étatiques pour obtenir justice, mais, en d'autres temps, les en ont détournés pour leur faire chercher ailleurs d'autres modes de résolution des conflits. Nous parvenons enfin à mesurer l'influence effective sur la vie judiciaire des systèmes de droit savant issus des traditions romaine et canonique. Les processus se dévoilent par lesquels ils ont abouti, en modelant l'intellect des juristes, à constituer un ferment d'unité de la pensée juridique en Europe. Commentent aussi à se dessiner avec quelque précision les oscillations pendulaires qui, dans la construction du juridique, donnent le pas tantôt à l'initiative du politique et tantôt à la créativité des juges.

Une uniformisation européenne de l'indexation

Un des défis posés aux chercheurs engagés dans le déchiffrement de l'histoire judiciaire est la réalisation d'un système d'indexation des documents qui serait harmonisé à l'échelle européenne. Un tel projet ne suppose pas seulement un haut degré de maîtrise technique. Il exige aussi que soient dominés les problèmes théoriques que soulève la confrontation de catégories dissemblables, appartenant à des ordres juridiques différents. L'élaboration d'une « formalisation » à la fois commune et pertinente pour chacun d'eux ne saurait être que le fruit d'un programme comparatiste, de nature à renouveler en profondeur la connaissance des mécanismes intellectuels dont la récurrence caractérise les différents systèmes de droit européens. En un temps d'internationalisation de la vie juridique, alors que les traditions renaissent tantôt pour cimenter et tantôt pour contrarier les aspirations à l'uniformité, chacun comprendra que les enjeux de l'histoire judiciaire ancienne débordent les perspectives de spéculations purement historiques.

■ Robert Jacobs, chargé de recherche au CNRS, Centre d'étude d'histoire juridique (URA 955 CNRS), Archives nationales de France, 60, rue des Francs-bourgeois, 75003 Paris.



Les statistiques des juridictions pénales

Parmi les plus anciennes et longtemps les meilleures du monde, elles ont nourri une tradition de recherches qui persiste, au moins dans son volet rétrospectif, malgré l'appauvrissement de l'appareil statistique.

■ Philippe Robert

Après plusieurs essais plus ou moins sporadiques, débute en 1827 la publication régulière du *Compte général de l'administration de la justice criminelle* : à partir de cadres annuels remplis par les parquets, différents auteurs décrivent surtout la justice des assises, plus succinctement celle des tribunaux correctionnels et de la police, enfin, et de plus en plus, l'approvisionnement de la justice et la préparation des procès. Quételet y puise les principales données d'une «statistique morale» qui ne s'appuie guère que sur la loi normale et la moyenne. Il forge une conception du crime plus attentive aux aspects comportementaux qu'à l'étude des phénomènes juridiques. En fin de siècle, la criminologie l'adopte telle quelle et lui reste longtemps fidèle.

L'usage savant de la statistique judiciaire

Modèle international au long du XIX^e siècle, la statistique pénale française connaît son apogée avec le grand *Compte récapitulatif* pour 1890, récemment réédité. Après, ses méthodes de collecte paraissent peu à peu démodées au moment même où la nouvelle analyse statistique anglaise périmé les bases méthodologiques de Quételet. En 1905, on annonce une réforme (adoption d'une fiche suiveuse), mais la guerre l'emporte et les mesures déflationnistes des années

trente mutilent l'appareil statistique. En 1952 toutefois, l'INSEE ajoute aux cadres traditionnels une bonne statistique des condamnations, fondée sur le casier judiciaire. Mais il n'y a personne pour en tirer parti jusqu'à la fin des années soixante. En 1964 néanmoins, la recherche sur les abandons de poursuite renoue avec l'usage savant de la statistique judiciaire. Dans les années soixante-dix, les statistiques de condamnations-servent, à leur tour, de base à de vastes typologies combinant l'infraction, la peine et les caractéristiques des condamnés. Enfin, une décennie après l'article américain *principes* de Kitsuse et Cicourel, historiens et sociologues renouvellent, en France comme au Royaume-Uni, la réflexion conceptuelle et méthodologique sur l'usage scientifique de ces données.

Un appauvrissement des données recueillies

Malheureusement, dans le même temps, l'appareil statistique se détériore à nouveau : l'INSEE se désengage peu à peu, d'abord du contrôle de collecte, ensuite de l'exploitation. En 1979, la nouvelle exploitation du casier judiciaire choisit de rompre la continuité des séries, abandonne tout renseignement sur la profession des condamnés et réduit l'information sur les infractions. En outre, malgré l'informatisation d'un casier judiciaire centralisé, la nouvelle collection, *Statistique annuelle*, fournit seulement, à la fin de 1989, les données pour 1979 à 1982, et 1983. Le dernier de ces volumes contient aussi quelques données provenant de ce qui subsiste des cadres du parquet. L'*Annuaire statistique de la justice* est un ouvrage de vulgarisation comportant des données succinctes, parfois par estimation. Quelques renseignements fragmentaires paraissent encore dans *Données locales*. Apparemment plus prometteuses, les petites applications nouvelles, sur l'instruction ou les homicides par exemple, paraissent encore loin d'un rythme



La conservation, la classification et l'accès aux informations qui contiennent les dossiers est une préoccupation permanente du monde judiciaire. (© Cliché A. Brucelle/Sygma)

de croisière. Très insuffisantes déjà pour les praticiens, les statistiques actuelles de la justice pénale sont devenues depuis 1979 tout à fait inutilisables pour les chercheurs. En revanche, les *Comptes généraux* font l'objet d'une sérialisation entre 1825 et 1978 qui procurera aux historiens et aux sociologues du droit une base unique par son ampleur.

■ Philippe Robert, directeur de recherche au CNRS, directeur du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (URA 313 CNRS), 4, rue de Munkov, 75001 Paris.

*Criminal law statistics. Through good times and bad, the statistics on French criminal law published in the *Compte général de l'administration de la justice criminelle* from 1825 to 1978, constituted a database of unequalled value. It provided the source for numerous research studies and has now been collected into a series of volumes covering a century and a half. For the last ten years, however, this continuity has been broken and the system of collecting statistics is in crisis.*

Les outils de la connaissance des contentieux judiciaires civils

Le système statistique du répertoire civil mis en place en 1981 permet de répondre aux besoins de connaissance sur l'activité des tribunaux exprimé par l'administration et les chercheurs.

■ *Evelyn Serverin*

L'activité d'enseignement et de recherche en droit prend largement appui sur un matériau documentaire formé de décisions rendues par les tribunaux, mais qui, pour autant, n'en sont pas le reflet : il s'agit de cette fraction des jugements, ordonnances et arrêts, produits par les cours et tribunaux, qui, en entrant dans le réseau des supports d'information spécialisés, à l'issue d'un processus complexe de sélection, prend le nom de «jurisprudence».

La statistique de l'activité des juridictions

L'absence de visibilité des règles qui président à la transformation du «judiciaire» en «jurisprudentiel» a eu longtemps pour effet, en confondant métonymiquement le contentieux et la jurisprudence, d'effacer aux yeux des juristes l'autonomie de la pratique judiciaire.

Sans doute est-ce la raison pour laquelle la statistique des juridictions, pourtant la plus ancienne d'Europe (1827 pour le Compte Général de la Justice Pénale, 1831 pour le Compte Géné-

Methods for handling information on civil legal disputes - The statistical study of judgements developed separately from the documentary base used by lawyers, but did not become an essential source of data for research. Since 1981 this situation has tended to change, particularly in the case of statistics on civil cases, due to the combined development of databases on legal decisions and the redesigning of the data collections systems.

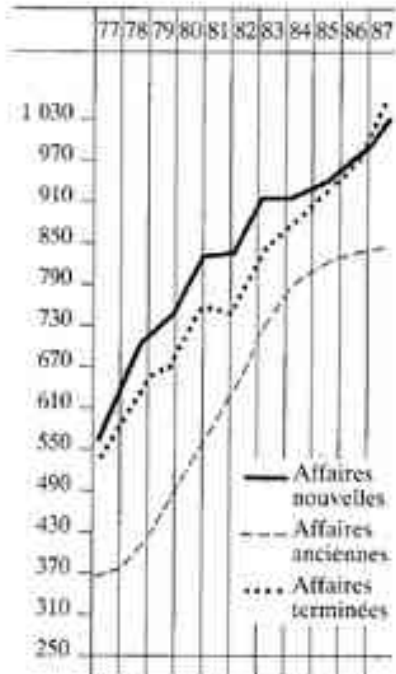
ral de la Justice Civile) est née, et s'est développée, en marge du champ documentaire exploré par les juristes, sans parvenir à s'imposer comme une donnée nécessaire de la recherche.

Cependant, depuis le début de l'actuelle décennie, cette situation tend à évoluer, sous l'effet conjugué du développement des banques de données décisionnelles et de la refonte des systèmes de collecte statistiques :

- la mise à disposition du public des juristes d'un ensemble de décisions plus vaste que celui que diffusent les revues a contraint les usagers à concevoir leur documentation jurisprudentielle traditionnelle comme un échantillon d'une population de décisions, et a ouvert la



Cour d'appel de Versailles. (© Cliché Atlan/Sygm). Depuis peu est apparu un besoin de connaissance de l'activité des tribunaux, facilitée par l'informatisation des données jurisprudentielles et une amélioration des nomenclatures.



Evolution de l'activité de l'ensemble des tribunaux de droit commun (Cour de cassation, cours d'appel, tribunaux de grande instance) en matière civile, exprimée en milliers d'affaires (In : Annuaire statistique 1987, La Documentation française 1989).



► voie à un questionnement sur l'état des connaissances sur cette population :

— surtout, les nécessités d'amélioration de la gestion des tribunaux sous la poussée des contentieux ont conduit à régulariser la tenue des écritures, ouvrant ainsi la voie à une statistique en sous-produit de gestion, qui venait se substituer aux comptages manuels effectués dans les greffes des juridictions.

De cette amélioration des systèmes de collecte de données, la statistique civile a profité plus largement que la statistique pénale. Sans doute le caractère moins immédiatement « sensible » des données civiles a contribué à en autoriser une appréhension plus complète.

Toujours est-il que le système du répertoire civil, mis en place en 1981 par le Ministère de la justice (art. 726 du Nouveau code de procédure civile) et amélioré grâce à la collaboration de chercheurs du CNRS, qui consiste à individualiser chaque affaire entrant dans une juridiction par un numéro d'ordre, à alimenter une série de variables descriptives, et à en transmettre un double statistique à un centre de traitement unique, n'a pas encore d'équivalent en matière pénale.

La publication, à des périodicités rapprochées, et sur des supports diversifiés, de données de plus en plus élaborées, obtenues par l'exploitation des gros fi-

chiers statistiques constitués depuis 1981 sur l'ensemble des juridictions civiles (en moyenne annuelle 2,6 millions de fiches d'affaires nouvelles et d'affaires terminées) est un puissant facteur de développement des systèmes : est né, au cours de la période la plus récente, un besoin de connaissance de l'activité des tribunaux, exprimé d'abord par les fonctionnaires de l'administration centrale, puis par les chefs de juridiction, et — enfin — par les universitaires et les chercheurs.

Une sophistication croissante

En 1985, pour la première fois, ces derniers ont été associés à des opérations qui concernaient l'amélioration de l'outil statistique. Aujourd'hui, la statistique des tribunaux civils peut être caractérisée par trois tendances majeures, étroitement liées entre elles :

— une description de plus en plus détaillée des procédures, facilitée par l'informatisation des tribunaux, et qui conduit à la création de variables spécifiques pour des contentieux imparfaitement décrits par les seules variables obligatoires pour la tenue du répertoire général (divorce, tutelle, mineurs, injonction de payer, référés, redressement judiciaire...);

— une attention plus grande apportée

aux nomenclatures employées, et aux conditions du codage dans les juridictions, qui se traduit par le réexamen et la refonte des nomenclatures les plus sensibles (nature d'affaire, nature des décisions), à l'initiative et avec le soutien de chercheurs menant des réflexions homologues à celles suscitées, au sein de l'INSEE, par l'application des nomenclatures de professions;

— une sophistication croissante des produits qui impose à l'usager une discipline de lecture, et au producteur de données une lisibilité qui suppose la diffusion de tableaux statistiques commentés, où se retrouve la collaboration entre statisticiens, universitaires, et chercheurs.

A cet ensemble d'activités liées à la production de données statistiques de la justice, la recherche prend une part qui tend à s'élargir, et qui manifeste le souci d'être associée à un processus d'accumulation des données sur lesquelles repose une grande partie de la recherche empirique.

■ Evelyne Serverin, chargé de recherche au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit (URA 1155 CNRS), Université Jean Monnet, Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme, 35, rue de 11 novembre, 42023 Saint-Etienne Cedex.

La justice constitutionnelle

C'est la justice constitutionnelle qui a permis, en France comme ailleurs, de conférer force et vigueur aux déclarations des libertés et des droits fondamentaux.

■ Louis Favoreu

Le concept de justice constitutionnelle est relativement nouveau en droit français : on peut même dire qu'il est très peu utilisé, sauf par les rares spécialistes qui l'ont introduit dans la terminologie juridique française, en prenant exemple sur le droit comparé. Le CNRS vient cependant d'accorder droit de cité à cette nouvelle spécialité, au sein des sciences juridiques, en reconnaissant deux nouvelles équipes en ce domaine.

On peut envisager le nouveau champ de recherches ainsi ouvert de quatre

points de vue : la justice constitutionnelle considérée en elle-même, en droit français et en droit comparé ; la justice constitutionnelle et l'Etat de droit ; la justice constitutionnelle et les institutions ; la justice constitutionnelle et les droits fondamentaux.

L'institution

La recherche, en ce domaine, ne fait que commencer, du moins en France, car aux Etats-Unis, en Allemagne et en Italie, de nombreux travaux ont été publiés. L'originalité des recherches entreprises en France réside dans l'approfondissement de la distinction entre modèle

américain et modèle européen de justice constitutionnelle, et la mise en évidence des traits caractéristiques et de l'origine du modèle européen. Est à étudier également — et c'est une nouvelle direction de recherche — l'existence d'un système atypique dans un certain nombre d'Etats du « nouveau Commonwealth », ainsi que l'évolution qui est en train de se produire en Grande-Bretagne depuis ces dernières années.

L'Etat de droit

La justice constitutionnelle est devenue l'un des éléments indispensables d'un système constitutionnel dès lors que l'on veut établir un Etat de droit. Toutes les constitutions modernes prévoient l'existence d'une telle institution alors que ce n'était nullement le cas des constitutions d'avant la seconde guerre. Et il est significatif de constater que les Etats de l'Europe de l'Est ne conçoivent pas l'Etat de droit sans création d'une justice constitutionnelle (voir en ce sens la Pologne et la Hongrie et bientôt la

Constitutional justice. The institution of some form or other of constitutional justice would appear to be essential for nations wishing to establish and maintain a state based on the rule of law. The system of justice in force has a direct effect on political, administrative and judicial institutions of the country. It also plays a considerable role in the protection of fundamental rights, with regard to both executive and legislative powers.

Tchécoslovaquie et la RDA). La hiérarchie des normes et les sources du droit sont à reconsidérer dès lors qu'existe une justice constitutionnelle. De ce point de vue a été entreprise l'étude de l'influence de la justice constitutionnelle sur la création de l'Etat de droit depuis les années soixante-dix, à la lumière du droit comparé : la constitutionnalisation des branches du droit est un des thèmes majeurs de ce programme.

Les institutions

La justice constitutionnelle a un effet direct sur les institutions politiques, administratives et juridictionnelles. Il ap-

paraît tout d'abord qu'elle assure l'effectivité de la séparation horizontale (pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et de la séparation verticale (fédéralisme, régionalisme politique) des pouvoirs : ce rôle fait l'objet d'une étude en France en relation avec les expériences étrangères. La justice constitutionnelle contribue également à construire le droit constitutionnel des institutions : des institutions politiques, à travers les décisions de plus en plus nombreuses concernant le fonctionnement du Parlement, les élections des divers organes, l'exercice de leurs compétences ; mais aussi des institutions administratives (droit des collectivités locales par exemple) et des juridictions. De ce dernier point de vue, le rôle joué par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard des juridictions judiciaires et administratives (statut, indépendance, compétence) est de plus en plus intéressant à étudier.

Les droits et libertés

La protection des droits fondamentaux s'effectue désormais non seulement à l'égard du pouvoir exécutif, mais aussi à l'égard du pouvoir législatif, c'est-à-dire des majorités parlemen-

taires et gouvernementales.

Et seule la justice constitutionnelle peut assurer cette protection, car, en France notamment, les juges ordinaires ont traditionnellement refusé de jouer ce rôle. L'action de la justice constitutionnelle a permis — en France, comme dans d'autres pays — de conférer force et vigueur aux déclarations des droits, et de donner naissance aux libertés constitutionnelles. Un vaste champ de recherches est ainsi ouvert, qui a commencé à être exploré à partir du début des années quatre-vingt en France (1^{er} colloque international, en France, en 1981).

Un autre champ de recherches s'ouvre également, en relation avec le précédent, qui est celui de l'interconnexion et de la combinaison des catalogues et des protections nationaux, communautaires (Luxembourg) et européens (Strasbourg) des droits fondamentaux.

■ Louis Favreux, professeur à l'université d'Aix-Marseille III, responsable du Groupe d'étude et de recherches sur la justice constitutionnelle (URA 1392 CNRS) et du groupement de recherche «Études internationales et comparatives» (GDR 42 CNRS), Université d'Aix-Marseille III, 3, avenue Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex.



Bureau de vote au cours d'élections législatives. (© Cliché L. Fournoux/Documentation française). Entre autres attributions, le Conseil constitutionnel statue sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs en cas de contestation.



Justice pénale et droits de l'homme

A travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se dégage un modèle auquel peu de secteurs de la justice pénale échappent. Peut-on parler d'une «identité juridique européenne» ?

■ Mireille Delmas-Marty

Le rapprochement des deux termes peut surprendre. En effet, la tradition fait relever les droits de l'homme du droit public (ils sont le plus souvent abordés avec le droit constitutionnel et les libertés publiques) et rattache le droit pénal au droit privé. De plus, c'est récemment que les disciplines juridiques ont intégré les droits de l'homme, qui avaient davantage fait l'objet d'une approche philosophique et de sociologie politique. Le thème «justice pénale et droits de l'homme» suppose donc une réorganisation du champ des recherches, qui doit devenir doublement interdisciplinaire (droit pénal et droit public ; philosophie, sociologie et droit).

La première difficulté pour le chercheur résulte de ce nécessaire décloisonnement des matières. La seconde provient du caractère transnational des droits de l'homme. Si les principaux supports juridiques sont d'abord de droit interne, avec la déclaration de 1789 (intégrée au «bloc de constitutionnalité», ils sont aussi et surtout de droit international, avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (ratifiés par la France en 1974 et 1981).

La recherche en France, à l'heure actuelle, a surtout privilégié la dimension européenne, non seulement en raison de la proximité géographique et d'un corpus documentaire plus riche et plus

accessible, mais aussi en raison de l'incorporation progressivement effective au droit interne de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Son applicabilité directe par les tribunaux a induit un type de recherche à dominante juridique, avec l'approche comparée des systèmes et des pratiques nationales confrontées au droit européen. Cependant, le décentrement vers l'Europe et le «renouveau» des droits de l'homme constituent aussi des faits de société, pris en compte en tant que tels, dans un autre type de recherche, plus sociologique. Plus ambitieuse serait la troisième approche, véritablement transdisciplinaire, d'où les trois exemples qui suivent.

L'impact de la jurisprudence des instances européennes

Un séminaire «Modèles et mouvements de politique criminelle» laisse apparaître, à première lecture, que la Convention européenne des droits de l'homme fait la part belle à la raison d'Etat, tant elle multiplie les clauses «échappatoires» (c'est-à-dire autorisant

déroptions, exceptions et restrictions) qui peuvent servir de refuge à celle-ci.

Mais ni l'ambiguïté du système européen (examiné à partir de thèmes comme la lutte contre le terrorisme, la police des étrangers, les affaires de presse et de mœurs), ni la résistance des Etats (étudiée dans une douzaine de pays du Conseil de l'Europe) ne doivent cacher la dynamique de la relation Europe-Etats qui se met en place à partir de la jurisprudence fortement motivée des instances de Strasbourg (Commission et Cour européennes des droits de l'homme), analysée à travers les méthodes d'interprétation de la Cour et la logique juridique sous-jacente.

On constate, en fait, que peu de secteurs de la justice pénale échappent à la confrontation avec le modèle européen qui se dégage peu à peu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'où une grande diversité des études en cours, concernant aussi bien le fond que l'organisation judiciaire et la procédure, les sanctions applicables que l'exécution des peines.

La perception des droits de l'homme dans la société contemporaine

Une enquête à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été lancée avec un double objectif ; déterminer la connaissance et la conception que l'opinion publique retient des «droits de l'homme», et faire apparaître les critères pratiques à partir desquels les agents sociaux élaborent des jugements à propos des cas où sont



La prison de Clairvaux. (© Cliché J. Pavlovsky/Sygmaz).
« Choisir le mal, c'est s'exclure soi-même des droits de l'homme » (Tocqueville, Note sur le système pénitentiaire, 1831).
« La justice ne doit pas s'arrêter à la porte des prisons » (Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt Campbell et Fell, 28 juin 1984).

Criminal justice and human rights - Neither the ambiguity of the European system, nor the resistance of individual states should hide the dynamism of the European-State relationship, based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Few areas of criminal justice escape from confronting the "European model" that it presents. It could be asked whether it is possible to discern, by means of a study of criminal trials, the conditions by which a European juridical identity could emerge.

mis en cause ces droits.

Quatre thèmes ont été retenus parce qu'ils posent de façon particulièrement exemplaire la question des limites aux droits de l'homme : le terrorisme, la prison, l'hôpital psychiatrique, la police des étrangers. L'analyse des entretiens s'effectue à travers quelques notions principales : la notion d'arbitraire, le droit d'exercer un recours, la relation de l'individu et des institutions, la souveraineté nationale et l'existence d'un contrôle supranational, les divers aspects du respect de la personne humaine, normalité et normativité, le statut philosophique des droits de l'homme.

Vers une identité juridique européenne ?

Dans un cadre transdisciplinaire, un projet est actuellement à l'étude portant sur le thème : « Identité européenne et normes juridiques : unification et/ou harmonisation des systèmes nationaux de procédure pénale ».

L'objectif serait de saisir, compte tenu de traditions anciennes et très fortement instituées, les conditions d'émergence d'une identité européenne ; celle-ci pouvant impliquer l'unification des pratiques ou conduire à l'orga-

nisation plus complexe d'une « mise en compatibilité » de tout ou partie de celles-ci, ce qui exprimerait plutôt la recherche d'une harmonisation n'excluant pas certaines différences.

Dans cette perspective, le procès pénal a été choisi car il est particulièrement révélateur des conceptions qui expriment le plus directement l'identité juridique d'un pays. Or, il s'inscrit dans des traditions juridiques différentes et parfois antagonistes : modèle accusatoire, qu'illustrent les systèmes anglo-saxons, modèle plus inquisitoire ou mixte sur le Continent. Par rapport à ces modèles, les systèmes sont en pleine évolution. Ainsi par exemple, en Angleterre, un parquet a été introduit en 1985 et la rigueur des règles de preuve attachée au modèle accusatoire nettement atténuée en 1988 ; parallèlement, en Allemagne Fédérale et en Italie, le juge d'instruction a été abandonné ; tandis qu'en France, une réforme de l'instruction est à l'étude.

Par-delà ces transformations nationales, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose les éléments d'un « modèle européen » de procédure, même s'il est encore peu connu dans le milieu juridique et *a fortiori* dans les autres milieux sociaux. D'où l'intérêt

d'éclairer à ce moment précis de l'évolution, l'alternative harmonisation-unification.

La recherche repose sur une analyse juridique des principaux systèmes de droit à partir des textes et de la jurisprudence nationale (France, Belgique, Grande-Bretagne, Italie et RFA) confrontés à des modèles à construire, afin de disposer d'un instrument d'analyse transversale permettant d'éviter la simple juxtaposition des systèmes nationaux ; analyse juridique complétée par l'analyse sociologique comprenant, outre la collecte de données (auprès de magistrats, avocats, policiers et gendarmes, psychiatres, journalistes, associations d'aide aux victimes et/ou détenus...), un travail d'interprétation afin de saisir les principes qui sont à l'œuvre dans la division sociale du travail en matière pénale.

■ Miréille Delmas-Marty, directeur de la section de Science criminelle de l'Institut de droit comparé de Paris (URA 166-CNRS), 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.

L'auteur tient à remercier tout particulièrement Mmes L. Guyon, B. Pesquié et S. Rojore, allocataires de recherche, diplômées d'études approfondies, qui ont contribué à l'élaboration de ce texte.

De nouveaux lieux pour le règlement des conflits

Médiation, conciliation, l'intérêt s'est porté depuis vingt ans sur ce qu'on appelle la « justice informelle ». Ces pratiques se révélant sans doute illusoire quant à leur nouveauté, leur simplicité et leur efficacité.

■ Pierre Lascoumes

Dès le début du siècle, Max Weber souligna les tensions créées par deux types d'aspirations opposées vis-à-vis de la justice. D'un côté, les aspirations des professionnels du droit à un système juridique toujours plus technique, plus rationnel, afin de traiter valablement des problèmes de complexité croissante. D'un autre côté, et comme en écho inverse, les aspirations constantes des justiciables à un système de justice accessible et souple. Cette analyse n'a cessé d'être confirmée depuis.

New modes of settling disputes. The contemporary interest shown in methods of settling disputes outside of the traditional legal system reflects the wishes of plaintiffs for a system of justice that is accessible and flexible. But this interest in using methods of settlement such as mediation or conciliation should not hide the following facts: the long history of these methods, the role of judges in their implementation, the legal complexity in their application and their poor powers for reconciling disputing parties.

Aux Etats-Unis d'abord, puis dans la plupart des pays européens, l'intérêt s'est porté depuis vingt ans sur des formes nouvelles de règlement des conflits que l'on désigne par l'expression générale de « justice informelle ». Ce mouvement de déjudiciarisation du traitement des différends qui s'élèvent entre particuliers, ou entre ceux-ci et la puissance publique, a généré de nouveaux lieux de pacification des rapports sociaux, censés être plus accessibles, plus rapides et moins coûteux. Ils prennent les formes de la médiation ou de la conciliation, et sont surtout utilisés dans les domaines dits des « petits contentieux » de la vie quotidienne (travail, consommation, habitat, endettement, famille, petites infractions pénales).

Ces pratiques soulèvent au moins trois grands types de questions. Y a-t-il réellement innovation en cette matière ? S'agit-il de procédures vraiment plus accessibles ? Et ont-elles des vertus pacificatrices supérieures ?

L'illusion de la nouveauté

Une première source de confusion réside dans le fait de ne pas distinguer ▶



entre les actes juridiques susceptibles de clore les conflits et les activités de règlement des litiges qui préparent ces décisions. Ce qui s'observe, en fait, depuis deux décennies, c'est l'extension à des domaines nouveaux de techniques juridiques classiques. Des actes juridiques aux formes constantes ont rendu possibles des activités de règlement spécialisées, telles la «Boîte postale 5000» (en matière de protection des consommateurs), ou les commissions départementales de conciliation pour les rapports locatifs ou d'examen de l'endettement des particuliers.

L'attention portée aux pratiques de «justice informelle» a mis en évidence un stéréotype réducteur, qui ramène tout règlement classique des conflits à la décision d'un juge tranchant unilatéralement en audience publique. Toute «la justice» serait là, dans ce rituel solennel et pesant qui laisse les justiciables opposés, face à la décision d'un tiers qui s'impose à eux. Cette représentation commune est erronée. En fait, notre système juridique connaît une structure bien plus complexe, mais peu visible, et que les observateurs, obnubilés par les commentaires de jurisprudence, ont souvent négligée. En matière commerciale, on connaît l'importance majeure des activités d'arbitrage, très précisément cadrées par le droit. Mais elles ne sont pas les seules.

En fait, le principal lieu de négociation en vue du règlement des litiges n'est pas à rechercher à l'extérieur des tribunaux, mais bien à l'intérieur de ceux-ci. Il suffit pour cela de relever l'importance des décisions non juridictionnelles qui clôturent des procédures. Il s'agit de décisions ne portant pas sur le fond des affaires et qui sont très souvent la traduction d'un accord conclu entre les parties parallèlement à l'instance. Le juge n'a alors connaissance que d'un phénomène de surface, un désistement, une demande de radiation, un retrait de plainte qui recouvre un règlement dont



Le conciliateur du conflit Peugeot au cours des négociations. (© Cliché Maillac/REA). Arbitres, conciliateurs et médiateurs rendent des sentences ou mettent en place des accords contractuels qui ne règlent pas automatiquement les litiges.

il ne sait rien. D'autre part, en différents domaines, il est possible au juge civil d'agir en tant que médiateur ou en tant qu'arbitre. Dans de tels cas, il ne rendra pas non plus de décisions juridictionnelles. En fait, la part des décisions portant sur le fond des litiges varie selon les juridictions dans les proportions indiquées dans le tableau ci-contre.

Ce tableau montre non seulement l'importance des décisions non juridictionnelles dans les activités de justice, mais également la proportion d'accords négociés tout au long des procédures jusqu'au plus haut niveau. Une des hypothèses importantes de la sociologie juridique se voit ainsi étayée: pour les justiciables, le procès n'est pas toujours une fin en soi mais un enjeu dans le règlement de leur conflit.

L'illusion de la simplicité

Les promoteurs de la «justice informelle» mettent en avant la simplicité et l'accessibilité de ce type de procédure. Les détracteurs insistent sur les risques de développement de techniques de contrôle social à l'occasion de ces interactions tendues vers la production d'un

consensus. Les uns comme les autres sous-estiment la dimension juridique de ces activités et considèrent à tort que les techniques juridiques mobilisées sont anodines ou présentent un degré moindre de complexité.

L'accessibilité tout d'abord est loin d'avoir été démontrée. Il suffit pour cela d'observer la faible quantité de dossiers réglés par de telles instances. Ainsi, une statistique dressée sur les activités de la Boîte postale 5000 en 1987 montre que la moyenne annuelle des dossiers traités est de l'ordre de 12 000, 5 % d'entre eux seulement étant portés devant une commission de conciliation. De plus, si les activités de ce service dépassaient ces chiffres durant une première période 1978-1981, elles n'ont depuis cessé de décroître, 12 986 dossiers traités en 1985, 11 270 en 1986.

La question de la simplicité juridique apparente de ces procédures prête tout autant à discussion. Ces accords négociés débouchent en général sur un acte en forme de contrat qui constate l'engagement à des prestations réciproques, souvent le renoncement d'une partie à ses droits d'action en justice en échange de la réalisation d'une obligation de faire. On a donc adapté à des domaines particuliers, conflits du travail, de consommation, du logement etc., un instrument juridique ordinaire, le contrat, qui n'est rendu ni plus simple, ni plus accessible par l'intervention de tiers comme les médiateurs ou conciliateurs. Ceux-ci laissent, volontairement ou non, les parties dans l'ignorance du sens réel des actes qu'ils concluent. On peut se demander si en fait l'illusion de simplicité ne provient pas surtout de cela.

L'illusion de la pacification

Arbitres, conciliateurs et médiateurs rendent des sentences ou instaurent des accords contractuels qui ne mettent pas automatiquement fin aux litiges. Là encore, l'observation détaillée des contentieux traités en justice montre la part non négligeable de ce que l'on nomme les «litiges secondaires», c'est-à-dire les litiges qui sont en fait la contestation d'accords passés mais sur lesquels une partie soudain se rétracte. La pacification n'a été que temporaire, le recours *in fine* au juge demeure la garantie à laquelle très peu de justiciables acceptent de renoncer.

Juridictions Mode de règlement	Juridictions				
	Tribunaux d'instance	Tribunaux de grande instance	Conseils de prud'hommes	Cours d'appel	Cour de cassation (chambres civiles)
Décisions rendues sur le fond	77,7 %	70 %	56 %	71,9 %	62 %
Autres décisions (désistement, radiation, conciliation, etc.)	22,3 %	30 %	44 %	28,1 %	38 %

Répartition des décisions juridictionnelles et non-juridictionnelles selon les types de tribunaux.
(Sources: Annuaire statistique du Ministère de la justice pour 1987; Rapport annuel de la Cour de Cassation pour 1987).

Pierre Lascaumes, chargé de recherche au CNRS, Groupe d'analyse des politiques publiques (LJPR 268 CNRS), Université Paris I, 13, rue du Four, 75006 Paris.

PHILOSOPHIE ET THEORIE DU DROIT

Toutes les philosophies et théories du droit se construisent à partir de la justification de ses fondements. Cette question incite les juristes à s'intéresser non seulement à l'éclaircissement de ce qui constitue leur « être », mais aussi leur « devoir être ». Ainsi deux aspects sont à explorer : l'ontologique et le déontologique. Or il faut parler des deux si nous voulons avoir une peinture complète du sujet. Le premier représente le point de départ ; le second le point d'aboutissement.

Tant la philosophie du droit que la théorie du droit portent, avant tout, sur l'ontologie juridique. La seconde s'occupe du droit positif ; la première vise avant tout au juste, conçu comme un être naturel. La théorie du droit est considérée comme une partie de la philosophie du droit.

Dans son analyse du juste-droit, J.-M. Trigeaud envisage trois perspectives : la gnoséologique, l'ontologique et l'axiologique. Il étudie ainsi trois phénomènes pathologiques qui affectent la science actuelle du droit : la stérilité, la sclérose et la dépendance.

P. Amselek n'examine pas les fondements du droit dans une perspective métaphysico-moraliste, ni dans une perspective de dogmati-

que juridique. Sa démarche a trait à la recherche épistémologique. Pour lui, en effet, la théorie du droit doit être approfondie à partir de l'ontologie du droit et de la spécificité de sa morphologie.

M. Troper aborde le vieux débat entre les jusnaturalistes et les positivistes, eu égard à la construction d'une science du droit. Actuellement, les premiers tendent plutôt à fonder un raisonnement pratique en vue de rechercher la solution juste. Les seconds centrent leur intérêt sur la manière dont ils peuvent concevoir une science du droit.

C. Atias propose que les fondements du droit s'affranchissent de ses sources. La théorie des sources est aujourd'hui en déclin. Une des causes de ce déclin est due au développement des pouvoirs des cours suprêmes, tel le Conseil constitutionnel qui fonde le droit sur les droits de l'homme. L'auteur soutient que le « droit se fonde en se formant ».

A sa façon, J.-M. Arnaud dénonce les fondements abstraits du droit. Il est ainsi contre les théories qui fondent le droit sur la loi écrite. Il propose une collaboration entre les juristes, les théoriciens et les sociologues, à l'aide d'une « dialectique de la pensée et de l'action » afin de je-

ter les bases d'un droit plus souple et plus proche de la réalité sociale.

Les systèmes juridiques ont plus d'une affinité avec les systèmes de logique déductive. Dans ces conditions, G. Kalinowski, philosophe et logicien, développe une nouvelle approche : les fondements du droit peuvent être déterminés à partir des règles métajuridiques inspirées des normes premières.

Quant à nous enfin, nous nous plaçons dans le domaine pénal. Actuellement, le droit de punir, bien que foncièrement légaliste, risque de perdre son caractère rétributif du fait que des disciplines extralégales essaient d'expliquer sa raison d'être. Elles ne respectent pas la proportionnalité entre le crime et la punition. Le fondement synallagmatique du droit de punir est aussi bien compatible avec la fonction rétributive de la justice qu'avec sa nature équitable.

Ainsi, il n'est point difficile de remarquer qu'à notre époque, les philosophes et les théoriciens du droit s'évertuent à fonder le droit sur la dynamique des êtres sociaux de la nature. Nous nous éloignons par là sensiblement des vieilles idées rigides, tant jusnaturalistes que positivistes.

Stamatios Tzitzis
Chargé de recherche au CNRS

De la nécessité d'une onto-axiologie du juste

Renouvellement du droit par le juste, de la technique et de la théorie par une réflexion à caractère métaphysique : onto-axiologique.

Reconduction à l'essence du juste comme à une valeur et comme à une réalité intégrale capable de justifier universellement et universitairement la chose juridique enfermée dans des phénomènes partiels.

■ Jean-Marc Trigeaud

Il n'est de renouvellement que par une claire conscience de son objet, ce qui permet de discerner les causes qui lui font obstacle, et de créer, par là, les conditions de son authentique réalisation.

Ce qui fait que le droit est droit...

A la différence des sciences, même humaines, le droit, comme objet d'un renouvellement possible, ne possède son autonomie qu'en référence au principe sur lequel il repose et qui le définit, le faisant être ce qu'il est : la justice. Un tel principe ne saurait se confondre avec une notion « générale » que le théoricien examine. Il est proprement extérieur au droit et le dépasse. Et sa compréhension profonde ne relève pas en toute rigueur de la compétence technique (même savante et doctrinale) du « juriste ». Il appartient au philosophe de le soumettre à sa réflexion en regardant le droit, dont il fera l'apprentissage du langage spécifique, comme la manifestation qui objective le juste.

C'est assez dire que le droit et la justice sont solidaires et qu'il est vain d'envisager un renouvellement du premier et de tous les discours qui prétendent en traiter sans s'ouvrir à la seconde. On risquerait de méconnaître autrement l'intégralité du droit auquel s'intègre naturellement la justice.

Si l'on peut précisément observer une sorte de stagnation, et donc de déclin, des « disciplines juridiques » dans la culture contemporaine, sans doute est-ce dans la mesure où l'intégralité de la chose juridique n'est guère perçue ni reconnue au préalable, et où la partie se démembrer du tout et tente de s'ériger elle-même en totalité. Ce qui semble découler de la pratique irréfutable, et ainsi idéologique, de divers cloisonnements en autant de formes que l'on dé-
cèle de pathologies de décadence du

droit. Cloisonnements qui affectent les domaines philosophiques de la gnoséologie, de l'ontologie et de l'axiologie, et qui engendrent trois types de phénomènes symptomatiques : stérilité, sclérose et dépendance.

Stérilité

L'anémie dont paraît souffrir toute science actuelle du droit est certainement imputable à la prolifération des modes de connaissance diunoétiques qui ont envahi le champ du savoir juridique, réduisant celui-ci au seul plan d'une épistémologie, et le coupant de toute racine véritablement gnoséologique ou noétique. L'atrophie de la pensée critique, dialectique et unifiée, tendant à l'universalité d'une vérité inconditionnée, est le résultat d'une significative multiplication de connaissances le plus souvent descriptives et répétitives (tautologiques). Et lorsque leur liaison n'est pas abordée en termes de juxtaposition (« pluri-disciplinarité »), elles sont logiquement rattachées (« inter-disciplinarité ») d'une manière qui peut satisfaire l'exigence d'une théorie générale, mais non le sens d'une essence universellement connaissable, dont l'Unité (« *veritas unum* ») est censée offrir la garantie... Ce vide gnoséologique explique une stérilité qui s'exprime dans de nombreux ritualismes scolastiques menaçant de pétrifier l'intelligence juridique, et qui sont le fruit d'une dégénérescence parallèle des méthodes sombrant dans les réifications pseudo-conceptuelles (règne des « manuels », des « plans », ...) et se détournant de la difficulté, et de la liberté, de l'effort réflexif.

Sclérose

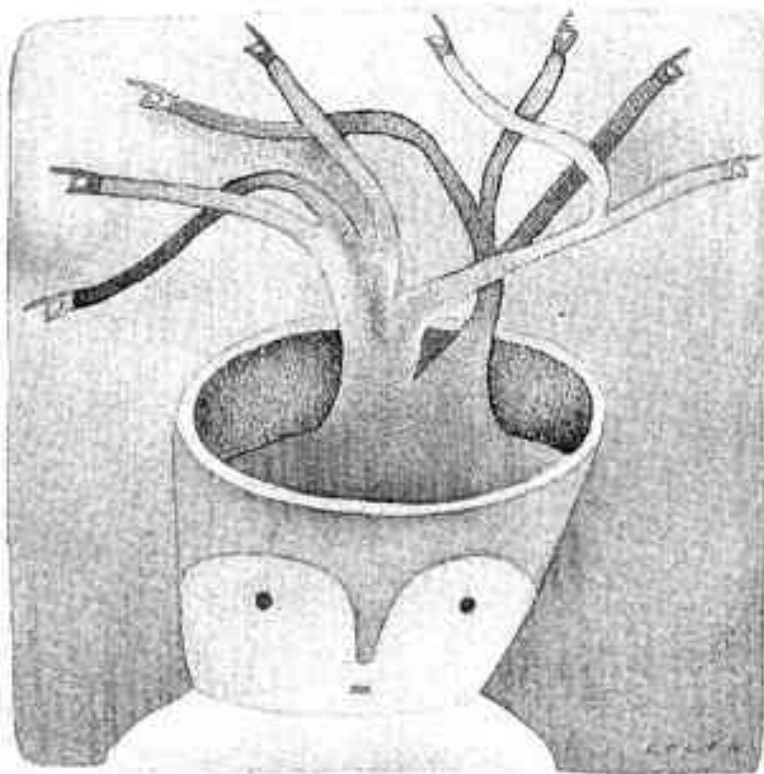
Ce n'est pas seulement la division d'un savoir devenant fragmentaire, parce qu'initialement détaché de son principe gnoséologique, de sa vérité universelle, qui est à craindre : c'est une certaine sclérose qu'entraîne, au plan de la forme, l'absence de contenu qui la vivifie, quand celle-ci désigne le droit, et celle-ci la justice, la première « l'apparence », et la seconde « l'être » dont l'ap-

parence est l'apparence ou l'expression. C'est ainsi qu'à défaut d'une ontologie du droit, le formalisme guette le droit en le précipitant dans l'inertie. Aucun renouvellement des formes n'est possible si elles ne sont formes d'un contenu : en l'occurrence du juste. D'où l'illusion de renouvellement que peuvent produire en ne suscitant que fixisme, un attachement exclusif à la connaissance phénoménique ou ontique des seuls « faits » empiriquement établis, et une nette prédilection pour l'analyse morphologique des normes si elle ne considère leur langage qu'en faisant abstraction de leur sens (du référent sémantique) et si elle substitue à leur être une structure conventionnelle à décoder séméologiquement ou à interpréter en fonction des données quantitatives (socio-économiques...).

Dépendance

L'on ne voit guère dès lors ce qui peut distinguer le droit de tout autre objet de science ou de réflexion. Emancipé d'un principe noétique, affranchi d'une réalité ontologique, ce qui congédie l'activité philosophique, le droit est ramené à un phénomène parmi d'autres que l'on peut « connaître », non en vue de sa vérité, mais afin de s'informer sur son « état », et que l'on peut mesurer et classer, sans espérer le renouveler, c'est-à-dire le rendre autre qu'il n'est déjà. Le droit est à cet égard privé de fins propres et ne correspond qu'à un instrument au service des fins que lui dicteront de manière discrétionnaire ses « utilisateurs », fins que l'on peut présumer politiques. La justice aurait requis le maintien de l'employé, la prospérité matérielle de l'entreprise dut-elle en pâtir ; le droit, désormais assimilé à un « moyen », autorise au contraire à sacrifier la justice à l'entreprise qui pourra impunément se débarrasser d'une personne.

The need for an onto-axiology of justice - In order to escape from inevitable formalistic and nihilistic decline, the law, already paradoxically separated from what is just, should escape from its ivory tower and take on a genuinely academic viewpoint. This would lead to the emergence of the universality of its principles, the recognition that the philosophy of law, including onto-axiology and applied philosophy, is a necessity and has a prime position in the order of studies, and that it alone is capable of answering the question "what is it that makes the law just?" in a unitary and unconditional way, beyond the alleged legitimacy conferred by a nation or by history.



Là est probablement l'essentiel du procès que l'on peut intenter à un droit qui a repoussé la justice et qui semble voué à l'impuissance de se renouveler. Amputé du sens d'une vérité comme sai-

sie de son être de justice, le droit tombe dans la dépendance, placé à la remorque du politique ou de l'économique. Or nier la justice en tant que valeur du droit, fin qui lui est assignée, est plus

grave que récuser la justice en tant qu'être. Car c'est professer une véritable philosophie ou ontologie qui croit pouvoir séparer l'être du devoir-être, et dissocier les deux aspects complémentaires de la justice. Comment l'être du droit pourrait-il être universel, et donc « autonome » comme reposant en lui-même, l'universalité étant à soi-même son propre univers ? Le rejet de la justice-valeur procède de la confusion de la substance ontologique du droit avec les notions *générales* que les théoriciens du droit retiennent, sans se douter que, s'ils monopolisent la réflexion sur le droit, ils le livrent désarmé aux mains d'un autre univers que le sien.

Restituer au droit l'autonomie qu'il tire de son fondement axiologique, c'est aussi rappeler au philosophe que le renouvellement du droit le sollicite. A condition de s'initier à son langage original certes ; mais à condition, également, d'admettre que le droit est ce qu'il est indispensable au philosophe d'étudier, si toute philosophie culmine dans une axiologie, et si le droit recouvre les valeurs existantes d'une société auxquelles il peut seul donner une forme concrète : si le droit n'est que l'expérience qui sert de contrôle à la philosophie, ou s'il n'est que *philosophie appliquée*.

■ Jean-Marc Trigeaud, directeur du Centre de philosophie du droit de l'université de Bordeaux I, 24, rue de Lorraine, 33400 Talence.

Les fondements ontologiques de la théorétique juridique

A défaut de bases ontologiques suffisantes, le juriste théoricien se condamne à des impasses et à de purs verbalismes.

■ Paul Anselek

Généralement, quand les théoriciens du droit évoquent l'idée de « fondement », c'est ou bien dans une perspective de dogmatique juridique, ou bien dans le cadre d'une démarche métaphysico-moraliste : il

s'agit, en effet, tantôt d'apprécier, au regard d'un système juridique donné, si l'édiction de telle ou telle norme juridique par telle ou telle autorité publique est régulière, conforme à la réglementation juridique applicable à cette édiction et si, dès lors, la norme juridique en question est juridiquement « fondée », juridiquement valable et applicable (en-

core que ces deux dernières notions ne soient pas nécessairement liées, une édiction juridique même irrégulière pouvant parfaitement produire ses pleins effets du fait de l'absence de sanction, ou encore de la forclusion des délais fixés pour faire jouer la sanction prévue) ; tantôt il s'agit, sous couvert de « fonder le droit », d'expliquer pourquoi et dans quelle mesure l'on doit observer les normes juridiques, pourquoi et dans quelle mesure ces normes juridiques sont « obligatoires » pour les citoyens, quelles raisons (éventuellement recherchées dans quelque problématique donnée transcendantale) fondent leur devoir d'obéissance. Leur civisme juridique en quelque sorte.

Ce n'est dans aucune de ces directions que nous envisageons de nous engager. ▶



► car notre perspective est purement et résolument épistémologique. Plus précisément, notre propos est de montrer — ou plutôt, étant donné la brièveté donnée à cette communication, de faire entrevoir — que la théorie du droit ne peut être conçue correctement et systématiquement efficacement qu'à partir d'une approche satisfaisante du droit lui-même, de sa morphologie propre, de la nature authentique et irremplaçable de sa manière d'être, de sa modalité.

Ontologie juridique et pseudo-théorie du droit

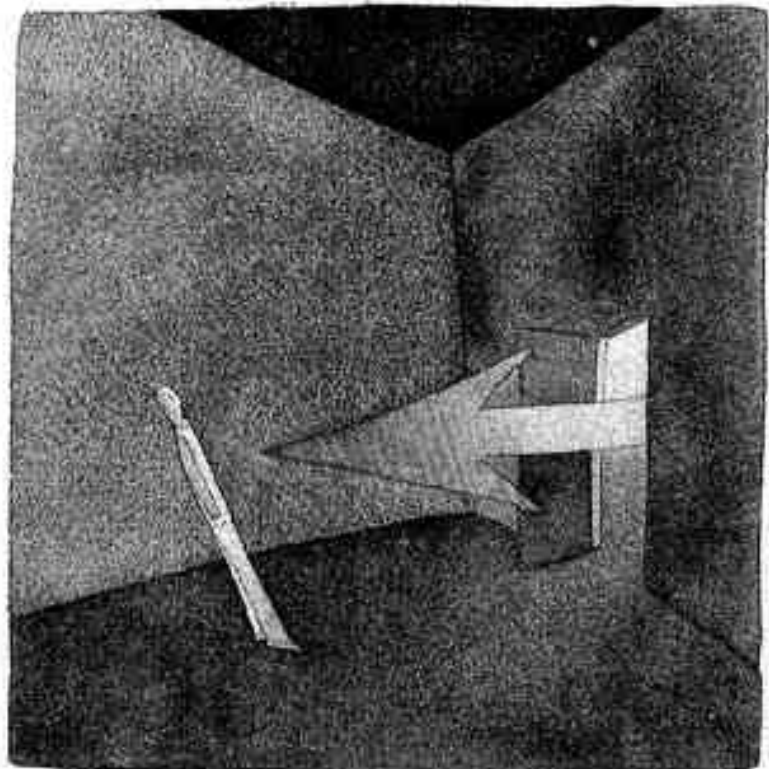
Bon nombre de conceptions aberrantes ont cours, qui assignent à la théorie du droit un objet de spéculation autre que le droit lui-même dans son mode d'être authentique. On peut schématiquement les classer en deux groupes, selon qu'elles prêtent au droit une constitution autre que normative ou qu'elles envisagent cette constitution normative sous une forme altérée.

1) La déformation la plus criante du droit consiste à méconnaître sa consistance normative et à l'imaginer autrement que sous la forme de réglementation, de normes, de règles ou normes de conduite. Cette singulière altération se trouve principalement portée par deux courants de pensée : ce qu'on appelle le « jusnaturalisme » et ce que nous avons proposé d'appeler le « sociologisme ».

Ces deux formes d'altération de la structure du droit inspirent les mêmes vues poétiques sur la théorie du droit : en particulier, les règles juridiques, au lieu d'être conçues comme l'objet même d'étude de la théorie du droit, deviennent sa production, son œuvre, — le théoricien du droit ayant pour mission essentielle d'observer la nature ou la réalité sociale auxquelles le droit serait immanent, dont il ferait partie et d'énoncer des règles de droit, elles-mêmes conçues comme la simple consignation des résultats de son observation. Ces règles, élaborées sur la base de procédés rationnels d'expérience, seraient appelées à concurrencer celles formulées de manière plus artisanale par les pouvoirs publics et, en vérité, devraient les supplanter purement et simplement !

2) Il est d'autres formes plus insidieuses d'altération ontologique du droit : ce sont celles qui consistent à admettre que le droit est bien constitué de normes, de normes de conduite ou normes éthiques, mais à prêter à cette constitution normative une modalité falsifiée, qui n'est pas authentiquement la sienne. On peut évoquer, notamment, deux variantes de ce type de déformation.

La première consiste à prétendre, assez étrangement, que les édictons de normes juridiques seraient ces normes



elles-mêmes et non pas seulement leur véhicule ; il y a ainsi, en particulier, tout un courant de la philosophie du droit polonaise qui refuse de voir que les règles juridiques, à l'instar de toutes les autres règles quelles qu'elles soient, ont une texture psychique et que ce qui est règle dans les édictons juridiques, ce n'est pas le verbe même du législateur, mais son sens, c'est-à-dire le contenu de pensée qu'il transporte. C'est que ces auteurs redoutent la relativité qui est attachée à cette donnée ontologique du droit, puisque, selon le sens que l'on prête au dire du législateur, on peut avoir présente à l'esprit une norme ou une autre norme : cette relativité, bien qu'on puisse l'observer couramment en pratique, est jugée par eux « inacceptable ». Une telle assimilation du mode d'être des normes juridiques à leur mode de communication est, évidemment, de nature à inspirer une singulière vision de la théorie du droit, centrée sur du tissu propositionnel envisagé en lui-même et pour lui-même, une théorie centrée en quelque sorte sur le flot de paroles du législateur.

Une deuxième variante est représentée par ce que nous avons proposé d'appeler le « logicisme » : le « logicisme » est

une autre forme d'altération de la structure propre du droit, qui consiste à assimiler plus ou moins confusément les normes de conduite dont il est constitué à des assertions et à les traiter comme telles ; de normes prescriptives à caractère de commandements ou de recommandations, les normes juridiques se trouvent ainsi transformées, par une subtile alchimie, en normes descriptives, à la manière des lois formulées par la science (le logicisme rejoint ainsi, en un certain sens, quoique par d'autres chemins, le jusnaturalisme et le sociologisme). Cette attitude, on la relève souvent chez les tenants du positivisme juridique, qui ont une forte propension à aligner purement et simplement leurs idées sur celles du positivisme philosophique issu d'Auguste Comte et à concevoir le droit et la théorie du droit à la manière dont ce positivisme conçoit

The ontological basis of legal theory. — All theoretical thinking in the legal field depends on an ontological approach to the law. In the absence of sufficient ontological bases, the legal theoretician is reduced to fruitless endeavour and pure verbiage.

les lois scientifiques et la méthodologie de la science. Kelsen illustre, par excellence, cette tendance.

Ontologie juridique et typologies falsifiées des disciplines juridiques

De par sa structure propre, le droit est susceptible de se prêter à deux grands types de démarches théoriques : c'est ce que nous allons mettre en lumière dans un premier temps, avant de montrer le syncrétisme qui règne en pratique sur ce point dans la théorie juridique, faute de bases ontologiques satisfaisantes.

1) En tant que constitué de normes de conduite, le droit a la nature d'une technique, d'un ensemble d'outils ou instruments utilisés, en l'occurrence, pour diriger la conduite humaine, pour « gouverner ». Il peut, par suite, à l'instar des autres outils humains, servir de support à deux types de spéculation théorique tout à fait différents, selon qu'il est abordé d'un point de vue technologique ou d'un point de vue anthropologique.

La démarche technologique consiste, de la part du théoricien, à aller au droit, à la technique juridique, comme un technicien au second degré : le technologue, c'est l'*homo faber*, qui réfléchit sur lui-même, sur les outils qu'il crée et qu'il utilise, et cela dans la perspective de perfectionner cette expérience artisanale, de la rendre plus « performante », d'y introduire à la lumière de sa raison, de l'ordre, de la cohérence, des améliorations.

La démarche anthropologique est tout à fait différente : elle est celle du savant, de l'*homo sapiens*, c'est-à-dire de l'observateur impartial et désintéressé, s'efforçant de regarder la réalité qui se produit sous ses yeux et de discerner des régularités dans l'enchaînement de ces productions du réel, — régularités qu'il traduira sous la forme de lois scientifiques (du type : « lorsque telle chose se produit, telle autre chose peut ou doit se produire ou ne pas se produire »). Mais précisément, les instruments juridiques, pas plus que n'importe quelle autre catégorie d'outils humains, ne peuvent faire directement en eux-mêmes et pour eux-mêmes l'objet d'une science : les choses humaines ou culturelles en effet, à la différence des choses naturelles, ne sont pas des choses qui se produisent mais, par définition même, des choses qui sont produites, qui sont faites par l'homme : il n'est donc pas possible de les insérer en tant que telles dans le cours des choses et de prétendre les traiter de manière autonome. On doit les considérer comme des faits de l'homme, comme des phénomènes humains, et c'est ainsi rattachés à l'homme, à des actes, à des comportements

humains, qu'on peut les étudier scientifiquement.

Ce sont ces phénomènes humains, et non directement les instruments juridiques, qui sont susceptibles de faire l'objet d'une activité scientifique de recherche et de traduction de régularités occurrencenelles.

Une science qui se prétendrait en prise directe sur les normes juridiques, qui prétendrait traiter ces normes comme des existants observables, comme des phénomènes, et comme des phénomènes directement rattachables à d'autres phénomènes, apparaît à cet égard à un double titre comme un non-sens. Il y a, sur ce point, une différence irréductible (une différence de distanciation en quelque sorte) entre la technologie juridique qui, elle, se déploie en prise directe sur le monde de la technique juridique, qui est une activité technique au second degré, et la science anthropologico-juridique qui n'a qu'une approche médiatisée des instruments juridiques à travers le prisme des phénomènes humains — des comportements des acteurs à l'expérience juridique — qu'elle observe et dont elle cherche à rendre compte.

2) Il est frappant de constater à quel point, en pratique, cette différence est perdue de vue dans les analyses et typologies les plus couramment admises de la théorie juridique, en particulier la théorie d'inspiration positiviste. Laquelle est focalisée essentiellement sur l'activité de théorie juridique qui est en fait, et de loin, la plus pratiquée — ce qu'on appelle de manière significative « la doctrine », c'est-à-dire la technologie juridique et, au premier chef, la dogmatique juridique ; et elle tend à présenter cette activité comme une activité scientifique, comme une « science du droit », ce qui non seulement revient à donner une vue très déformée et irréaliste de la technologie juridique, mais aussi du même coup empêche de rendre correctement compte des démarches proprement scientifiques des disciplines anthropologico-juridiques qui ont commencé de se développer surtout à partir de la dernière guerre mondiale et qui embarrassent manifestement la théorie juridique positiviste.

On trouve une illustration particulièrement éclatante de ce syncrétisme — et des impasses auxquelles il ne peut que mener — dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen. Développant systématiquement la théorie du positivisme juridique, Kelsen a été amené à soutenir laborieusement que la dogmatique juridique était une « science du droit » et même « la » science du droit, la seule science authentique du droit puisque centrée directement sur les normes juridiques, tandis que la théorie anthropologico-juridique serait une science pa-

rallèle s'occupant d'un autre objet : « Elle se demande de quelle façon des faits économiques, ou des représentations religieuses, influencent effectivement l'action des législateurs et des tribunaux ; ou sous l'empire de quels motifs les hommes accordent leur conduite à l'ordre juridique ou ne l'y accordent pas. Ce n'est donc à proprement parler pas le droit lui-même qui constitue l'objet de cette connaissance, ce sont certains phénomènes parallèles de l'ordre de la nature. »

Pour établir le statut scientifique de la dogmatique juridique, Kelsen a été conduit à d'étranges raisonnements. Ainsi, la théorie dogmatique devrait être, à l'égard des normes juridiques qu'elle étudie, aussi impartiale et désintéressée que toute science quelconque à l'endroit de son objet d'observation ; fermant les yeux sur les démarches réelles et constantes de la doctrine juridique, le maître autrichien affirme de manière péremptoire : « Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaye en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. » Selon Kelsen, le travail de mise en ordre des normes juridiques, de présentation rationnelle des corrélations entre les différentes parties de la réglementation juridique serait exactement comparable à celui du physicien introduisant de l'ordre dans le cosmos en y décrivant des régularités occurrencenelles ! Et, de la même façon, les « propositions de droit » (*Rechtsätze*) par lesquelles la dogmatique décrit la réglementation juridique (du type : « si quelqu'un commet telle action, il est passible de telle sanction ») seraient des lois scientifiques authentiques : leur caractère très différent de celui des autres lois scientifiques s'expliquerait par l'existence d'une dichotomie des démarches scientifiques reposant tantôt sur le « principe de causalité », tantôt sur un prétendu « principe d'imputation ». Étrange vision d'une science à double visage ! On voit là encore à quelles extravagances peut mener un insuffisant respect des données ontologiques du droit.

■ Paul Amselck, professeur à l'université de Paris II, directeur du Centre de philosophie du droit (URA 956 CNRS), université de Paris II, 83 bis, rue Notre-Dame des Champs, 75000 Paris.

Orientations actuelles de la philosophie du droit

Le vieux débat sur la théorie de la science du droit entre jusnaturalistes et juspositivistes s'est modifié et adapté à l'évolution générale de la philosophie des sciences.

■ Michel Troper

S'il existe véritablement un besoin de philosophie du droit, on peut rechercher quelles sont les orientations qui permettront de poser les questions et d'énoncer les termes du débat. Plutôt qu'un tableau schématisant des courants doctrinaux, on présente ici quelques-uns des principaux thèmes actuellement en discussion.

Théorie de la science du droit

Sur la question épistémologique et méthodologique, les termes du débat entre positivistes et jusnaturalistes, tel qu'il se présentait dans les années cinquante, ont été profondément modifiés. D'un côté, les jusnaturalistes, qui estimaient qu'il existe un droit naturel au-dessus du droit positif, pensaient que ce droit naturel est connaissable par l'homme, qu'il appartient au juriste de le découvrir, mais que la connaissance du droit naturel ne relève pas d'une science empirique. De l'autre, les positivistes qui acceptaient l'idée que la construction d'une science empirique du droit est possible. On a fini par admettre que les positions n'étaient pas symétriques, car le jusnaturalisme postule à la fois l'existence du droit naturel et celle du droit positif, tandis que le positivisme n'admet que l'existence du seul droit positif.

Les doctrines jusnaturalistes contemporaines ne visent plus à « connaître » le droit naturel, mais à fonder un mode de

raisonnement pratique utilisable notamment par les juges et conduisant à des solutions justes. Il existe, en particulier dans les pays anglo-saxons, des tentatives très variées pour fonder ce raisonnement sur la théorie de l'interprétation, la sociologie, l'économie.

D'un autre côté, pour ce qui est de la connaissance du droit positif, le débat porte aujourd'hui sur la manière dont on peut concevoir une science du droit. A ce point, on rencontre trois types de métathéories ou conceptions de la science : le positivisme juridique classique ou positivisme strict, le positivisme large, le post-positivisme. Le premier, étroitement lié à l'empirisme logique, entend construire la science du droit sur le modèle d'une science empirique. Ceci implique l'adhésion à un certain nombre de principes ; en premier lieu, qu'il convient d'opérer une distinction radi-

cale entre la science du droit et son objet, le droit ; ensuite, que le juriste doit se borner à connaître son objet, sans chercher à porter sur lui des jugements de valeur (postulat de la *Wertfreiheit*) ; en troisième lieu, que la science du droit doit être composée de propositions vérifiables ou réfutables selon des procédures analogues à celles admises dans les sciences de la nature. Cela implique que le droit doit être conçu comme un objet susceptible d'être observé directement, donc comme un ensemble de faits de caractère psycho-social (le droit sera réduit par exemple aux comportements et aux décisions des tribunaux).

Selon le positivisme large, la science du droit ne peut être une science comme les autres, parce qu'elle n'a pas pour objet un ensemble de faits empiriques, mais le langage juridique, et qu'elle ne peut par conséquent être soumise aux mêmes principes méthodologiques que les autres sciences, par exemple le principe de vérification. Elle consiste alors non pas à énoncer des propositions vraies, mais à reconstruire le langage du législateur.

Enfin, selon la conception la plus récente, inspirée des théories post-positivistes de Lakatos et Kuhn, la science du droit est une science comme les autres, mais le modèle des sciences de la nature offert par le positivisme logique doit être réexaminé. On fait valoir notam-



The major themes of current legal philosophy - The most hotly debated questions of today can be divided into those that relate to the theory of the science of law and those which concern the theory of law itself. In the first group, the old debate between natural law and positive law has been modified and adapted to the general changes that have occurred in the philosophy of science. In theory of law the debate centres on the judicial system and on reasoning.

ment que les théories reposent sur des présupposés et des jugements de valeurs, que les sciences de la nature non plus ne décrivent pas des faits empiriques bruts, mais des représentations de ces faits et qu'elles ne consistent pas simplement dans une activité de contrôle empirique, mais dans une confrontation permanente entre théories rivales. La science du droit peut alors être considérée comme relevant d'une même conception générale de la science, non pas «bien que», mais «parce que» elle aussi consiste avant tout dans un processus interprétatif. Ainsi, le modèle de la science du droit est fourni par la dogmatique juridique, qui a pour tâche l'interprétation et la systématisation des normes juridiques dans un but pratique.

Théorie du droit

Les discussions sur les problèmes de la théorie du droit sont fort nombreuses. C'est aujourd'hui sur des questions spécifiques que s'affrontent les jusnaturalistes et les positivistes. On peut distinguer, parmi les plus importantes, celles qui portent sur la nature des éléments du système juridique, celles qui concernent les propriétés du système lui-même et celles qui touchent au raisonnement juridique.

Sur le premier point, les composants du système, la thèse la plus répandue aujourd'hui, notamment depuis la *Théorie pure du droit* de Kelsen, est que ce sont des normes juridiques. Les normes sont des impératifs et par conséquent tous les actes humains qui ont valeur d'impératifs peuvent être dits créateurs de normes, les contrats comme les lois ou les sentences des tribunaux.

Cependant, tous les actes qui ont valeur ou signification d'impératifs ne sont pas créateurs de normes spécifiquement juridiques et il faut déterminer un critère permettant de distinguer les normes juridiques des autres normes. L'enjeu est important, car on s'interroge constamment sur le point de savoir en quel sens on peut dire que le droit international ou le droit constitutionnel sont du droit au même titre que le droit civil ou le droit pénal. Ainsi posée, la question n'est en définitive qu'une version nouvelle de la vieille question métaphysique de l'essence du droit. On le voit bien lorsqu'on examine les divers critères proposés. Parmi ceux qui ont été avancés par les doctrines du droit naturel, on peut citer celui qu'on tire des fins de la norme ou de sa conformité à un idéal de justice. A cela les juspositivistes objectent qu'il n'existe pas de critère objectif permettant de définir la justice ou les fins du droit. Ils ont avancé de leur côté des critères tirés tantôt du sujet qui pose la norme, le souverain, — mais il n'existe aucun moyen simple de l'identifier —, tantôt du mode de sanction de la désobéissance à la norme, — mais comme cette sanction est elle-même prescrite par une norme, il faudrait pouvoir disposer d'un critère permettant d'identifier cette deuxième norme comme norme juridique —, tantôt encore par l'appartenance à un système juridique.

A l'intérieur du courant positiviste, le débat s'est récemment quelque peu déplacé et porte aujourd'hui sur la manière dont il faut concevoir les normes juridiques. On a pu distinguer deux conceptions des normes. Selon la première, dite *hylétique*, les normes sont des entités conceptuelles ou idéales. De même

que les propositions sont les significations de certains énoncés descriptifs, de même les normes sont des significations prescriptives, par lesquelles on n'exprime pas l'idée que quelque chose est, mais l'idée que quelque chose doit être. Selon une deuxième conception, dite *expressive*, les normes ne sont pas des significations, mais les produits de l'usage prescriptif du langage. En d'autres termes, ce sont des commandements. Le débat entre les deux conceptions est important pour la question de la logique juridique. La conception expressive paraît en effet conduire à l'idée qu'une logique des normes est impossible et cela pour deux raisons: d'une part, on ne peut établir des relations de contradictions ou d'implications logiques qu'entre des entités possédant une valeur de vérité, alors que si les normes sont des commandements, elles ne sont ni vraies ni fausses; d'autre part, si les normes sont les produits d'actes de volonté, elles ne peuvent être considérées comme en vigueur que si ces actes de volonté, qui ne sont que des comportements humains, ont été accomplis, et comme il n'y a pas de relations logiques entre les comportements humains, il n'y a pas de relations logiques entre les normes. Les normes sont valides, non parce qu'elles ont été énoncées au terme d'un traitement correct, mais seulement parce qu'elles ont été posées par une certaine autorité. *Auctoritas non veritas facit jus.*

■ Michel Troper, professeur à l'université de Paris X-Nanterre, directeur du Centre de théorie du droit, 200, avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex.

Des fondements aux fondations du droit

Le renouveau de la pensée juridique pourrait venir non pas de la recherche de justifications rationnelles, mais de la réflexion sur les fondations, les racines du savoir des juristes.

■ Christian Atias

L'employé qui me réclame tel document ou m'oppose telle interdiction croit généralement se contenter d'appliquer une règle qu'il pourrait montrer et qui, par consé-

quent, se prête à la vérification. Le droit lui paraît tout entier contenu dans la proclamation officielle de certaines exigences, de certains interdits... Il n'a pas à être fondé!

Poser la question des fondements de ces exigences, de ces interdits, c'est ad-

mettre l'incomplétude, la vulnérabilité du droit: c'est supposer qu'il puisse avoir à se justifier. Sur le front de cette insatisfaction ressentie par beaucoup — juristes ou non —, qu'y a-t-il de nouveau? Il y a la conscience sans doute plus vive des faiblesses d'une analyse qui demeure commune, si communément admise même qu'elle semblait incontres-

From the basis to the foundation of law: Once freed from the theory of the sources of law, legal thought can escape from the danger of getting lost in the search for abstract principles. The choice is then open between reflection on legal knowledge and an epistemology of severance.



► table comme si elle était impliquée dans l'existence même de tout droit, quel qu'en soit le contenu. C'est de la théorie des sources du droit dont il s'agit; le destin de cette idéologie pourrait libérer la réflexion sur le droit.

La théorie des sources

La question des fondements du droit est fille de la théorie des sources, elle surgit aux côtés de l'affirmation péremptoire de l'existence d'une liste limitative et définitive des organes exclusivement habilités à dire le droit: le malaise de ceux que ce formalisme obsède s'exprime dans la quête des fondements. C'est pourquoi, les tenants de la théorie des sources ne tardent pas à récuser le projet même de fonder, de justifier le droit. Ils s'efforcent de refermer le savoir juridique sur lui-même. Leur espoir est de faire oublier qu'avant l'ère de la théorie des sources, le droit était solidaire de ses fondements. Admettant qu'il fût jugé par son contenu, les juristes lui assignaient des fondements non juridiques, mais anté- et supra-juridiques. Contre le théorème de Gödel, les sources du droit se sont voulues pleinement et intégralement juridiques: elles ont ainsi créé une lacune que la recherche des fondements tend à combler. Aujourd'hui, l'intolérante théorie des sources décline.

Le déclin de la théorie des sources

Ce déclin a de multiples causes. Il a pour partie son origine dans le développement des pouvoirs des Cours suprêmes, telles que le Conseil constitutionnel français. Ne pouvant s'inspirer sérieusement de règles explicites, de telle loi par exemple, il leur a fallu invoquer des principes fondamentaux ou des droits de l'homme qui ont dû être considérés alors comme des fondements du droit. Ces juridictions ont semblé, à la fois, affronter le vide et combler ce vide avec une aisance déconcertante pour qui s'attachait à la théorie dominante. Une deuxième cause du déclin de la théorie des sources tient à la reconnaissance du rôle de la doctrine. Dans des études parues depuis 1975 environ, les professeurs Terré, Malaurie et Jestaz ont su mettre en lumière la part des études, commentaires et autres analyses dans l'avènement et la consécration d'une source du droit; ils ont même si bien «fait mouche» que leurs propositions sont aujourd'hui reprises sans référence, ni citation; elles sont tombées dans le domaine public. Toute règle de droit reconnue ne procède jamais que de l'une des interprétations possibles des décisions législatives ou jurisprudentielles.



Deux voies possibles

Le déclin de la théorie des sources laisse le savoir juridique devant une alternative. Ou bien, il s'ouvre à nouveau. Dans cette voie, il n'y a sans doute plus lieu de parler de fondement; la nature et le contenu du droit redeviennent les questions cruciales. S'alimentant aux expériences sociales les plus diverses, le savoir enfoui dans le droit et développé sur le droit se fonde en se formant; ses fondations sont ses fondements. Avec l'échec des fondements abstraits plaqués *a posteriori* sur des règles déjà appliquées, c'est le rationalisme juridique qui expire. La voie est libre pour une réflexion réaliste sur le savoir juridique. La seconde voie est celle qu'empruntent les professeurs Miaille et Jeammaud, ainsi que les équipes belge et suisse des professeurs Ost, Van de Kerchove et Petrin. Elle se trouve à la rencontre du non-déductivisme de Gadamer et du non-cognitivism de Kuhn. La «rupture épistémologique» bachelardienne est alors considérée comme indispensable et recherchée dans la remise en cause des paradigmes attribués à la théorie ou à la pratique juridiques. Par exemple, il est proposé de se demander ce que cachent des expressions comme «l'intention du législateur» ou «la rationalité du législateur». En général, ces épistémolo-

gies de la rupture tiennent la distinction du droit et de la science du droit pour négligeable et les confondent dans une même critique. Il n'est pas sûr que la question des fondements y trouve encore sa place. Le renouveau de la réflexion sur les fondements du droit pourrait venir des controverses dans lesquelles s'engageront peut-être les théoriciens qui auront emprunté ces deux voies.

■ Christian Atlas, professeur à l'université d'Aix-Marseille III, Faculté de droit et de science politique, 3, avenue Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex.

Repenser un droit pour l'époque post-moderne

Au droit rigide fondé sur la toute-puissance de la loi, philosophes, théoriciens et sociologues du droit s'efforcent actuellement de substituer un droit souple, qui tienne compte du relativisme, du pluralisme et du pragmatisme caractéristiques de l'époque post-moderne.

■ André-Jean Arnaud

Le renouveau de la réflexion sur les fondements du droit passe, depuis quelques années, par une interrogation sur les conditions d'existence d'un droit *post-moderne*. Cette expression est assez claire pour que tout un chacun comprenne qu'il s'agit de fonder un droit pour l'époque qui suit l'âge *moderne*. Mais qu'est-ce que l'âge «moderne»? Les historiens et les philosophes entendent par là la période qui s'étend de la fin du Moyen Âge à la Révolution française. Les juristes du continent européen prolongent cette période jusqu'à la promulgation, en 1804, du *Code civil français* (le «Code Napoléon»). Alors, dira-t-on, quoi de plus normal que de songer à un droit *post-moderne*? Vivons-nous encore au temps des diligences, des petites fabriques et de la marine à voile? Notre droit n'aurait-il donc pas suivi les progrès de l'économie, des sciences et des mœurs? Au bout de deux siècles, cela paraît impensable.

En même temps, nous savons bien qu'il existe une crise permanente du droit et de la justice. L'un et l'autre, on les sait inadaptés à notre époque. Certes, tout le droit inscrit dans les textes n'est pas absolument inadapté; la justice non plus n'est pas complètement paralysée. Mais le problème existe, et l'éclosion de toutes les revendications dont nous lisons l'expression parfois violente, chaque jour, dans les colonnes de

Redesigning a legal system for a post-modern era - Philosophers, theoreticians and sociologists of the law are currently attempting to replace the rigid legal system, based on the supreme power of the law, under which we have been living since the building of the foundations of the Napoleonic Code, by a flexible system which takes into account the relativism, pluralism and pragmatism typifying the post-modern epoch which we have just entered.

nos journaux, témoigne du fait que la *régulation sociale* n'est plus assurée par le droit, contrairement à ce qui se passait au moment de la promulgation du Code civil. Là, précisément, se trouve une tâche essentielle de la pensée juridique. Tandis que les juristes praticiens s'occupent d'adapter le moins mal possible le droit tel qu'ils le rencontrent dans les textes, aux situations de la vie quotidienne (souvent des cautères sur une jambe de bois!), des chercheurs spécialisés dans l'étude des fondements du droit s'efforcent de trouver la racine du mal, afin de proposer des remèdes. Or, cette racine n'est autre que l'ensemble des fondements *modernes* sur lesquels a été élaboré notre droit.

Le droit «moderne»: universalisme et singularité

Le droit «moderne» est un droit qui s'est construit sur des principes philosophiques en honneur à l'époque qui porte ce nom: croyance dans le caractère universel des solutions juridiques et dans les bienfaits de la toute-puissance de la loi. A entendre les philosophes, les juristes et les législateurs de la fin du XVIII^e siècle, le droit était susceptible d'une connaissance universelle, car les principes qui le dictaient étaient inscrits dans le cœur de chacun; ils pouvaient être connus grâce aux seules lumières naturelles de la raison. Par ailleurs, le contrat social faisait que la loi, votée au nom de tous, était censée s'appliquer également à tous, d'un commun accord. Plus de privilèges: la loi, parce qu'elle était générale, claire, traitant du bien commun et ne s'intéressant pas aux cas particuliers, apparaissait comme la garantie suprême contre l'arbitraire.

On parle donc, dès lors, d'un droit, au singulier. Et ce droit ne peut être posé que par le législateur régulièrement investi de ce pouvoir. Ce *positivisme légaliste* semblait opérer un progrès énorme en un temps où le développement du commerce et de la circulation des biens et des personnes ne s'accoutumait plus du pluralisme des droits. Il existe, cer-

tes, des systèmes de droit différents d'un pays à l'autre, car les nations sont maîtresses d'elles-mêmes. Et c'est l'absurde: pourquoi la raison naturelle laisse-t-elle engendrer divers droits? Cette constatation s'exprime bien dans le scepticisme d'un Montaigne ou d'un Pascal: «Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà: plaisante justice qu'une rivière borne!». Ce sera la grande contradiction du «modernisme», dont il ne restera bientôt, dans le droit quotidien, que l'apport positiviste. Quant à l'universalisme, il se réfugiera dans les déclarations de principes, et notamment les *Déclarations des droits de l'homme*, les droits subjectifs, ceux qui appartiennent à l'individu de par sa naissance parmi les humains: seul lieu où, dans l'ère positiviste, le pluriel est toléré.

La longue marche vers un droit post-moderne

Nous avons vite appris que les rêves de l'époque moderne n'étaient que des illusions. Le temps a dévoilé les imperfections du droit «moderne»; il a montré combien l'universalisme était un leurre, et que le règne suprême de la loi ne réglait pas tout. L'observation de la réalité juridique quotidienne a amené de nombreux juristes qui s'intéressent au problème des fondements du droit, à reconnaître que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources du droit, et qu'un retour au pragmatisme s'impose.

Relativisme: depuis des dizaines d'années, nous voyons, de par le monde, des pays s'entredéchirer pour que soit reconnue la *légalité* d'une fraction politique de la population contre l'autre. Certains Etats reconnaissent une fraction; d'autres, l'autre fraction. Où est le droit? En raisonnant en des termes de pensée juridique moderne, il n'y a pas de solution. Or, il faut bien en trouver une: nécessité de penser un droit relatif.

Le *pluralisme* juridique est tout aussi facile à repérer: à côté du droit formel, du droit étatique, il faudrait être aveugle pour ne pas voir fonctionner tout un système juridique informel, infra-étatique; par ailleurs, il existe toute une *régulation sociale* des relations traditionnellement considérées comme juridiques (en matière d'institutions familiales ou d'institutions du travail, par exemple). Si l'on considère le droit de façon monolithique, comme nous l'enseigne le modernisme, nous ne pouvons pas rendre compte de cette pluralité. Tout un pan de ce qui est vécu comme juridique quotidiennement disparaît officiellement de la scène: or, la politique de l'autruche n'a jamais résolu les problèmes.



► *Pragmatisme*, enfin : il faut cesser de reléguer la pratique au second plan. Les praticiens du droit ne sont pas de simples exécutants : ils créent réellement du droit. Regardez ce qui se passe au niveau du droit de la Communauté européenne : c'est dans les cabinets des avocats que se préparent les recommandations qui, ensuite, formeront la majeure partie du droit communautaire.

Une dialectique de la pensée et de l'action

Tout cela fait, depuis un certain nombre d'années, l'objet de recherches minutieuses de la part de ceux qui ont choisi de *penser* le droit : philosophes, théoriciens, sociologues, notamment. Ils savent, à l'aube du XXI^e siècle, qu'ils ont une mission non de rêveurs, mais d'intermédiaires entre les créateurs de droit et les utilisateurs de droit. Entre la pensée et l'action, il existe une dialectique permanente, dont le but consiste à trouver l'adéquation maximale des normes juridiques à la conjoncture sociale. Cette dialectique, chacun d'eux l'assume à sa manière, selon des tâches distinctes et complémentaires. Au philosophe, il appartient d'élaborer les propositions nécessaires à un plan de réforme de la société fondé sur la réalisation de fins générales : la liberté, le respect des droits de l'homme, la justice, l'écono-

mie sont aujourd'hui les grands pôles de reconstruction du droit. Au théoricien du droit revient de déterminer les paradigmes propres à l'époque considérée, de forger les outils méthodologiques appropriés, et de présenter, à partir de ces données, le schéma d'un droit correspondant à l'état de la société dans laquelle il œuvre. Interviennent ici les recherches contemporaines sur l'analyse du droit en termes de structures et de sous-structures, de fonction, de systèmes, d'organisation : une manière scientifique (au sens des *sciences sociales*) de traiter la rencontre de diverses normes (morales, religieuses, politiques etc.) régulatrices de la société. Le sociologue, pour sa part, est appelé à fournir au précédent les indications lui permettant d'élaborer sa théorie : à lui de fixer les lieux d'enquête, de rassembler les données, de tirer les conclusions sur les besoins de régulation et sur l'aptitude respective du droit et de la société à les satisfaire. Là, également, les recherches sont très avancées, nombreuses, pointues, dans les domaines les plus divers de la vie socio-juridique, de la famille à l'emploi et à la consommation, de la justice des mineurs à l'environnement, des modes informels ou alternatifs de règlement des conflits au contrôle pénal.

L'époque post-moderne est caractérisée par la coexistence contradictoire du

retour de la peur, qui impose le sacrifice, et de la perception de l'infinie multiplicité de l'expérience, qui postule le rejet du renoncement. Cette contradiction, ceux qui pensent les fondements du droit sont aujourd'hui nombreux à s'efforcer, chacun dans le champ de sa spécialité, de la prendre en compte dans leurs recherches, avec l'espoir – sinon la certitude, car le chercheur est avant tout un sceptique – de la résoudre, au moins partiellement, afin d'améliorer les conditions de vie au sein de la société.

■ André-Jean Arnaud, directeur de recherche au CNRS, directeur scientifique de l'Institut international de sociologie juridique d'Onati, 20560-Onati, Gipuzkoa/Euskadi, Espagne.

CNRS - AUDIOVISUEL

1, place André-Brauer, 92130 Meudon Cedex

RÉFLEXIONS SUR LA PROCRÉATION ARTIFICIELLE Dans la série: Aujourd'hui en France 04/87

Jacques Testart expose brièvement les problèmes d'éthique posés par la fécondation *in vitro* (les embryons non utilisés et mis en congélation). Il insiste sur le rôle prépondérant que doit prendre le Comité National d'Éthique.

Comité de rédaction :
Ariel Chadaurne - Monique Sicard
Daniel Ahlil - Paul de Roubais
Production déléguée :
Les Films du Centaure
1987 - 2 minutes-40
Support de diffusion : 3/4" U.Matic Pal

LA FIANCÉE

Dans un village d'Afghanistan, une jeune fille musulmane se prépare à son mariage. Enfant heureuse et choyée par ses parents et sa famille, elle va devoir affirmer dorénavant les tâches de la vie quotidienne d'une femme mariée, et surtout compter avec son passé pour entrer dans un milieu hostile ou indifférent.

Auteur - réalisateur : Annie Zorr
Avec la collaboration de Bernard Drapsigne
Producteur : CNRS - SERDDAV - ERA 53
1975 - 26 minutes
Support de diffusion :
16 mm - 3/4" U.Matic Secum

Le fondement du droit : une nouvelle approche

L'analogie entre les règles métasystémiques en droit et les règles métasystémiques en logique déductive permet de renouveler, en les rendant en même temps plus explicites et plus précises, les manières respectives de poser le problème du fondement du droit et d'en chercher la solution.

■ Georges Kalinowski

Animal raisonnable, l'homme se livre d'une part à la recherche scientifique, de l'autre à la réflexion philosophique. Dans le premier cas, au fur et à mesure qu'il acquiert de nouvelles connaissances, il va vers de nouveaux problèmes. Dans le second, la philosophie ayant des incidences sur la vie de qui la pratique en professionnel ou en amateur, se trouvent repris les problèmes de tous les temps parce qu'ils sont ceux de tout homme. Par ailleurs, le nombre de solutions théoriquement possibles est limité (on situe le fondement du droit par exemple dans la raison ou dans la volonté). Cela ne veut cependant pas dire qu'on soit condamné à répéter après nos devanciers ou à imiter nos contemporains. Bien au contraire, abordant tel et tel problème de la *philosophia perennis*, celui du fondement du droit par exemple, et s'efforçant de lui donner soi-même une solution, on le fait toujours dans une situation vitale concrète, dans un *hic et nunc* déterminé, ce qui permet tout de même d'innover.

Ainsi celui qui, à l'approche de l'an 2000, s'interroge sur le fondement du droit mentionné à l'instant à titre d'exemple, peut chercher l'inspiration d'un renouveau de la réflexion à ce sujet entre autres dans le rapprochement des systèmes juridiques avec les systèmes de

logique déductive. Ceci conduit à poser le problème – afin d'en poursuivre la solution sans préjuger de la direction dans laquelle il conviendrait de s'orienter – d'une manière à la fois nouvelle et plus précise.

Droit et logique déductive

Il y a de quoi être étonné à prime abord. Quel rapport entre le droit – le droit objectif selon l'expression technique des juristes, ensemble des normes juridiques en vigueur sur un territoire et/ou pour une population donnée – et la logique déductive ? En vertu de quelle similitude peut-on chercher à résoudre le problème du fondement du droit à l'instar de la recherche du fondement d'un système de logique déductive (en premier lieu du système de la logique des propositions constituant les fondations, pour parler par métaphore, de cet édifice à plusieurs étages qu'est la logique déductive dans son ensemble), système déductif, axiomatisé et formalisé ?

Et pourtant ! Nous avons affaire à deux ensembles (systèmes, au sens étymologique) d'énoncés propositionnels, ensemble de lois logiques (thèses) et ensemble de normes juridiques. Chacun se subdivise en deux sous-ensembles : le système logique en ensemble d'axiomes et ensemble de théorèmes, le système juridique en ensemble de normes premières et ensemble de normes dérivées. L'élaboration de tout système de logique déductive, à commencer par celui de la logique des propositions (calcul propositionnel), est commandée par des règles métasystémiques (elles n'appartiennent pas au système, mais le régissent de l'extérieur), dites « métalogiques », règles linguistiques d'abord (de vocabulaire et de syntaxe), règles d'admission des thèses ensuite (des axiomes et des théorèmes – ces dernières règles d'inférence, c'est-à-dire de démonstration). Les règles d'admission des axiomes sont formulées en fonction du facteur déterminant le choix des axiomes. Ce facteur n'est rien d'autre qu'une convention proposée en raison de son efficacité :

elle assure l'aisance de la déduction des théorèmes, l'élégance du système, etc. C'est elle qui constitue le fondement d'un système logique donné.

Règles d'admission des normes juridiques

Il en est pareillement, *mutatis mutandis* bien entendu, de tout système juridique. Que les énoncés propositionnels qui le composent soient normatifs, alors que ceux qui composent un système logique ne le sont pas, ne change rien au fait d'être formulés en un langage spécifique, le langage juridique, ayant ses règles de vocabulaire et de syntaxe. À l'instar des axiomes et des théorèmes, l'admission des normes premières et des normes dérivées d'un système juridique est commandée respectivement par des règles métasystémiques correspondantes qu'il convient de qualifier de « métajuridiques ». Analogiquement à ce que nous avons constaté dans le domaine de la logique déductive, si les règles métajuridiques d'admission des normes juridiques premières d'un système juridique donné avaient à être énoncées explicitement (car elles ne le sont pas en fait), elles devraient être formulées en fonction du facteur déterminant les normes juridiques en question et qui *ipso facto* est le fondement recherché du droit concerné.

Sans entrer dans les détails, disons pour terminer, que de l'avis des partisans, d'une catégorie déterminée, du droit naturel (loi naturelle), le facteur dont nous venons de parler n'est rien d'autre que la saisie, par l'intellect accomplissant sa fonction de connaissance pratique (au sens aristotélicien), de l'évidence analytique (mais non *a priori* au sens husserlien ou carnapien) des règles de comportement humain assurant le bien commun des sociétés politiques (étatiques, interétatiques ou supra-étatiques). Aux adversaires du droit naturel de dire ce qu'est, à leur avis, le facteur en fonction duquel ils formuleraient les règles d'admission de normes juridiques premières.

The foundations of the law: a new approach - The elaboration of a logical deductive system is controlled by a series of exterior rules, known as "metalogical" rules, which govern amongst other factors the admission of axioms. The analysis of these rules reveals the foundations of the system. Judicial systems have certain similarities with logical deductive systems. As a result, the foundations of law can be determined by the analysis of the "metajudicial" rules for the admission of primary judicial standards.

■ Georges Kalinowski, directeur de recherche honoraire au CNRS, Chemin de Mailgras, 26170 Buis-les-Baronnies.



Le droit de punir

Conforme aussi bien à l'ordre moral qu'à l'ordre juridique, le fondement synallagmatique du droit de punir nous évite de considérer celui-ci comme un moyen purement répressif appartenant à des idéologies utilitaires et barbares.

■ *Stamatios Tzitzis*

Pour les Anciens, le droit de punir (*dikai didonai-timôrein*) s'imposait à travers l'unité harmonieuse du réel avec l'idéal, ou de l'être avec le devoir être. Il était issu de la démarche philosophique qui recherchait l'essence du monde à partir de ses principes fondateurs et de sa finalité. Pour les modernes (Hobbes, Bentham, Austin), ce droit vient de la science du droit qui s'oppose à la philosophie du droit classique et représente le fruit d'une philosophie juridique épurée. Dans le monde post-moderne, la notion de philosophie du droit est devenue trop vague. Si nous parlons ainsi d'un droit de punir de nature philosophique, nous ne dirions pas grand-chose. La philosophie du droit est éviscée en plusieurs parties dont chacune a un objet particulier d'étude.

Toutes ces branches rompent avec la métaphysique du juste d'où jadis le droit de punir tirait sa vigueur. Bref, l'univers juridique du monde moderne et post-moderne est grandement tributaire de la science du droit (Kelsen).

Le droit de punir ne pourrait désormais être fondé que sur un droit désacralisé et rationalisé : la loi positive. Il poursuit donc le respect de la loi, et s'exprime en impératif hypothétique. Il cherche le devoir faire ou non faire afin de maintenir par la menace ou par la répression l'ordre que l'Etat a créé. Ce droit de punir est essentiellement artificiel en tant que produit fréquent des idéologies politiques et étatiques. A l'appui, citons l'article 127 du Code pénal qui dispose : « Il n'y a ni crime, ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime ». D'après les pénalistes, cet article se rap-

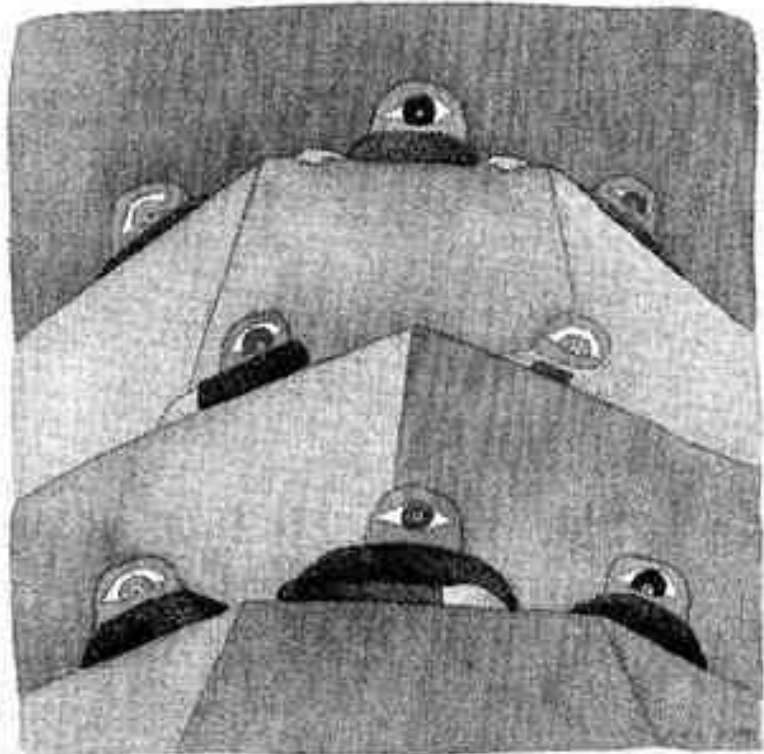
porte à la responsabilité pénale. Cependant sa formulation nous autorise à émettre un avis différent. En effet, il ne dit pas que l'auteur n'est pas punissable, tout en qualifiant son acte de crime, mais il affecte l'existence même de l'incrimination.

Droit de punir et légalité

Le droit de punir qui tire sa vigueur du conventionnel (la négligence de ce qui est naturel) pourrait n'être que conventionnel : il existe là où la loi incrimine l'acte. Il représente un produit de l'esprit (Kelsen). Le droit de punir est fondé sur un commandement et implique la souveraineté de l'ordre juridique. Il relève donc de la dogmatique juridique, c'est-à-dire qu'il est déterminé par un raisonnement juridique, strictement conforme aux normes positives, pour éviter des conflits, des contradictions et des lacunes du droit. Il exprime ainsi un

jugement de valeurs, dénotant ce qui est juste et injuste positivement ; autrement dit, il se rapporte à ce qui est licite ou illicite.

Dans cette perspective, la peine que le droit de punir se propose d'infliger, implique une stratégie de domination en égard au devoir être. Il a donc besoin d'être justifié. Un tel droit doit assurer un minimum suffisant d'approbation des citoyens, autrement il risquerait d'être qualifié de totalitaire. Pourtant cette tâche ressortit plutôt à la philosophie politique qu'à la théorie du droit. En effet, le droit de punir qui justifie son existence uniquement par l'utilité publique ou la nécessité de l'obéissance à la loi ne saurait être longtemps en vigueur. Il a, en plus, besoin d'être soutenu par une argumentation morale. En d'autres termes, il lui faut avoir recours à un langage méta-juridique. Par ces termes, nous entendons le langage éthique qui acquiert une tonalité juridique. Nous rencontrons alors des disciplines extra-légales ou méta-légales qui tendent à « humaniser » ce droit. Dans ce dessein, elles proposent des finalités utilitaires souvent sous forme d'une pseudo-morale humanitariste (le traitement du délinquant qui se voit transformé en cobaye) ou elles inspirent des discours moralisateurs (Lord Devlin) justifiant l'application du droit de punir au nom d'une éthique portée à l'outrance. Le résultat



The right of punishment - The basis of the law of handing out and receiving punishment conforms equally to both moral and judicial order. This basis enables us to avoid considering the right of punishment as a purely repressive instrument belonging to utilitarian and barbaric ideologies.

est la mystification du droit de punir et par là mériterait la qualification de barbare et d'inhumain. Or, on n'hésite pas à prôner sa suppression. Supprimer le conventionnel, ce qui est produit et non pas dégagé de l'ordre naturel des êtres est toujours légitime.

Châtiment et justesse

Quant à nous, nous concevons le droit de punir et son fondement tout autrement. Définissant la philosophie juridique comme le vrai savoir qui cherche à distinguer la réalité intrinsèque des choses de leur apparence, nous voyons dans le droit de punir le moyen de réaliser l'harmonie rompue par le crime entre l'être et le devoir être. Ainsi considéré, le droit de punir vient de l'intuition du juste. Celle-ci est élaborée par la prudence juridique et revêt la forme d'un art, d'une technique de création et d'expression de solutions justes. Il doit être exercé par des juges inspirés de principes philosophiques. Or le droit de punir ne saurait être produit par une volonté d'utilitarisme légaliste mais dégagé des relations sociales des individus. Son fondement se révèle ainsi synallagmatique : un droit juste qui vise à rétablir l'équilibre troublé dans les échanges ou les transactions qui en émanent. (cf. le terme aristotélicien «*synallagma*».) Dans cette optique, il se rapporte à la fonction qu'accomplit tout être pour réaliser sa nature, et définit en même temps son essence en tant qu'être. De là peut être dégagée sa vraie valeur. Elle joue un rôle important pour déterminer la peine juste, à savoir le châtiment proportionné à la gravité du délit.

Il ne s'agit pas d'une valeur conventionnelle, tant s'en faut, mais de ce qui attribue à l'être sa dimension éthique. Ainsi, le droit de punir se présente com-

me foncièrement distributif ; il cherche à égaliser équitablement les inégalités des relations sociales. Il exprime donc la juste mesure trouvée entre le trop et le trop peu. Autrement dit, il vise, par son caractère artistique, à établir le convenable, sans lier entièrement les mains du juge. Cela nous donne à comprendre que le fondement synallagmatique est de nature rétributive. De cette manière, on évite une inconséquence souvent commise par des théories positivistes : bien que l'on s'attache au domaine de la légalité, on est obligé, pour éviter des écueils, d'avoir recours à des domaines extra-juridiques (moraux ou politiques). En revanche, le droit de punir de fondement synallagmatique, tout en respectant la légalité, vise à la distribution juste, d'où découlent des conséquences morales et politiques.

Dans cette perspective, la loi figure une forme de juste concrétisée dans un droit qui ne tire pas uniquement sa vigueur de la norme positive. Le fondement synallagmatique renforce sa nature rétributive, car tout échange repose sur «*le donner-recevoir*», les deux volets étant en rapport de proportions équitablement établies. Ce n'est donc pas un hasard si les Hellènes entendaient par «*peine*» à la fois le prix d'un échange et le fait d'avoir honoré cette transaction comme il convient d'après les usages.

En ce qui concerne la compétence du juge, ce droit de punir lui accorde un pouvoir créateur de droit. En effet, il fait appel à la sensibilité du juge ce qui se traduit par un savoir juridique et une faculté cognitive du réel et de l'idéal. Exercer le droit de punir signifie ainsi chercher le juste à partir des interdictions sous-entendues dans la loi, comme point de départ. D'ailleurs, l'équité procédurale contribue grandement à la formation de la solution juste.

De cette manière, le droit de punir, au lieu d'avoir recours à une morale théologique ou à une idéologie politique pour justifier son action, se présente comme le correcteur des échanges déséquilibrés dans les rapports sociaux. Entre les mains du juge, il est employé comme un moyen de justification d'après les fonctions des êtres de la nature. Autrement dit, il sert à répartir le juste dû à chacun tout en respectant l'armature juridique. Sous cet angle, la morale et la politique deviennent des perspectives complémentaires du caractère juridique de ce droit sans altérer sa fonction naturelle. On pourrait donc éviter de le considérer comme un impératif répressif appartenant à des idéologies utilitaires et souvent barbares.

Le droit de punir constitue alors un indicatif qui vise à réaliser des échanges équitables : concevons le crime au sens aristotélicien du mot, comme aussi le juge qui s'évertue à corriger l'inégalité d'une relation sociale troublée par ce crime. Il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'Etat moderne est très souvent peint comme étant le fruit d'un échange (le contrat social) : l'homme accorde une partie de sa liberté naturelle pour avoir en échange une certaine protection étatique. Dans cette perspective, le droit de punir, moyen légitime de la souveraineté nationale, est exercé contre le criminel, conçu comme citoyen agissant librement et assumant ainsi les conséquences de ses actes. Il connaît à l'avance, grâce au Code pénal, ce qui nuit aux échanges établis par le pacte social.

■ Stamatios Tziaris, chargé de recherche au CNRS, Centre de philosophie du droit (URA 956 CNRS), Université Paris II, 83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs, 75006 Paris.

CNRS - AUDIOVISUEL

1, place Aristoteleum 93100 Noisy-le-Grand

LA SANTÉ, UNE PRISON DANS LA VILLE

Regards de membres de la famille de prisonniers (femme, grand-mère...) et de gens qui habitent face aux bâtiments de La Santé (une ancienne danseuse, une actrice peintre). Ces différents personnages racontent leur vision et leurs impressions de ce lieu d'enfermement au cœur de la ville.

Auteur - réalisateur : Isabelle Martin

Co-production : CNRS - Audiovisuel - Antenne 2 (Unité de programmes Pascale Breugnot) - Périphérie
1985 - 24 minutes - Support de diffusion : 16 mm - 1/2" VHS Secam

LA LUNE DE BOGODI

Rituel de fin d'année dans un village du Tchad, à Bogodi. Scènes de possession, sacrifices et repas rituels, distributions, jugement d'une femme accusée d'adultère, confessions publiques et juvéniles.

Auteur - réalisateur : Igor de Garine

Co-production : CNRS - Audiovisuel - CFE - Igor de Garine
1987 - 30 minutes - Support de diffusion : 16 mm



Amselk Paul	75	Fortier Vincente	46	Lesage Michel	17
Arnaud André-Jean	81	Fulchiron Hughes	52	Magnant Jean-Pierre	11
Atlas Christian	79	Garapon Antoine	58	Marie Nadine	18
Bart Jean	30	Henry Jean-Robert	5-12	Otis-Cour Leub	51
Beurier Jean-Pierre	34	Hermitte Marie-Angèle	41	Perot-Morel Marie-Angèle	26
Bilon Jean-Louis	46	Hilire Jean	5-29	Queneudec Jean-Pierre	34
Bordeaux Michèle	55	Humbert Michel	63	Robert Philippe	66
Boureier Danièle	47	Jacobs Robert	64	Royer Jean-Pierre	62
Cabestan Jean-Pierre	15	Jeamnaud Antoine	28	Salem Mahmoud	21
Colliard Claude-Albert	36	Kahn Philippe	22	Seizelet Irac	14
Commaile Jacques	49-58	Kalinowski Georges	83	Servirin Evelyne	60-67
Costa-Lascoux Jacqueline	54	Kiss Alexandre	33-38	Strohl Pierre	42
Courteix Simone	36	Kourilsky Chantal	61	Théry Irène	57
Delmas-Marty Mireille	70	Kovar Robert	31	Trigeaud Jean-Marc	74
Faget Jacques	20	Lamberterie (de) Isabelle	45	Troper Michel	78
Favreau Louis	68	Lascoumes Pierre	71	Tzitzis Stamatios	73-84
Flory Maurice	24	Le Roy Etienne	58	Verdier Raymond	8

CNRS - AUDIOVISUEL

1, place A. L. Brion - 92115, Massy Cedex

TIDJANE - LES VOIES D'ALLAH

A Kouta, au Niger, une communauté tilmique, la Tijanya Réformée, s'est organisée autour de son chef spirituel : le Cheikh Abdoulaye. Dispensateur de bénédictions aussi bien que de nourriture et d'argent, il règne sur des milliers de fidèles. Disciples attachés à la confrérie et pèlerins travaillant dans la concession (culture des jardins, construction de maisons et mosquée...), en échange de la protection du Cheikh à qui ils font des dons redistribués ensuite selon les besoins de chacun.

Auteur - réalisateur : Eliane de Latour
Co-producteurs : CNRS - Audiovisuel - La SEPT - Aston - Eliane de Latour
1989 - 60 minutes - Support de diffusion : 3/4" U, Marie Pal et 1/2" VHS Pal

DIVINATION ET JUSTICE CHEZ LES KABIYÉ

En novembre et décembre 1966, dans des villages du Nord Togo : trois consultations de divins, puis quatre cas de justice coutumière (deux affaires de sorcellerie, une demande de réputation financière, le châtiment d'un voleur d'arachides), rendue par les chefs de canton selon la procédure traditionnelle.

Auteur scientifique : Raymond Verdier
Réalisateur : Jean-Dominique Lapoux
Production : CNRS - Audiovisuel - 1967 - 20 minutes - Support de diffusion : 16 mm



Droit international

Annuaire de législation française et étrangère : dernier volume paru : T.34 - 1989, 544 p., 16x25, rel. 380 F
ISBN -2-222-04289-5

Annuaire européen d'administration publique : dernier volume paru : T.11 - 1989, 688 p., 16x25, rel. 540 F
ISBN -2-222-04349-2

Annuaire français de droit international : dernier volume paru : T.34 - 1989, 1 248 p., 16x25, rel. 675 F
ISBN -2-222-04292-5

Annuaire de l'Afrique du Nord : dernier volume paru : T.25 - 1989, 1 204 p., 16x25, rel. 495 F
ISBN -2-222-04206-2

Le Droit des obligations et des contrats et l'inflation monétaire, J. Chill et droits hispano-américains, Jorge Lopez-Santa Maria, 1980, 214 p., 16x25, 65 F
ISBN -2-222-02728-4

Droit et environnement social au Maghreb, 1989, 352 p., 16x24, br. 120 F
ISBN -2-222-04311-5

Droit international privé, Années 1986-1987/1987-1988, 1989, 248 p., 16x24, br. 220 F
ISBN -2-222-04278-X

L'Enseignement du droit musulman, Dir. : M. Flory, J.-R. Henry, 1989, 376 p., 16x24, br. 230 F
ISBN -2-222-04237-2

Institutions administratives et droit administratif tunisiens, Michel Durupt, 1974, 408 p., 16x24, br. 70 F
ISBN -2-222-01572-3

L'Obligation alimentaire en droit international privé, 1, 1983, 308 p., ill. 16x24, br. 130 F
ISBN -2-222-03282-2

L'Obligation alimentaire en droit international privé, 2, 1987, 304 p., 16x24, br. 125 F
ISBN -2-222-04010-8

L'Obligation alimentaire en droit interne comparé, Canada, États-Unis, Royaume-Uni de Grande-Bretagne, 1983, 564 p., 16x24, br. 160 F
ISBN -2-222-03192-3

L'Obligation alimentaire en droit interne comparé, Chine, Hongrie, Pologne, RDA, URSS, Yougoslavie, Ouvrage collectif, 1984, 428 p., ill. 16x24, br. 150 F
ISBN -2-222-03456-6

L'Obligation alimentaire en droit interne comparé, Allemagne (RFA), Belgique, France, Italie, Ouvrage collectif, 1985, 564 p., ill. 16x24, br. 160 F
ISBN -2-222-03700-X

L'Obligation alimentaire en droit interne comparé, Algérie, Finlande, Israël, Norvège, 1989, 300 p., 16x24, br. 120 F
ISBN -2-222-04226-7

Droit et économie

Aspects juridiques de la qualification professionnelle, Josette Yung Hing, 1987, 300 p., 16x24, br. 110 F
ISBN -2-222-03948-7

L'Administration publique en Europe, Dir. : Charles Debbasch, 1988, 924 p., 16x24, br. 100 F
ISBN -2-222-04236-4

Administrations nationales et intégration européenne, Dir. : Charles Debbasch, 1987, 232 p., 16x24, br. 100 F
ISBN -2-222-04070-1

La formation des normes en droit international du développement, Responsables : M. Flory, A. Mahiou, J.R. Henry, 1985, 396 p., 16x24, br. 170 F
ISBN -2-222-03486-8

Histoire du droit français, Des origines à la Révolution, Réimp. 1990, Fr. Olivier-Martin, 16x24, ill. 776 p., rel. 250 F
ISBN -2-222-03390-X

L'Inflation législative et réglementaire en Europe, Dir. : Charles Debbasch, 1986, 296 p., ill. 16x24, br. 80 F
ISBN -2-222-03919-3

Privatisations en Europe, Dir. : Charles Debbasch, 1989, 248 p., 16x24, br. 120 F
ISBN -2-222-04386-7

Subordination juridique et relation de travail, Thérèse Aubert-Monpeyssen, 1988, 352 p., 16x24, br. 150 F
ISBN -2-222-04211-9

Famille et société

Accumulation et répartition des patrimoines, Denis Kessler, André Masson, 1982, 590 p., 16x24, (Colloques Int. CNRS), br. 104 F
ISBN -2-222-02770-5

Autorité parentale et parents désunis, Hughes Fulchiron, 1985, 264 p., 16x24, br. 120 F
ISBN -2-222-03666-4

Les concubinages, 1, Approche socio-juridique, Jacqueline Rubellin-Deviechi, réimp. 1986, 240 p., ill. 17x25, br. 150 F
ISBN -2-222-03791-3

Les concubinages, 2, Approche socio-juridique, Jacqueline Rubellin-Deviechi, 1987, 251 p., ill. 17x25, br. 150 F
ISBN -2-222-03847-2

Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques, Dir. : Jacqueline Rubellin-Deviechi, 1989, 326 p., 16x24, br. 160 F
ISBN -2-222-04285-2

Les Grands-parents dans le droit de la famille, Thierry Garé, 1989, 390 p., 16x24, br. 160 F
ISBN -2-222-04395-6

Mariage et famille en question, Angleterre, 1979, 152 p., 17x25, br. 50 F
ISBN -2-222-02471-4

Mariage et famille en question, Suisse, Autriche, Belgique, Pays-Bas et région scandinave, Roger Nerson, Hans-Albrecht Schwarz-Liebertmann von Wahlendorf, 1980, 204 p., 17x25, br. 91 F
ISBN -2-222-02798-5

Mariage et famille en question, Allemagne, Hans-Albrecht Schwarz-Liebertmann von Wahlendorf, 1980, 254 p., 17x25, br. 90 F
ISBN -2-222-02689-X

Mariage et famille en question, Italie, Hans-Albrecht Schwarz-Liebertmann von Wahlendorf, Roger Nerson, 1982, 252 p., 17x25, br. 90 F
ISBN -2-222-03096-X

Viol et violeurs, Bernard Hillon, 1984, 96 p., 16x24, (Cahier sur la femme et la criminalité), br. 65 F
ISBN -2-222-03112-5

Justice et juridiction

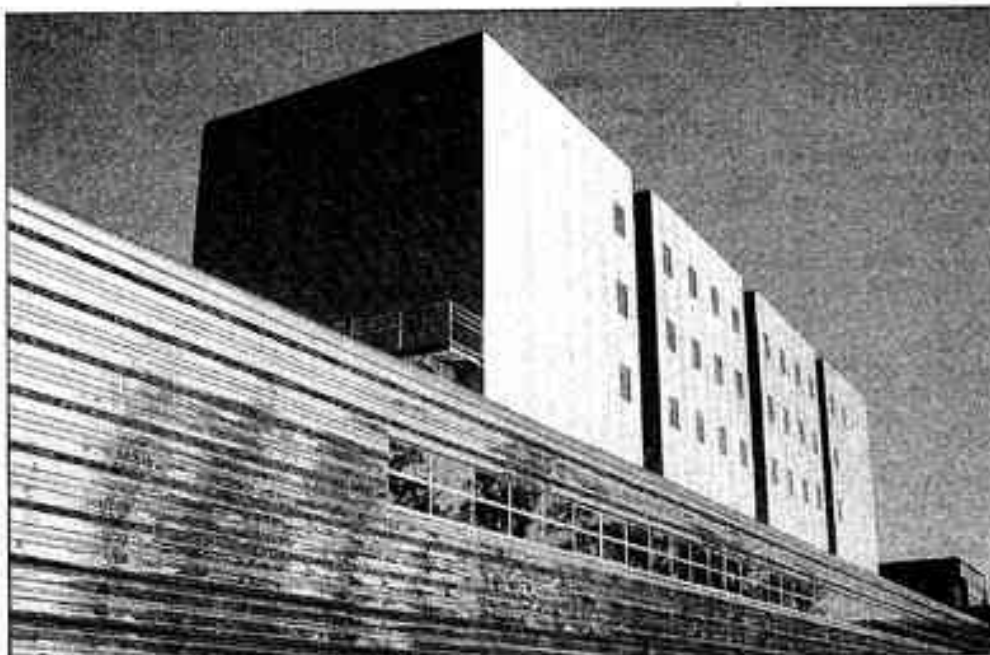
Actions et interactions dans l'institution judiciaire, André Varinard, 1982, 320 p., 17x25, br. 70 F
ISBN -2-222-03142-7

Admonester, du pouvoir discrétionnaire des organes de police, Henri Souchon, 1983, 208 p., ill. 17x25, br. 75 F
ISBN -2-222-03210-5

Connaissance et fonctionnement de la justice pénale, Perspectives sociologiques et criminologiques, 1980, 356 p., ill. 16x25, (Colloques Int. CNRS), br. 160 F
ISBN -2-222-02374-2

Écrits constitutionnels, René Capitant, 1982, 488 p., 16x24,5, rel. 180 F
ISBN -2-222-02679-4

Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Réimpression de l'édition de 1928, Louis Jossierand, 1984, 436 p., 16x24, rel. 130 F
ISBN -2-222-03391-8



Résolument avant-gardiste, le bâtiment de l'INIST exprime l'esprit de l'Institut : il attend votre visite.

INIST : le savoir en direct

INIST, une entreprise du CNRS qui transforme le savoir de la recherche pour vous la rendre immédiatement accessible.

INIST offre par l'intermédiaire d'INIST DIFFUSION, filiale de commercialisation, un accès ultra-rapide et personnalisé aux publications et données de la recherche mondiale dans tous les domaines de la connaissance par

- la fourniture, en moins de 48 heures, de documents primaires
- des banques de données bibliographiques en ligne, multilingues, multidisciplinaires, européennes : PASCAL et FRANCIS
- des services de traduction, de veille scientifique et d'ingénierie documentaire
- et bientôt des revues de sommaire en ligne, en moins d'une semaine.

INIST 

INSTITUT DE L'INFORMATION SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE
2, allée du Parc de Brabois - 54514 Vandœuvre-lès-Nancy cedex - Tél. 83 50 46 00

CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE





En 4^e de couverture

Réunion de deux mille avocats du barreau de Paris, le 18 décembre 1978, sous la présidence du bâtonnier, demandant la multipostulation. (Bibliothèque de l'ordre des avocats). (© Gamma, cliché D. Simon).



CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE
15, QUAI ANATOLE-FRANCE 75700 PARIS. TÉL. (1) 47.53.15.15. TÉLEX 260 034

